СОДЕРЖАНИЕ

[ВВЕДЕНИЕ 3](#_Toc99878700)

[ГЛАВА I. ПОНЯТИЕ И ИСТОРИЯ БАНКОВСКОЙ ГАРАНТИИ 5](#_Toc99878701)

[1.1. Банковская гарантия в международной практике 5](#_Toc99878702)

[1.1.1. История института 6](#_Toc99878703)

[1.1.2. Источники регулирования 8](#_Toc99878704)

[1.1.3. Виды 9](#_Toc99878705)

[1.2. Банковская гарантия в российском законодательстве 10](#_Toc99878706)

[1.2.1. Гарантии по советскому праву 10](#_Toc99878707)

[1.2.2. Правовая природа банковской гарантии 11](#_Toc99878708)

[ГЛАВА II. ПРАВООТНОШЕНИЯ ПО БАНКОВСКОЙ ГАРАНТИИ 13](#_Toc99878709)

[2.1. Субъекты 13](#_Toc99878710)

[2.2. Договор о предоставлении банковской гарантии 16](#_Toc99878711)

[2.3. Содержание отношений по банковской гарантии 18](#_Toc99878712)

[2.3.1. Срок банковской гарантии 18](#_Toc99878713)

[2.3.2.Условия предъявления требования 19](#_Toc99878714)

[2.3.3. Исполнение платежа 20](#_Toc99878715)

[2.3.4. Пределы обязательства гаранта 21](#_Toc99878716)

[2.3.5. Прекращение банковской гарантии 22](#_Toc99878717)

[ЗАКЛЮЧЕНИЕ 23](#_Toc99878718)

[СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ 25](#_Toc99878719)

# ВВЕДЕНИЕ

Банковская гарантия - институт в российском праве новый. Хотя в юридической литературе встречаются разные точки зрения и на этот счет. Большинство авторов (проф. М.И. Брагинский, В.В. Витрянский, Б.М. Гонгало) склоняются к тому, что банковская гарантия абсолютно нова для российского законодательства. Проф. А.Л. Меламед, напротив, по мнению В.В. Витрянского, интерпретирует банковскую гарантию как результат развития института гарантии, существовавший в гражданском законодательстве советского периода;[[1]](#footnote-1) Н.С. Ковалевская считает, что "нельзя сказать, что эти способы обеспечения (удержание и банковская гарантия - Д.С.) являлись совершенно неизвестными российскому гражданскому праву и практике: "банковская гарантия использовалась и прежде, но только при регулировании внешнеэкономических связей".[[2]](#footnote-2)

Думается, что права все же первая группа авторов[[3]](#footnote-3). Ни Гражданский кодекс, действовавший на территории советского государства, ни какой-либо другой закон не содержал такого понятия, никогда гарантия не регулировалась так жестко, как это сделано в ныне действующем ГК РФ, и никогда она не выделялась в отдельный способ обеспечения исполнения обязательств: в ГК РСФСР 1964г. были нормы о "поручительстве (гарантии)".

До 1 января 1995 года гражданское законодательство рассматривало гарантию и поручительство как единое обязательство. Поэтому до вступления в силу части первой Гражданского кодекса Российской Федерации гарантия, составленная на бланке гарантийного письма (его форма была утверждена Правилами кредитования производственных запасов и материальных затрат N 1, утвержденными Госбанком СССР 30 октября 1987 года), рассматривалась арбитражной практикой только как оферта[[4]](#footnote-4). Если банк-заимодавец пытался взыскать с гаранта сумму невозвращенного должником кредита на основании указанного гарантийного письма, арбитражный суд неизбежно приходил к выводу, что отношения гарантии между сторонами не оформлены надлежащим образом, и в иске, как правило, отказывал.

Новый Гражданский кодекс РФ (часть первая) выделил банковскую гарантию в самостоятельный правовой институт. Рассмотрим, что представляет собой банковская гарантия, чем она отличается от договора поручительства и в каких случаях банковская гарантия может быть использована на практике[[5]](#footnote-5).

Оценивать эффективность новых правовых конструкций необходимо с учетом тех проблем, которые призван решать институт обеспечения исполнения обязательств в целом и рассматриваемые нормы в частности. Дело в том, что с позиций правоприменительной практики гарантия необходима для того, чтобы в первую очередь обеспечить интересы кредитора по ряду обязательств, и прежде всего кредитных. Говоря другими словами, это правовое средство разработано в основном для удовлетворения интересов кредитора в случае ненадлежащего исполнения обязательств должником[[6]](#footnote-6). Но это не означает, что можно пренебрегать правами должника и третьего лица, которые также имеют законные интересы, в том числе имущественные, нуждающиеся в защите. Следовательно, основной проблемой гарантии является согласование, компромисс интересов кредитора, должника и третьего лица (поручителя, гаранта) при доминирующем положении кредитора.[[7]](#footnote-7).

*Цель данной курсовой работы* - рассмотреть новые правовые нормы с этих позиций.

# ГЛАВА I. ПОНЯТИЕ И ИСТОРИЯ БАНКОВСКОЙ ГАРАНТИИ

## 1.1. Банковская гарантия в международной практике

Банковская гарантия широко применяется в международном торговом обороте, являясь при этом относительно новым правовым средством обеспечения платежа. Своей большой популярности она обязана крупным инвестиционным проектам на Ближнем Востоке, связанным прежде всего с добычей нефти строительством дорог и значительных промышленных объектов[[8]](#footnote-8).

Однако, несмотря на достаточно частое использование в международном обороте, банковская гарантия не имеет специального регулирования в национальном законодательстве практически всех государств мира (за исключением США и России), и поскольку нормы современного национального законодательства, применяемого к банковским гарантиям в различных странах мира, достаточно сильно отличаются друг от друга, с целью надлежащего обеспечения интересов кредиторов необходимо как можно полнее и тщательнее формулировать соответствующие условия договора с банком, предоставляющим гарантию, для того, чтобы именно условия, согласованные сторонами, и являлись тем источником, на котором почти исключительно базировались бы отношения по банковской гарантии в международной торговле, так как даже в банковских гарантиях, подчиняющихся Единообразному торговому кодексу США, который содержит специальные нормы, регулирующие указанные отношения, бенефициар должен согласовать важные для него условия, поскольку и правовая система США оставляет сторонам достаточно широкие рамки для заключенных между ними договоров о гарантиях[[9]](#footnote-9).

Что же касается международно-правового регулирования банковских гарантий, то такие попытки предпринимаются достаточно давно.

Итак, исходя из практики международной торговли, банковская гарантия, как правило, регулируется соглашением сторон, а также путем отсылки к национальным законам. При этом чаще всего используется законодательство государства - места нахождения банка. Кроме того, стороны гарантии также соблюдают и иные императивные нормы национальных законодательств, регламентирующих финансовые отношения.

### 1.1.1. История института

Обычай использовать в качестве обеспечения гарантию, выданную банком, существует в России давно. Можно вспомнить хотя бы специальный нормативный акт союзного законодательства — Инструкцию Банка для внешней торговли СССР (Внешторгбанка СССР) № 1 от 25 декабря 1985 года "О порядке совершения банковских операций по международным расчетам" (с дальнейшими изменениями)[[10]](#footnote-10), в которой словосочетание "банковская гарантия" использовалось в следующей редакции: "Внешторгбанк СССР может обеспечивать в денежной форме исполнение обязательств советских, иностранных и международных организаций, вытекающих из внешнеторговых и иных сделок, посредством банковских гарантий (поручительств) и иных видов обеспечения, применяемых в международной банковской практике"[[11]](#footnote-11).

Банковские гарантии, выдаваемые Внешторгбанком СССР, при отсутствии прямой оговорки об обратном подчинялись советскому законодательству (п. 345 Инструкции № 1).

В качестве прямой оговорки в период с 1985 по 1991 год могла использоваться только ссылка на Унифицированные правила по договорным гарантиям (редакция 1978 года) (публикация Международной Торговой Палаты № 325).

Эти Правила создавались совместной рабочей группой Комиссии по практике международной торговли и Комиссии по банковским технологиям и практике в течение тринадцати лет. Причинами унификации Правил стали бурное развитие международной торговли и необходимость придать единообразие сфере международных банковских платежей.

Публикация № 325 не делала попыток раскрытия природы гарантии. В ней просто определяются и описываются различные типы гарантий, для регулирования которых созданы Правила.

Правила не давали определения природы гарантии ни как поручительства самостоятельного обязательства. Поэтому сами гарантии в соответствии правилами должны были содержать четкие и ясные условия.

Основополагающим признаком Правил было то, что требование по гарантии могло быть удовлетворено только в случае, если оно основано на невыполнении или ненадлежащем выполнении принципалом своих контрактных обязательств, и что гаранту должны быть предъявлены доказательства такого неисполнения.

Стороны по контракту могли определить необходимые документарные доказательства (документацию) в контракте, например заключение независимого эксперта, совместный протокол продавца и покупателя, решение арбитража и т. п. Документация должна была быть такой, чтобы она позволяла гаранту самому проверить, соответствует ли представленная документация запрошенной в гарантии или нет.

Статьи 203 и 160 ГК РСФСР предписывали использовать стандартную процедуру при заключении договора гарантии, то есть направлять кредитору предложение получать от него согласие и считать договор заключенным только в том случае когда между сторонами в требуемой форме достигнуто соглашение по всем существенным его пунктам.

Таким образом, по гарантиям, называемым банковскими, выдаваемым Внешторгбанком СССР для обеспечения в денежной форме исполнения обязательств, вытекающих из внешнеторговых и иных сделок, гарантийные отношения считались установленными с момента выдачи гарантии, что противоречило внутреннему гражданскому законодательству, но соответствовало международной банковской практике.

В апреле 1992 года Международная Торговая Палата издала новые Унифицированные правила для платежных гарантий *(ICC Uniform Rules for Demand Guarantees)* (публикация Международной Торговой Палаты № 458), которые в большей степени отражают международную практику использования платежных гарантий и в то же время сохраняют цель первоначальных Правил — уравновешивать интересы различных сторон и не допускать злоупотреблений при требовании платежей по гарантиям.

### 1.1.2. Источники регулирования

Насколько можно судить по содержанию правоотношений, возникающих ныне по банковской гарантии, при конструировании правовых норм использованы международные правила и обычаи. Очевидно, сближение национального законодательства с международными правилами и обычаями следует считать объективно необходимым и правильным, поскольку это обеспечит единое понимание прав и обязанностей, что является чрезвычайно важным для внешнеэкономической деятельности, деятельности иностранных юридических лиц на территории России и пр. В то же время российские правовые нормы имеют некоторые принципиальные отличия от международных конструкций. Поэтому обратимся к структуре и содержанию правоотношений, возникающих по международным актам, с тем чтобы на этой основе оценить новеллы гражданского законодательства.

### 1.1.3. Виды

В международной торговле и расчетах, равно как и в ряде других правоотношений, используется несколько видов гарантий. В основном они регулируются двумя общепризнанными актами. Речь идет об Унифицированных правилах по договорным гарантиям 1978 года (публикация Международной торговой палаты № 325) и Унифицированных правилах для гарантий по первому требованию 1992 года (публикация Международной торговой палаты № 458). Соответственно названным правовым актам можно вычленить несколько видов гарантий. Прежде всего выделяются договорные гарантии, к которым следует отнести тендерную, гарантию исполнения и гарантию возврата платежа. Вторую группу составляют гарантии по первому требованию и условные гарантии. Гарантии по первому требованию означают, что банк, страховая или иная организация принимают на себя обязательство произвести платеж по требованию одной из сторон договора независимо от позиции другой стороны. Правда, если требование основано на обмане и сторона об этом осведомлена, банк не должен платить, а обязан внести спорную сумму на депозит суда и предоставить сторонам возможность в судебном порядке решить вопрос о праве на эту сумму[[12]](#footnote-12).

Гарантии по первому требованию чаще именуют банковскими гарантиями. Это абсолютное обязательство банка совершить платеж при условии выполнения требований такого платежа. Такие гарантии, как правило, представляют либо покупатели, либо продавцы, и соответственно они имеют разное назначение. На практике выделяются два особых вида гарантий - встречная гарантия и супергарантия. Встречная гарантия используется в тех случаях, когда по просьбе одной из сторон по договору другая сторона получает гарантию исполнения своего банка. Но такая гарантия выдается не непосредственно контрагенту, а его банку, который в свою очередь выдает встречную гарантию своему клиенту. С правовой точки зрения особое значение при этом приобретает вопрос соответствия основной и встречной гарантий.

Супергарантия применяется, если бенефициар не считает достаточной гарантию банка своего должника и просит на эту гарантию получить дополнительно гарантию более известного банка. Другими словами, супергарантия - это гарантия гарантии.

По указанным международным актам гарантию могут выдавать банк, страховая организация и любое третье лицо, то есть в отличие от действующего российского законодательства не устанавливаются ограничения по кругу гарантов. Такую позицию, на наш взгляд, следует считать более сбалансированной и отвечающей потребностям практики[[13]](#footnote-13).

## 1.2. Банковская гарантия в российском законодательстве

### 1.2.1. Гарантии по советскому праву

Гарантия рассматривается как один из способов обеспечения исполнения обязательств и в этом качестве давно известна российскому и русскому гражданскому праву. Она трактовалась как разновидность поручительства и к ней применялись соответствующие нормы. По ранее действовавшему законодательству единственным отличием гарантии от поручительства являлось то, что она выдавалась в отношениях между организациями и, как правило, в обеспечение погашения банковских ссуд. Новое гражданское законодательство изменило соотношение между поручительством и гарантией, сформулировав принципиально новый институт банковской гарантии.

### 1.2.2. Правовая природа банковской гарантии

В зависимости от числа участвующих в сделке сторон сделки бывают *односторонними, двусторонними и многосторонними.* В основу этого деления положено количество лиц, выражение воли которых необходимо и достаточно для совершения сделки[[14]](#footnote-14). Односторонней считается сделка, для совершения которой достаточно выражения воли одной стороны (п. 1 ст. 154 ГК РФ). Например, составление завещания, принятие наследства, объявление конкурса не требуют чьего-либо согласия, эти действия совершаются одним лицом. Односторонняя сделка, как и любая иная, должна приводить к возникновению, изменению или прекращению прав и обязанностей. Права по односторонней сделке могут возникать как у лица, совершающего сделку, так и у третьих лиц, к интересу которых сделка совершена. Возникновение обязанности у третьего лица вследствие действий только одного субъекта противоречило бы общим установлениям права, поскольку право лица на действия других лиц может возникнуть либо на эквивалентно-возмездной основе, либо с согласия другого лица. В связи с этим законом установлено, что обязанным по односторонней сделке является лицо, совершившее сделку. Односторонняя сделка может породить юридические обязанности для других лиц, не участвующих в данной сделке, только в случаях, установленных законом или соглашением с этими лицами (ст. 155 ГК РФ).

Банковская гарантия является односторонней сделкой, в соответствии с которой гарант дает письменное обязательство выплатить оговоренную денежную сумму по представлении кредитором письменного требования о ее уплате (ст. 368 ГК РФ).

Характеристика банковской гарантии как односторонней сделки основывается на норме, устанавливающей правило о вступлении банковской гарантии в силу со дня ее выдачи, если иное не предусмотрено в гарантии (ст. 373 ГК РФ).

Банковская гарантия призвана обеспечить надлежащее исполнение должником (принципалом) своего обязательства перед кредитором. Так, во внутреннем обороте чаще всего банковская гарантия используется как средство обеспечения возврата банковского кредита.

Унифицированные правила 1978 года и 1992 года не ограничивают субъектный состав гарантов. Так, в п. "а" ст. 2 Унифицированных правил по первому требованию 1992 года предусматривается, что гарантом может выступать банк, страховая компания или любое юридическое или физическое лицо.

Российский законодатель называет в качестве гаранта лишь банки, иные кредитные учреждения или страховые организации (ст. 368 ГК РФ). Выбор данных лиц определяется спецификой их деятельности, а также возмездностью банковской гарантии. Особенность банковской гарантии состоит в том, что обязательство гаранта не зависит от наличия или действительности того основного обязательства, во исполнение которого выдана гарантия (ст. 370 ГК РФ). Это правило справедливо и для тех случаев, когда в гарантии содержится ссылка на основное обязательство[[15]](#footnote-15).

К существенным особенностям банковской гарантии следует отнести ее безотзывность. Несмотря на то, что банковская гарантия является односторонней сделкой, отозвать ее гарант вправе лишь в том случае, если это предусмотрено в гарантии. Во всех остальных случаях банковская гарантия не может быть отозвана (ст. 371 ГК РФ). Данное правило способствует стабильности отношений, в которых контрагенты используют механизм банковской гарантии.

# ГЛАВА II. ПРАВООТНОШЕНИЯ ПО БАНКОВСКОЙ ГАРАНТИИ

## 2.1. Субъекты

В силу банковской гарантии банк, иное кредитное учреждение или страховая организация (гарант) дают по просьбе другого лица (принципала) письменное обязательство уплатить кредитору принципала (бенефициару) в соответствии с условиями даваемого гарантом обязательства денежную сумму по представлении бенефициаром письменного требования о ее уплате (ст. 368 ГК РФ).

Получателем банковской гарантии является кредитор принципала (бенефициар). Поэтому договор между принципалом и бенефициаром (основное обязательство), если он предусматривает обеспечение интересов кредитора банковской гарантией, обычно обязывает должника получить соответствующее обязательство третьего лица - гаранта. В настоящее время кредиторы в большинстве случаев предпочитают самостоятельно выбирать гарантов влиять на условия банковской гарантии.

Граждане (физические лица) и юридические лица приобретают и осуществляют гражданские права своей волей и в своем интересе (п. 2 ст. 1 ГК РФ) это основное начало гражданского законодательства. Следовательно, бенефициар должен стремиться приобрести то, что представляет для него интерес, создаст тот же имущественный результат, что и фактическое исполнение принципалом основного обязательства. Этому будет отвечать надлежащим образом оформленная банковская гарантия, не имеющая юридических пороков.

Гарантами могут быть только юридические лица, обладающие специальной правоспособностью. В преамбуле или в тексте банковской гарантии гарант должен подтвердить две вещи: во-первых, что он является юридическим лицом, обладающим специальной правоспособностью, и, во-вторых, что лицо, действующее от его имени, является органом юридического лица, действующим в соответствии с учредительными документами.

В статье 368 Гражданского кодекса использован термин "кредитное учреждение", который отсутствует в Законе от 2 декабря 1990 года "О банках и банковской деятельности"[[16]](#footnote-16). Следовательно, гарантами могут быть банки, кредитные и страховые организации[[17]](#footnote-17).

При этом под кредитной организацией понимается юридическое лицо любой формы собственности, образованное как хозяйственное общество, которое для извлечения прибыли как основной цели своей деятельности на основании специального разрешения (лицензии) Центрального банка Российской Федерации (Банка России) имеет право осуществлять банковские операции, предусмотренные Законом о банках и банковской деятельности (ст. 1)[[18]](#footnote-18).

Банком является кредитная организация, которая имеет исключительное право осуществлять в совокупности следующие банковские операции: привлечение во вклады денежных средств физических и юридических лиц, размещение указанных средств от своего имени и за свой счет на условиях возвратности, платности, срочности, открытие и ведение банковских счетов физических и юридических лиц (ст. 1 Закона о банках и банковской деятельности).

Сторонами обязательства по страхованию всегда являются страховщик и страхователь[[19]](#footnote-19). Страховой организацией (страховщиком) является юридическое лицо любой организационно-правовой формы, предусмотренной законодательством Российской Федерации, получившие в Федеральной службе России по надзору за страховой деятельностью разрешение (лицензию) на осуществление страхования соответствующего вида на территории Российской Федерации (ст. 938 ГК РФ, ст. 6, 32 Закона РФ от 27 ноября 1992 года N 4015-I "О страховании"[[20]](#footnote-20)).

Бенефициар, получивший банковскую гарантию от кредитной организации, должен убедиться в наличии у нее лицензии Центрального банка Российской Федерации на осуществление банковских операций. Лицензии, выдаваемые Банком России, учитываются в реестре выданных лицензий на осуществление банковских операций, который публикуется не реже одного раза в год в "Вестнике Банка России". Изменения и дополнения в реестр публикуются в месячный срок со дня их внесения в реестр, а сообщения об отзыве лицензии - в недельный срок со дня принятия Банком России соответствующего решения. Сообщения о ликвидации или реорганизации кредитной организации (сообщения об аннулировании записи о регистрации кредитной организации) публикуются в этом же официальном издании в месячный срок после внесения изменения в Книгу государственной регистрации кредитных организаций.

Лицензия на осуществление банковских операций выдается без ограничения срока ее действия, поэтому бенефициару достаточно взглянуть на подлинный экземпляр или нотариально удостоверенную копию лицензии и проверить по "Вестнику Банка России" историю этой лицензии и кредитной организации.

Юридическое лицо приобретает гражданские права и принимает на себя гражданские обязанности через свои органы, действующие в соответствии с законом, иными правовыми актами и учредительными документами (п. 1 ст. 53 ГК РФ). Кредитные организации создаются только в форме хозяйственных обществ, то есть обществ с ограниченной ответственностью, обществ с дополнительной ответственностью и акционерных обществ. К обществу с дополнительной ответственностью применяются правила Гражданского кодекса РФ об обществах с ограниченной ответственностью (ст. 95).

В обществе с ограниченной ответственностью создается исполнительный орган (коллегиальный и (или) единоличный), осуществляющий текущее руководство его деятельностью и подотчетный общему собранию его участников (п. 1 ст. 91 ГК РФ).

Исполнительный орган акционерного общества может быть коллегиальным (правление, дирекция) и (или) единоличным (директор, генеральный директор) (п. 3 ст. 103 ГК РФ). Он осуществляет текущее руководство деятельностью акционерного общества и подотчетен совету директоров (наблюдательному совету) и общему собранию акционеров. К компетенции исполнительного органа акционерного общества относится решение всех вопросов, не составляющих исключительную компетенцию других органов управления акционерного общества, определенную законом или уставом общества.

## 2.2. Договор о предоставлении банковской гарантии

Основное обязательство может быть реальным или консенсуальным договором. Консенсуальными считают договоры, вступающие в силу с момента достижения сторонами согласия, а реальными - договоры, которые признаются заключенными с момента, когда на основе соглашения осуществлена передача стороной контрагенту определенного имущества[[21]](#footnote-21).

Например, договор займа считается заключенным с момента передачи денег или других вещей (п. 1 ст. 807 ГК РФ), а договор купли-продажи и многие сделки по выполнению работ и оказанию услуг (договор подряда, договор комиссии и т.п.) являются консенсуальными, то есть считаются заключенными с момента достижения сторонами соглашения по условиям сделки.

Если стороны решили обеспечить банковской гарантией консенсуальный договор, принципал и бенефициар (должник и кредитор) в соответствии с принципом свободы договора обычно заключают договор, прямо не предусмотренный законом и иными правовыми актами (п. 2 ст. 421 ГК РФ). Такой договор, являющийся основным обязательством, состоит из двух частей, которые условно можно назвать "процессуальной" и "материальной".

"Процессуальная" ("организационная") часть договора содержит условия:

1) о круге лиц, материальному положению и надежности которых бенефициар доверяет и которых он желает видеть в качестве гарантов;

2) о документах, которые в соответствии с "материальной" частью договора бенефициар может предъявить гаранту, чтобы последний произвел платеж;

3) о сроке, в течение которого бенефициар должен получить банковскую гарантию;

4) другие условия по усмотрению сторон.

"Материальная" часть договора содержит существенные и иные условия (по соглашению сторон), необходимые для возмездных консенсуальных договоров данного вида.

Договор (основное обязательство) заключается под отлагательным условием (п. 1 ст. 157 ГК РФ) и признается заключенным в момент получения лицом, направившим оферту, ее акцепта (п. 1 ст. 433 ГК РФ). Однако возникновение прав и обязанностей сторон по "материальной" части обязательства ставится в зависимость от получения принципалом банковской гарантии от одного из тех гарантов, которые указаны в договоре.

Таким образом, получение банковской гарантии - условие возникновения обязанностей бенефициара по "материальной" части сделки. Во всяком случае, невыполнение "процессуальной" части обязательства является нарушением условий договора. Допущенные по вине принципала расхождения между условиями банковской гарантии и основного обязательства также рассматриваются как нарушение им договорных обязательств. Иными словами, бенефициар ставит выполнение своих обязательств перед принципалом в зависимость от наличия обязательства гаранта.

Если банковской гарантией решено обеспечить реальный договор, необходимо действовать по-другому. Стороны должны заключить два договора: предварительный и основной (основное обязательство). В форме, установленной для основного договора, стороны заключают предварительный договор, который также состоит из "процессуальной" и "материальной" частей. Условия "процессуальной" части остаются прежними, а в "материальной" части содержится обязательство сторон в будущем заключить договор (о передаче имущества) на условиях и в срок, предусмотренных предварительным договором.

Если сторона, заключившая предварительный договор, уклоняется от заключения основного договора, другая сторона вправе обратиться в суд с требованием о понуждении заключить договор и возмещении причиненных этим убытков (п. 5 ст. 429, п. 4 ст. 445 ГК РФ).

Банковская гарантия - односторонняя сделка, для ее совершения в соответствии с законом необходимо и достаточно выражения воли одной стороны (п. 2 ст. 154 ГК РФ). Такая сделка создает обязанности для лица, совершившего сделку, то есть для гаранта. Бенефициар, принимая банковскую гарантию, также совершает одностороннюю сделку с целью обеспечить свои интересы как кредитора путем привлечения к обязательству третьего лица, имущество которого наряду с имуществом должника (принципала) будет служить удовлетворением его требований.

## 2.3. Содержание отношений по банковской гарантии

### 2.3.1. Срок банковской гарантии

В отличие от иных способов обеспечения исполнения обязательств банковская гарантия является независимым обязательством. Поэтому она сохраняет свою силу даже после прекращения основного обязательства или признания его недействительным.

Банковская гарантия может быть отзывной и безотзывной. Если в тексте гарантии указано, что она является отзывной, гарант может в любое время отозвать ее. Следовательно, отсутствие каких-либо указаний о характере гарантии означает, что гарантия является безотзывной. Но отозвать даже отзывную гарантию нельзя после предъявления к гаранту требований бенефициара.

Замена кредитора в договоре банковской гарантии в отличие от общих правил, установленных в ст. 382 ГК РФ, допускается только с согласия должника, в качестве которого выступает гарант. Более того, такое согласие должно быть заранее предусмотрено в договоре банковской гарантии. В противном случае передать права кредитора другому лицу нельзя.

Банковская гарантия выдается на определенный в самом же обязательстве срок. Этот срок может быть установлен путем указания конкретной даты, после которой гарантия прекращает свое действие, либо путем указания, как правило, в месяцах срока действия гарантии с момента ее выдачи. Требования бенефициара должны быть заявлены в этот срок, который не может быть восстановлен и является, так же как и срок предъявления требований при поручительстве, пресекательным.

### 2.3.2.Условия предъявления требования

Основанием для обращения к гаранту является несоблюдение условий основного договора принципалом, что должно иметь документальное подтверждение. Обязанность уплатить установленную сумму возникает после представления письменного требования об уплате.

Специально следует оговорить, что в данном случае не может идти речь о праве бенефициара на бесспорное списание. Указание в ст. 374 ГК РФ на предъявление требования о платеже по гарантии не означает, что можно предъявить платежное требование на бесспорное списание денежных средств со счета гаранта. Здесь речь идет о требовании в процессуальном смысле слова, то есть бенефициар имеет право требовать платежа. Кроме того, к такому письменному требованию должны быть приложены документы, указанные в гарантии и подтверждающие неисполнение обязательства принципалом.

В этой связи возникает вопрос о возможности предъявления требований об уплате третьим лицом, которому была передана гарантия в порядке уступки права требования, если такие действия заранее оговаривались в гарантии. Какие ссылки и документы должно предъявлять такое третье лицо и в какой срок должны быть заявлены эти требования? Решение данного вопроса зависит от того, каким образом в самой гарантии оговорена возможность ее передачи.

Если в гарантии содержится специальное указание о том, что третье лицо не обязано представлять доказательства нарушения принципалом основного обязательства, такое требование может быть предъявлено без ссылки на нарушения, допущенные принципалом. Если специальной оговорки нет, обязанность, установленная ст. 374 ГК РФ, распространяется и на третье лицо. В любом случае требования третьего лица должны быть заявлены в тот срок, на который выдана гарантия[[22]](#footnote-22).

### 2.3.3. Исполнение платежа

На основании ст. 375 ГК РФ по получении требования бенефициара гарант должен без промедления уведомить об этом принципала и передать ему копии требования со всеми относящимися к нему документами.

Гарант должен рассмотреть требование бенефициара с приложенными к нему документами в разумный срок и проявить разумную заботливость, чтобы установить, соответствуют ли это требование и приложенные к нему документы условиям гарантии.

Гарант отказывает бенефициару в удовлетворении его требования, если это требование либо приложенные к нему документы не соответствуют условиям гарантии либо представлены гаранту по окончании определенного в гарантии срока.

Гарант должен немедленно уведомить бенефициара об отказе

Если гаранту до удовлетворения требования бенефициара стало известно, что основное обязательство, обеспеченное банковской гарантией, полностью или в соответствующей части уже исполнено, прекратилось по иным основаниям либо недействительно, он должен немедленно сообщить об этом бенефициару и принципалу.

Полученное гарантом после такого уведомления повторное требование бенефициара подлежит удовлетворению гарантом.

Здесь требование к гаранту, закрепленное в части 2 п. 2 ст. 376 ГК РФ, корреспондируется с принципом независимости банковской гарантии от основного обязательства, установленным в ст. 370 ГК РФ.

### 2.3.4. Пределы обязательства гаранта

Объем ответственности гаранта характеризуется двумя параметрами: а) изначально размер ответственности определяется той суммой, которая указана в гарантии; б) в случае, если гарант несвоевременно или ненадлежащим образом исполнил свою обязанность уплатить соответствующую сумму, он может нести ответственность уже за собственные действия на общих основаниях. Последнее возможно, если в самой гарантии не была зафиксирована ограниченная ответственность гаранта.

Гражданский кодекс устанавливает основания для отказа в удовлетворении требований бенефициара и основания для прекращения банковской гарантии. В любом случае на гаранте лежит обязанность немедленно уведомить принципала о возникших обстоятельствах.

### 2.3.5. Прекращение банковской гарантии

Обстоятельствами, прекращающими или изменяющими банковскую гарантию, могут считаться только действия сторон или истечение срока. В некоторых случаях для прекращения гарантии кроме самих действий необходим возврат гарантийного обязательства[[23]](#footnote-23).

Обязательство гаранта перед бенефициаром по гарантии прекращается:

1) уплатой бенефициару суммы, на которую выдана гарантия;

2) окончанием определенного в гарантии срока, на который она выдана;

3) вследствие отказа бенефициара от своих прав по гарантии и возвращения ее гаранту;

4) вследствие отказа бенефициара от своих прав по гарантии путем письменного заявления об освобождении гаранта от его обязательств.

Гарант, которому стало известно о прекращении гарантии, должен без промедления уведомить об этом принципала.

Право гаранта потребовать от принципала в порядке регресса возмещения сумм, уплаченных бенефициару по банковской гарантии, определяется соглашением гаранта с принципалом, во исполнение которого была выдана гарантия.

Гарант не вправе требовать от принципала возмещения сумм, уплаченных бенефициару не в соответствии с условиями гарантии или за нарушение обязательства гаранта перед бенефициаром, если соглашением гаранта с принципалом не предусмотрено иное[[24]](#footnote-24).

# ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Подведем итоги нашего исследования и сделаем выводы:

В первой части Гражданского кодекса Российской Федерации (ГК РФ), введенной в действие с 1 января 1995 г., банковской гарантии как одному из наиболее надежных способов обеспечения исполнения обязательств, в главе 23 ГК РФ посвящен целый параграф 6, состоящий из 12 статей (с 368 по 379).

Такое внимание законодателя к этому институту является признанием его необходимости для обеспечения нормальной деятельности участников гражданского оборота.

Подтверждением тому является: во-первых, состав субъектов, которые могут выдавать банковскую гарантию, - это в первую очередь надежные и солидные банки, и во-вторых, - независимость банковской гарантии от основного обязательства.

Вместе с тем в правовом механизме банковской гарантии законодателем заложены диспозитивные нормы, которые, с одной стороны, позволяют сторонам, участвующим в отношениях, связанных с банковской гарантией, учитывать свои интересы, с другой - заставляют их внимательнейшим образом относиться непосредственно к содержанию гарантии.

В соответствии со ст. 368 ГК РФ "в силу банковской гарантии банк, иное кредитное учреждение или страховая организация (гарант) дают по просьбе другого лица (принципала) письменное обязательство уплатить кредитору принципала (бенефициару) в соответствии с условиями даваемого гарантом обязательства денежную сумму по представлении бенефициаром письменного требования о ее уплате".

Банковская гарантия обеспечивает надлежащее исполнение принципалом его обязательства перед бенефициаром (основного обязательства).

За выдачу банковской гарантии принципал уплачивает гаранту вознаграждение.

Согласно ст. 370 ГК устанавливается независимость банковской гарантии от основного обязательства, что подтверждает ее надежность.

Предусмотренное банковской гарантией обязательство гаранта перед бенефициаром не зависит в отношениях между ними от того основного обязательства, в обеспечение исполнения которого она выдана, даже если в гарантии содержится ссылка на это обязательство.

В соответствии со ст. 371 ГК РФ банковская гарантия не может быть отозвана гарантом, если в ней не предусмотрено иное. Эта диспозитивная норма позволяет изменить принцип безотзывности гарантии непосредственно в ее содержании, и, следовательно, бенефициар должен внимательно относиться к тексту гарантии.

Принадлежащее бенефициару по банковской гарантии право требования к гаранту не может быть передано другому лицу, если в гарантии не предусмотрено иное.

В силу статьи 373 ГК РФ банковская гарантия вступает в силу со дня ее выдачи (если в гарантии не предусмотрено иное). Здесь также имеет место диспозитивная норма.

В соответствии со статьей 374 ГК РФ "требование бенефициара об уплате денежной суммы по банковской гарантии должно быть представлено гаранту в письменной форме с приложением указанных в гарантии документов. В требовании или в приложении к нему бенефициар должен указать, в чем состоит нарушение принципалом основного обязательства, в обеспечение которого выдана гарантия.

Требование бенефициара должно быть представлено гаранту до окончания определенного в гарантии срока, на который она выдана".

В этой статье, определяющей порядок представления требования об уплате денежной суммы, следует обратить внимание на то обстоятельство, что законодатель не указал те документы, которые должны быть представлены бенефициаром гаранту, а предлагает непосредственно в гарантии установить их перечень.

# СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ

**1. Нормативно-правовые акты**

1. Конституция Российской Федерации (с изменениями) // Печатное издание, Конституция Российской Федерации. Издательская группа НОРМА-ИНФРА\*М, Москва, 1998.
2. Гражданский Кодекс Российской Федерации (с изменениями и дополнениями): Кодекс РФ от 30.11.94 N 51-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации N 32, 1994 г.
3. О банках и банковской деятельности: Федеральный закон от 02.12.1990 N 395-1 (ред. от 23.12.2003) // Собрание законодательства РФ, 05.02.1996, N 6, ст. 492.
4. Об организации страхового дела в Российской Федерации: Закон РФ от 27.11.1992 N 4015-1 // "Российская газета", N 6, 12.01.1993.
5. Письмо Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 26 января 1994 года N ОЩ-7/ОП-48 // Обзор практики рассмотрения споров, связанных с исполнением, изменением и расторжением кредитных договоров.
6. Инструкция Внешторгбанка СССР № 1 от 25 декабря 1985 года о порядке совершения банковских операций по международным расчетам" — М.: Изд-во "Финансы и статистика", 1986.

# 2. Специальная литература

# 

Аванесова Г. Банковские гарантии в международной торговле // Хозяйство и право, 1998,№9.

Аванесова Г. О Банковской гарантии // Хозяйство и право, 1997, №7.

Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения: Изд. 2-е, испр. - М.: «Статут», 2000.

Витрянский В.В. Банковская гарантия (Комментарий ГК РФ) // Хозяйство и право, 1998, № 10.

Гражданское право Том 1 Учебник Издание четвертое, переработанное и дополненное / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого - М «Проспект», 1999.

Гражданское право: В 2 т. Том II. Полутом 2: Учебник / Отв. ред. Е. А. Суханов. - 2-е изд., перераб. и доп. - М.: Издательство БЕК, 2002.

Ефимова Л. Банковская гарантия: понятие и практическая применимость // Хозяйство и право N 3, 1996 г.

Коммерческое право: Учебник. Ч.1 / Под ред. В.Ф. Попондопуло и В.Ф. Яковлевой. - СПб., 1997.

Лозебо А Банковская гарантия // Экономика и жизнь N 10, март 1995 г.

Олейник О. Банковская гарантия и проблемы ее применения // Хозяйство и право N 1, 1996.

Павлодский Е. Банковская гарантия. Комментарий к отдельным положениям Гражданского Кодекса Российской Федерации // Экономика и жизнь N 43, октябрь 1995 г.

Постатейный комментарий к части первой Гражданского кодекса Российской Федерации / Гуев А.Н. - М.: ИНФРА' М, 2000.

Сигалов Д. О привлекательности банковской гарантии и злоупотреблении правом со стороны бенефициара // Кодекс-info, N 11, 2000 г.

Тосунян Г.А., Викулин А.Ю., Экмалян А.М. Банковское право Российской Федерации. Общая часть: Учебник / Под общ. ред. акад. Б.И. Топорнина. — М.: Юристъ, 2002.

Тынель А. и др. Курс международного торгового права./ Тынель А., ФункЯ., Хвалей В. - 2-е изд. - Мн. Амалфея, 2000.

Шмитгофф К. Экспорт: право и практика международной торговли. - М.: Юридическая литература, 1993.

1. Витрянский В.В. Банковская гарантия (Комментарий ГК РФ) // Хозяйство и право, 1998, № 10. - С.4. [↑](#footnote-ref-1)
2. Коммерческое право: Учебник. Ч.1 / Под ред. В.Ф. Попондопуло и В.Ф. Яковлевой. - СПб., 1997. - С.223. [↑](#footnote-ref-2)
3. Сигалов Д. О привлекательности банковской гарантии и злоупотреблении правом со стороны бенефициара // Кодекс-info, N 11, 2000 г. [↑](#footnote-ref-3)
4. См.: письмо Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 26 января 1994 года N ОЩ-7/ОП-48 // Обзор практики рассмотрения споров, связанных с исполнением, изменением и расторжением кредитных договоров. [↑](#footnote-ref-4)
5. # См.: Ефимова Л. Банковская гарантия: понятие и практическая применимость // Хозяйство и право N 3, 1996 г.

   [↑](#footnote-ref-5)
6. См.: Постатейный комментарий к части первой Гражданского кодекса Российской Федерации / Гуев А.Н. - М.: ИНФРА' М, 2000. С.603. [↑](#footnote-ref-6)
7. # См.: Олейник О. Банковская гарантия и проблемы ее применения // Хозяйство и право N 1, 1996,С.64.

   [↑](#footnote-ref-7)
8. См.: Тынель А. и др. Курс международного торгового права./ Тынель А., ФункЯ., Хвалей В. - 2-е изд. - Мн. Амалфея, 2000. С.384. [↑](#footnote-ref-8)
9. См. Тынель А. и др. Курс международного торгового права. С.384. [↑](#footnote-ref-9)
10. Первоначальный текст документа опубликован в издании "Инструкция Внешторгбанка СССР № 1 от 25 декабря 1985 года о порядке совершения банковских операций по международным расчетам" — М.: Изд-во "Финансы и статистика", 1986. [↑](#footnote-ref-10)
11. См.: Аванесова Г. Банковские гарантии в международной торговле // Хозяйство и право, 1998,№9, С.46. [↑](#footnote-ref-11)
12. См.: Шмитгофф К. Экспорт: право и практика международной торговли. - М.: Юридическая литература, 1993, С. 230. [↑](#footnote-ref-12)
13. См.: Олейник О. Банковская гарантия и проблемы ее применения. С.64 [↑](#footnote-ref-13)
14. См.: Гражданское право Том 1 Учебник Издание четвертое, переработанное и дополненное / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого - М «Проспект», 1999. С.243. [↑](#footnote-ref-14)
15. # См.: Павлодский Е. Банковская гарантия. Комментарий к отдельным положениям Гражданского Кодекса Российской Федерации // Экономика и жизнь N 43, октябрь 1995 г.

    [↑](#footnote-ref-15)
16. См.: О банках и банковской деятельности: Федеральный закон от 02.12.1990 N 395-1 (ред. от 23.12.2003) // Собрание законодательства РФ, 05.02.1996, N 6, ст. 492." [↑](#footnote-ref-16)
17. См.: Аванесова Г. О Банковской гарантии // Хозяйство и право, 1997,№7, С.154 [↑](#footnote-ref-17)
18. См.: Тосунян Г.А., Викулин А.Ю., Экмалян А.М. Банковское право Российской Федерации. Общая часть: Учебник / Под общ. ред. акад. Б.И. Топорнина. — М.: Юристъ, 2002. С.192. [↑](#footnote-ref-18)
19. См.: Гражданское право: В 2 т. Том II. Полутом 2: Учебник / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. - 2-е изд., перераб. и доп. - М.: Издательство БЕК, 2002. С.154. [↑](#footnote-ref-19)
20. См.: Об организации страхового дела в Российской Федерации: Закон РФ от 27.11.1992 N 4015-1 // "Российская газета", N 6, 12.01.1993. [↑](#footnote-ref-20)
21. См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения: Изд. 2-е, испр. - М.: «Статут», 2000.384. [↑](#footnote-ref-21)
22. См.: Олейник О. Указ. Соч. С.62. [↑](#footnote-ref-22)
23. См.:. Лозебо А. Указ. Соч. [↑](#footnote-ref-23)
24. # См.:. Лозебо А Банковская гарантия // Экономика и жизнь N 10, март 1995 г.

    [↑](#footnote-ref-24)