

І. Пучковська, доцент Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Щодо незалежного характеру гарантії як виду забезпечення виконання зобов'язань

Інститут гарантії, запропонований ЦК України 2004 р., суттєво відрізняється від того, що існував за радянських часів. Гарантія розглядається принципово по-новому, з урахуванням міжнародних норм і правил як самостійний спосіб забезпечення виконання зобов'язань, що має специфічний зміст та особливості застосування. Головною рисою, що виділяє її серед інших видів забезпечення виконання зобов'язань, є її незалежність від основного зобов'язання, виконання якого гарантія має забезпечити.

Ця властивість ніяк не узгоджується із звичайними уявленнями про забезпечувальні зобов'язання як акцесорні – додаткові до основного, що повністю поділяють його долю, в зв'язку з чим серед науковців та юристів-практиків розгорнулася дискусія. Одні дослідники, вказуючи на незалежність гарантії, наголошують на її ефективності порівняно з іншими забезпеченнями¹, другі – говорять про неможливість віднесення гарантії як самостійного зобов'язання до видів забезпечення виконання зобов'язань², треті зазначають, що «незалежність банківської гарантії не перекреслює її додаткового (акцесорного) характеру»³.

У зв'язку з цим метою статті є з'ясування складної юридичної природи гарантійного механізму, який дозволяє гарантії, оголошеній законодавцем незалежною, виступати одним із видів забезпечення виконання зобов'язань.

Незалежність гарантії, з одного боку, укріплює становище бенефіціара і цим посилює ефективність забезпечувального зобов'язання, що дозволяє вважати гарантію досить надійним, ефективним забезпеченням, а з другого – протиставляє гарантію іншим видам забезпечення виконання зобов'язань, передбачених у гл. 49 ЦК, як зобов'язанням акцесор-

¹ Див.: *Волошина М. В.* Банковская гарантия: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – СПб., 2003. – С. 4.

² Див.: *Рассказова Н. Ю.* Вопросы общей теории обеспечительных обязательств // *Правоведение*. – 2004. – № 4. – С. 57; *Павлодский Е. А.* Обеспечение исполнения обязательств поручительством // *Закон*. – 1995. – № 5. – С. 25.

³ *Гонгало Б. М.* Учение об обеспечении обязательств. – М., 2002. – С. 38.

ним. Саме в цьому, на нашу думку, і полягає конфлікт юридичної природи гарантії.

Питання про те, наскільки незалежною є гарантія як один із видів забезпечення виконання зобов'язань від основного зобов'язання та чи незалежна вона дійсно, сьогодні є основним предметом спору науковців щодо цього забезпечувального інституту.

Справа в тому, що види забезпечення виконання зобов'язань є акцесорними (додатковими) і тому залежними зобов'язаннями. Відповідно до ч. 2 ст. 548 ЦК: «Недійсність основного зобов'язання (вимоги) спричиняє недейсність правочину щодо його забезпечення, якщо інше не встановлено цим Кодексом». Запровадивши ж інститут гарантії, законодавець зробив виняток із загального правила щодо акцесорності забезпечувальних зобов'язань. Незалежність гарантії означає, що у разі недейсності основного зобов'язання гарантія, на відміну від поруки, застави та інших видів забезпечення виконання зобов'язань, зберігає силу, а гарант може бути притягнутий до відповідальності перед кредитором. Незалежність гарантії від основного зобов'язання знаходить вияв і в тому, що вплив строку позовної давності за зобов'язанням, забезпеченим гарантією, не спричиняє впливу строку дії зобов'язання, що впливає з гарантії.

Незалежність забезпечувального зобов'язання, виступаючи альтернативною акцесорності, означає відсутність у зобов'язання тих ознак, які притаманні традиційним забезпеченням.

Як підкреслюється у науковій літературі, міжнародні суди вбачають прояв принципу незалежності гарантії в тому, що взаємовідносини між принципалом і бенефіціаром аж ніяк не впливають на обов'язок гаранта платити. Останній не має права відмовитися від виконання за гарантією, посиляючись на порушення сторонами основного договору, його недейсність або припинення. Гарант не має права вимагати від бенефіціара доказів того, що той звертався до принципала з вимогою виконати основне зобов'язання. Він не має права не платити за вимогою на підставі вказівок принципала, навіть якщо останній наводить переконливі доводи на користь відмови від платежу. Все, що стосується основного зобов'язання, як указує Н. Ю. Рассказова, досліджуючи гарантію, має бути предметом окремого розгляду¹. М. І. Брагінський та В. В. Вітрянський вбачають прояв принципу незалежності банківської гарантії у тому, що «підставами для відмови у задоволенні вимог бенефіціара

¹ Див.: *Рассказова Н. Ю.* Банковская гарантия по российскому законодательству. – М., 2005. – С. 27.

можуть служити виключно обставини, пов'язані із недотриманням умов самої гарантії»¹. На думку вчених, «можна констатувати практично повну відсутність будь-якого зв'язку між зобов'язанням гаранта сплатити відповідну суму бенефіціару та основним зобов'язанням, забезпеченим банківською гарантією»².

Незалежність гарантії від основного зобов'язання виявляється у тому, що зобов'язання гаранта розвивається самостійно. Якщо розглядати безпосередньо зобов'язання між гарантом та бенефіціаром – власне гарантію, то його виникнення, зміна та припинення визначаються його власними умовами.

«Незалежність гарантії від основного зобов'язання є природним наслідком відсутності у гаранта забезпечувального інтересу», – зазначає Н. Ю. Рассказова³. І це дійсно так. Забезпечувальний інтерес – це інтерес у наданні кредитору додаткового джерела виконання основного зобов'язання на випадок несправності боржника. Наявність такого інтересу встановлюється умовами вчинюваних сторонами правочинів. Цей інтерес є, наприклад, у поручителя, оскільки він бере на себе обов'язок відповідати перед кредитором за порушення боржником зобов'язання, забезпеченого порукою (ч.1 ст. 553 ЦК), і заставодавця, оскільки надає кредитору за основним зобов'язанням право отримати задоволення із вартості заставленого майна у разі невиконання боржником цього зобов'язання (ч. 1 ст. 572 ЦК). Гарант же не бере на себе зобов'язання платити у разі порушення зобов'язання боржником (що впливає із тлумачення норм статей § 4 гл. 49 ЦК). Він лише торгує коштами на певних умовах, тому його зобов'язання і не є залежним від основного⁴.

Одночасно у дослідників виникають цілком закономірні запитання: як гарантія може бути незалежною від основного зобов'язання, якщо у своїй вимозі бенефіціар повинен посилатися на порушення цього зобов'язання? Про яку незалежність іде мова, якщо в гарантії можна вказати, що вона виконується у разі надання документів, що підтверджують факт невиконання основного зобов'язання? Вказівка законодавця у нормах про гарантію на основне зобов'язання (статті 560, 563, 565 ЦК) створює підстави для висновків про зв'язок гарантії з цим зобов'язанням. Висновки багатьох дослідників спираються на ці норми, які на перший погляд

¹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. – Кн. I: Общие положения: 3-е изд., стереотип. – М., 2001. – С. 593.

² Там само.

³ Рассказова Н. Ю. Банковская гарантия по российскому законодательству. – М., 2005. – С. 27.

⁴ Там само. – С. 31.

явно свідчать про наявність зв'язку між ним і гарантією¹. При цьому вчені посилаються на похідність гарантії від основного зобов'язання і мають рацію. Оскільки гарантія видається на прохання принципала для його кредитора, то вона не може існувати без основного зобов'язання, а якщо безпосередньою правовою метою надання гарантії є забезпечення основного зобов'язання (ч. 1 ст. 546 ЦК), то вона не може розглядатися у відриві від нього. На користь цього висновку свідчить також і те, що вимозі бенефіціара можуть бути протиставлені заперечення, пов'язані із основним зобов'язанням (ч. 3 ст. 565 ЦК).

Як бачимо, дослідники намагаються поєднати непоєднуване – самостійність гарантії та її залежність від основного зобов'язання. Така позиція призводить до половинчатих висновків. Так, Г. Аванесова називає зв'язок гарантії з основним зобов'язанням слабким. Зокрема, вона зазначає: «Слабкий зв'язок банківської гарантії і основного зобов'язання простежується у статті, відповідно до якої, якщо гаранту до задоволення вимоги бенефіціара стало відомо, що основне зобов'язання, забезпечене банківською гарантією, повністю чи у відповідній частині вже виконане, припинилося, він повинен негайно повідомити про це кредитора і боржника. Таке повідомлення не знімає з гаранта зобов'язання задовольнити повторну вимогу бенефіціара, отриману ним після направлення повідомлення, що і підтверджує слабкий зв'язок гарантії і основного зобов'язання»². Б. М. Гонгало зазначає, що «незалежність банківської гарантії не перекреслює її додаткового (акцесорного) характеру», і в зв'язку з цим робить висновок, що можливе існування акцесорних зобов'язань в їх традиційному розумінні, а також є допустимим акцесорне зобов'язання, яке дійсне у разі недійсності основного зобов'язання³. На питання ж, у чому полягає сенс правила про незалежність гарантії, автор відповідає: «...очевидно... у тому, що, розглядаючи вимогу бенефіціара, гарант не може висувати заперечення, засновані на відносинах бенефіціара і принципала»⁴.

На нашу думку, гарантію не можна розглядати лише як односторонній правочин, учинений гарантом на користь бенефіціара, оскільки га-

¹ Див.: Рубанов А. Международная унификация правил о банковской гарантии и Гражданский кодекс России // Хозяйство и право. – 2000. – № 5. – С. 65–66; Гонгало Б. М. Учение об обеспечении обязательств. – М., 2002. – С. 37; Бирюкова Л. А. Банковские гарантии: Теория и практика. – М., 2004. – С. 92–93.

² Аванесова Г. О банковской гарантии // Хозяйство и право. – 1997. – № 7. – С. 161.

³ Див.: Гонгало Б. М. Учение об обеспечении обязательств. – М., 2002. – С. 38.

⁴ Там само.

рантії, виданої банком за певну винагороду принципала, не може існувати без договору принципала з бенефіціаром, для забезпечення виконання за яким бенефіціар вимагає від принципала забезпечення у вигляді гарантії банку.

Вважаємо, що вираз «незалежність гарантії від основного зобов'язання» на підставі прямої вказівки ст. 562 ЦК може розглядатися як свідчення її самостійності лише щодо основного зобов'язання, обов'язку гаранта за гарантією щодо права вимоги бенефіціара за основним зобов'язанням. Якщо ж розглядати відносини бенефіціара з принципалом, то у цих відносинах бенефіціар зобов'язаний користуватися гарантією відповідно до домовленості між ним і принципалом, і в цих відносинах право бенефіціара заявити вимогу за гарантією виявляється залежним від основного зобов'язання.

Таким чином, з одного боку, незалежна гарантія не може виникнути без певного зобов'язання, яке вона має забезпечувати, а з другого – видана гарантія є самостійним, не пов'язаним з дійсністю, припиненням, виконанням основного зобов'язання.

На нашу думку, щоб зрозуміти феномен гарантії як виду забезпечення, необхідно розглянути весь механізм цього забезпечувального інституту, що складається, на відміну від інших видів забезпечення виконання зобов'язань, не з двох (основного та забезпечувального), а з трьох правочинів. Гарантія не може існувати інакше ніж чинник забезпечувальної конструкції, яку становлять відносини принципала і бенефіціара; принципала і гаранта; бенефіціара і гаранта, а така конструкція, безумовно, є забезпечувальним механізмом, який використовується сторонами договірних відносин з метою забезпечення виконання зобов'язань.

Лише такий підхід дозволяє відповісти на питання, як можна незалежну гарантію використовувати з метою забезпечення виконання зобов'язання.

Якщо при дослідженні гарантії як правового інституту центральною фігурою стає гарант, то з економічної точки зору головною дійовою особою у системі відносин у зв'язку з гарантією є бенефіціар. Саме він, укладаючи договір з принципалом, вимагає надання забезпечення, тобто ініціює появу гарантії. Бенефіціар, піклуючись про надійність гарантії, вибирає гаранта, а також пред'являє вимогу за гарантією, користуючись, як і будь-яка уповноважена особа, правом вибору щодо здійснення належного йому права. Бенефіціар бере на себе і ризик та відповідальність пред'явлення необґрунтованої вимоги.

Умова щодо забезпечення основного зобов'язання гарантією узгоджується між бенефіціаром та принципалом. Як правило, це оформлюється одним із трьох способів. По-перше, сторони можуть укласти попередній договір про укладення у майбутньому основного договору за умови надання принципалом гарантії. По-друге, сторони можуть укласти основний договір за умови, що права та обов'язки за договором виникнуть у момент видачі на користь бенефіціара гарантії (правочин під відкладальною умовою). По-третє, сторони можуть укласти основний договір, вказавши, що моментом виконання бенефіціаром обов'язку за цим договором виступає момент виникнення у нього права за банківською гарантією.

Домовляючись про забезпечення основного зобов'язання гарантією, сторони зазвичай обговорюють участь певного гаранта та суттєві умови гарантії. Саме ці умови будуть передані принципалом гаранту для узгодження тексту гарантії.

Договір про видачу гарантії, що укладається між гарантом та принципалом, стає сполучною ланкою між існуючим основним договором принципала і бенефіціара, оскільки у розділі договору про видачу гарантії, присвяченому предмету договору, вказується, що гарантія видається на прохання принципала в зв'язку з його обов'язком перед бенефіціаром за певним контрактом та гарантією, яка має бути видана гарантом на користь бенефіціара, що є основним обов'язком гаранта за цим договором і відповідно належить до предмета договору. Саме у договорі про видачу гарантії мають бути чітко визначені умови гарантії, строк її видачі та передбачене забезпечення зобов'язання принципала про повернення гаранту його витрат, пов'язаних з оплатою за гарантією.

Гарантія визначена законодавцем незалежним зобов'язанням саме для того, щоб визнати обставини, які стосуються основного зобов'язання, незначущими для правовідношення між гарантом та бенефіціаром. Властивість незалежності гарантії – виключно правова властивість і сама по собі є достатнім обґрунтуванням права бенефіціара отримати платіж незалежно від того, чи відповідає принципал за порушення основного зобов'язання.

У правовому житті гарантія виникає і існує виключно у зв'язку з основним зобов'язанням та домовленістю між принципалом та бенефіціаром. Саме ці правовідносини разом із гарантією створюють стійку юридичну конструкцію, елементи якої, в першу чергу права та обов'язки учасників, залежать один від одного. Консолідуючим елементом такої юридичної конструкції є відома всім її учасникам забезпечувальна мета виникнення гарантії. Однак ця мета має правове значення лише у відносинах між принципалом та бенефіціаром. Як правильно наголошує Н. Ю. Рассказова: «Забезпечувальна функція банківської гарантії ви-

являється у відносинах між бенефіціаром та принципалом, а не між бенефіціаром та гарантом»¹.

Ці відносини засновані на юридично значущому забезпечувальному інтересі, наявність якого визначає права та обов'язки сторін по використанню гарантії. Сама ж гарантія як відношення між бенефіціаром і гарантом є просто грошовим зобов'язанням. Особливістю цього грошового зобов'язання є те, що воно має цінність як правовий інструмент лише у межах указаної юридичної конструкції.

За гарантією у ЦК врегульовані лише відносини між гарантом та бенефіціаром, що не дає цілісного уявлення про цей забезпечувальний інститут. Тому вважаємо, що до § 4 гл. 49 ЦК, присвяченого гарантії як одному із видів забезпечення виконання зобов'язань, включити норми, що регулюють правовідношення: 1) між гарантом та бенефіціаром; 2) між гарантом та принципалом; 3) між принципалом та бенефіціаром у тій частині, в якій ці відносини стосуються видання та використання гарантії.

Наприкінці зазначимо, що забезпечувальний гарантійний механізм включає три правочини, за якими кредитор-бенефіціар виступає стороною лише в одному – основному договорі, а право вимоги має як за основним зобов'язанням, так і за незалежною від цього зобов'язання гарантією. Якщо він не отримає виконання за основним договором, то, пред'являючи вимогу гаранту, отримає виконання за гарантією, до речі, отримає терміново. Як можна відмовляти цьому інституту у праві належати до видів забезпечення виконання зобов'язань, якщо він надійно і швидко спрацює в інтересах кредитора за основним зобов'язанням? Розглядаючи цю конструкцію, на нашу думку, слід звертати увагу не на можливість зловживання бенефіціаром своїми правами за гарантією, а на реальність забезпечення інтересів бенефіціара як кредитора за основним зобов'язанням у разі порушення останнього боржником. Принципал (боржник) виконує свій обов'язок за основним зобов'язанням або за регресною вимогою гаранта. А бенефіціар (кредитор) відповідно отримує виконання від боржника або від гаранта. Якщо ж бенефіціар (кредитор) скористається своїми правами за гарантією не у зв'язку з порушенням боржником (принципалом) основного зобов'язання, наприклад, у разі належного виконання боржником останнього, що означає прийняття ним подвійного виконання – і від боржника за основним договором, і від гаранта за гарантією, то відповідно це означатиме, що боржник, виконавши зобов'язання перед кредитором, має виконати і регресне зобов'язання гаранта після виплати останнього бенефіціару за гарантією. За таких обставин боржник (принципал)

¹ *Рассказова Н. Ю.* Банковская гарантия по российскому законодательству. – М., 2005. – С. 123.

має право звернутися до суду про стягнення з кредитора (бенефіціара) суми виконання за гарантією як безпідставно отриманої. Безумовно, неможливо розглянути цей спір інакше, як з позиції визнання гарантії одним із видів забезпечення виконання зобов'язань, установленого в інтересах кредитора за основним зобов'язанням.

Висловлена точка зору знаходить підтримку і в науковій юридичній літературі. Так, російський учений П. Г. Резго, підкреслюючи забезпечувальний характер гарантії, зазначає, що гарантія призначена перш за все для того, щоб кредитор за основним зобов'язанням мав можливість задовольнити свої вимоги за рахунок гаранта, якщо принципал належним чином не виконає зобов'язання¹. Схожою є позиція вітчизняного дослідника Т. В. Бондар, яка зазначає, що виконуючи платіж за гарантією, гарант, по суті виконує, в межах гарантії, повністю або у певній частині грошове зобов'язання принципала². Підкреслюючи самостійність і незалежність гарантії від договірних правовідносин між принципалом і бенефіціаром, О. В. Латинцев наголошує, що ці властивості дозволяють вважати гарантію одним із найнадійніших способів забезпечення виконання зобов'язань³. Він підкреслює, що «при гарантії бенефіціар не лише забезпечує свій ризик порушення боржником забезпеченого зобов'язання, але й звільняється від ризику висування заперечень, не вказаних у гарантії»⁴.

Визначальна ознака видів забезпечення виконання зобов'язань – наявність додаткового джерела на випадок порушення зобов'язання боржником, за рахунок якого здійснюється задоволення майнових інтересів кредитора. Це джерело складає обов'язок гаранта. Незалежність же гарантії від основного зобов'язання, як уже зазначалося, стосується виключно відносин бенефіціара і гаранта і закріплена в законі саме для підвищення ефективності цього зобов'язального (особистого) забезпечення в цілому. Вищенаведене дає підстави зробити висновок про правомірність віднесення інституту гарантії як цілісної юридичної конструкції, що складається з трьох правочинів, одним із яких є власне гарантія, до одного з видів забезпечення виконання зобов'язань, що спрямований на захист інтересів кредитора у разі порушення зобов'язання боржником.

¹ Див.: Резго П. Г. Проблемы материально-правового регулирования отношений по банковской гарантии в Российской Федерации: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2003. – С. 105.

² Див.: Бондар Т. В. Гарантія як вид забезпечення виконання зобов'язання за Цивільним кодексом України // Вісн. госп. судочинства. – 2003. – № 2. – С. 146.

³ Див.: Латынцев А. В. Обеспечение исполнения договорных обязательств. – М., 2002. – С. 247.

⁴ Там само.