

СУТНІСТЬ ІНСТИТУТУ ГАРАНТІЇ ЗА УКРАЇНСЬКИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ

Чинне цивільне законодавство передбачає різні види забезпечення виконання цивільно-правових зобов'язань. До них гл. 49 ЦК України відносить неустойку, заклад, поруку, притримання, застава й гарантію. Остання займає особливе місце у зв'язку з її незалежною природою. Український законодавець запровадив гарантію як самостійне, незалежне від основного договору зобов'язання, на відміну від інших видів забезпечень, чим у науковій літературі була викликана дискусія щодо юридичної природи незалежного зобов'язання.

Проблему, пов'язану з новим видом забезпечення виконання зобов'язань, порушували такі дослідники, як Н.В. Кузнецова [3, с. 46-50], О.В. Латинцев [4, с. 244-266], Є.А. Павлодський [6, с.24-28; 7, с.25-28], Н.Ю. Рассказова [10, 11, с.41-59], А.В. Рубанов [12, с. 56-67], М.М. Сібільов [13, с.14], та ін. [4, с.62-66; 2, с.109-127; 1, с.588-598]. Вони висвітлювали певні сторони інституту гарантії, але їх висновки є досить суперечливими, що підкреслює складність і неоднозначність його сприйняття вченими.

Метою цієї статті є спроба охарактеризувати гарантію як новий інститут цивільного права з урахуванням уніфікованих міжнародних правил і визначити його місце серед інших видів зобов'язань.

До введення нового ЦК України (з 1 січня 2004 р.) гарантія була виключно інститутом міжнародного приватного права, і включення цього інституту до ЦК має на меті зблизити внутрішнє й міжнародне законодавство.

Перш за все слід зауважити, що гарантія, положення щодо якої міститься у статтях 560 – 569 ЦК України, немає нічого спільного з цим поняттям за ЦК УРСР 1963 р. За часів планової економіки з її жорстким підпорядкуванням господарюючих суб'єктів вищестоящим організаціям гарантія мала досить вузьку сферу застосування, оскільки використовувалася практично лише щодо забезпечення повернення позик, виданих банками соціалістичним підприємствам під відповідальність вищестоящої організації. У разі відсутності грошових коштів у боржника і погашення його заборгованості гарантом останній не мав права регресу до боржника – підпорядкованої господарської організації. На відносини, пов'язані з використанням гарантії, ЦК УРСР поширював норми, які регулювали відносини поруки, що дозволяло зробити висновок про гарантію як різновид поруки. Відрізнялася ж гарантія від поруки суб'єктним складом учасників правовідносин.

Інститут гарантії, запропонований ЦК України 2004 р., суттєво відрізняється від того, що існував за радянських часів. Він розглядає це поняття принципово по-новому, з урахуванням міжнародних норм і правил, як самостійний спосіб забезпечення виконання зобов'язань, що має специфічний зміст та особливості застосуван-

ня. Нову гарантію науковці сприйняли неоднозначно, оскільки норми щодо неї включені законодавцем до гл. 49 ЦК, але ознаки, яка поєднує засоби забезпечення виконання зобов'язань – акцесорності, гарантія не має. За ст. 562 ЦК зобов'язання гаранта перед кредитором не залежить від основного зобов'язання (його припинення або недійсності), зокрема й тоді, коли в гарантії міститься посилання на останнє. Іншими словами, цьому поняттю властива незалежність, тобто ознака, протилежна акцесорності (частини 2 і 3 ст. 548 ЦК).

Незалежність гарантії від основного зобов'язання, виконання якого вона повинна забезпечувати, викликає непорозуміння серед дослідників. Ця її властивість ніяким чином не узгоджується зі звичними уявленнями про забезпечувальне зобов'язання як акцесорне, додаткове до основного, яке повністю поділяє його долю. Але Н.Ю. Рассказова підкреслює, що „саме ця чудова риса й пояснює появлення гарантії на фінансових ринках” [10, с.5].

Розглянемо, як же упорядкував український законодавець цей новий вид інституту. По-перше, в основу правової регламентації гарантії покладено досвід її використання на вимогу в міжнародній банківській практиці, який знайшов відбиток в Уніфікованих правилах щодо гарантії на вимогу (1992 р.) – публікації Міжнародної торгової палати (далі – МТП) № 458. Саме ці положення і склали підвалини в розробці інституту гарантії в ЦК. Як і в Уніфікованих правилах, у ЦК передбачається регулювання гарантії на вимогу, засноване на принципах її незалежності від основного зобов'язання, бізвідкличності (ст. 561 ЦК), неможливості передання прав за гарантією (ч.5 ст. 536 ЦК). Порядок надання вимоги бенефіціаром за гарантією (ч.3 ст. 563 ЦК), а також розгляд вимог бенефіціара гарантом (ст. 564 ЦК) співпадають за своїм змістом з передбаченими в Уніфікованих правилах.

Разом із тим український законодавець у певних питаннях відійшов від цих правил, що потягло за собою відповідні проблеми. Протиріччя насамперед, закладено між положеннями ст. 560 ЦК, яка визначає поняття гарантії, й іншими статтями, що розкривають сутність цього забезпечувального інституту. Якщо Уніфіковані правила визначають гарантію як зобов'язання банку, страхової компанії чи будь-якої юридичної або фізичної особи (гаранта), видане в письмовій формі на виплату грошової суми в разі надання письмової платіжної вимоги, складеної відповідно до її умов на першу вимогу бенефіціара (ст. 2), то ст. 560 ЦК встановлює, що за гарантією банк, інша фінансова установа або страхова організація (гарант) гарантує перед кредитором (бенефіціаром) виконання боржником (принципалом) свого обов'язку. Гарант відповідає перед кредитором за порушення зобов'язання боржником. Це поняття за своїм змістом майже тотожне поняттю “порука”, що міститься у ст. 553 ЦК. Різниця між цими забезпеченнями полягає лише в тому, що гарантами можуть виступати лише фінансові установи (згідно зі ст. 1 Закону України “Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг” від 12 липня 2001 р. [9, ст. 1457] банки і страхові компанії належать до фінансових установ). При цьому порука є акцесорним зобов'язанням, а відповідальність поручителя солідарною чи субсидіарною, чого не може бути в разі застосування гарантії.

З урахуванням міжнародного досвіду застосування гарантії приєднуємося до думки, висловленої Н.Ю. Рассказовою, що „сутність певного зобов'язання визначається його змістом, у тому числі шляхом порівняння банківської гарантії з порукою” [10, с.24]. Гарант не відповідає за виконання зобов'язання боржником (хоча

ст. 560 ЦК вказує саме на це), він лише платить на вимогу. Якщо б гарант відповідав за виконання зобов'язання боржником, то на долі гарантії віддзеркалювалася б доля цього зобов'язання. Якщо воно недійсне або припинилося, гарантія втрачала б силу, а обсяг відповідальності гаранта визначався б обсягом відповідальності боржника за основним зобов'язанням і т.д. Але зобов'язання гаранта не залежить від основного зобов'язання (ст. 562 ЦК) і дане положення є визначальним щодо цього інституту. На обов'язок гаранта не впливають чинники, пов'язані з основним зобов'язанням. У силу ст. 562 і ч.3 ст. 565 ЦК гарант не вправі відмовити у сплаті суми, на яку видано гарантію з посиланням на них.

Правове положення гаранта і поручителя принципово розрізняються між собою. Гарант не виступає в ролі солідарного чи субсидіарного боржника, яким є поручитель. На думку Н.Ю. Рассказової, „саме небажання банків (потенційних гарантів) виступати в ролі осіб, відповідаючих поряд або додатково з боржником, і є однією з причин виникнення банківської гарантії” [10, с.28]. Обов'язок відповідати за порушення зобов'язання боржником у солідарному чи субсидіарному порядку не узгоджується з юридичною природою гарантії. Як тільки в тексті нормативного акта чи договору зустрічається згадка про солідарну (субсидіарну) відповідальність гаранта, можна впевнено вести мову про поруку, яка з тієї чи іншої причини названа гарантією [10, с. 28]. Таким чином, вітчизняний законодавець нормами ЦК щодо гарантії вводить новий інститут, принципово відмінний від інших видів забезпечення виконання зобов'язань, у тому числі й поруки, у зв'язку з незалежністю гарантії. Справедливим вважаємо твердження О.В. Латинцева, що акцесорність є базовим розмежовуючим критерієм гарантії і поруки [5, с. 247]. Досить чітко висловилася щодо цього питання Н.Ю. Рассказова. З її погляду, якщо усунути з банківської гарантії її незалежність, залишивши при цьому вказівку на те, що остання забезпечує основне зобов'язання, ми отримаємо поруку, оскільки особисте акцесорне забезпечення є не що інше, як порука [10, с. 29]. Отже, українському законодавцеві необхідно привести поняття гарантії, надане у ст. 560 ЦК, у відповідність до змісту інших статей цього інституту з урахуванням приписів Уніфікованих правил для гарантії на першу вимогу (1992 р.).

Віднесення нової незалежної гарантії до видів забезпечення виконання зобов'язань викликає багато непорозумінь і спорів. Питання про те, наскільки незалежна гарантія від основного зобов'язання і чи незалежна вона дійсно, сьогодні становить предмет дискусій науковців і в теорії права. Висновки, до яких доходять дослідники, досить суперечливі. Так, М.І. Брагінський і В.В. Вітрянський наголошують, що дотримуються позиції про банківську гарантію як новий для вітчизняного законодавства самостійний спосіб забезпечення виконання зобов'язань [1, с. 589]. З точки зору Є.А. Павлодського, незалежність гарантії від основного зобов'язання робить її віднесення до способів забезпечення виконання зобов'язань дуже вже хитким [6, с. 25]. Він вважає, що для цього не більше підстав, ніж, наприклад, при страхуванні ризику неповернення позики [7, с. 25]. У разі недійсності 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 прояв і в тому, що вплив строку позовної давності за зобов'язанням, забезпеченим гарантією, не тягне впливу строку дії зобов'язання, що впливає з гарантії.

На думку Н.Ю. Рассказової, „якщо сторони мають намір використовувати як забезпечення банківську гарантію, то її текст повинен ясно висловлювати волю гаранта платити на вимогу незалежно від правовідносин за основним договором. У протилежному випадку банківська гарантія легко перетворюється на поруку, що принципово міняє правовий зв'язок між учасниками” [10, с. 35]. В іншій своїй роботі вона доходить висновку, що, оскільки банківська гарантія сама по собі не є акцесорним зобов'язанням, то немає підстав відносити її до способів забезпечення виконання зобов'язань [11, с. 57]. Як вбачається, такий висновок заслуговує на підтримку, бо є цілком логічним. Адже всі протиріччя щодо правового становища нової гарантії пов'язані зі сприйняттям її як одного з видів забезпечень. Якщо вона є одним з видів забезпечення виконання зобов'язань, то це акцесорне, залежне зобов'язання, що поділяє долю основного. Якщо ж, характеризуючи сутність гарантії, її головну особливість вбачають у незалежності, то вона не може мати акцесорного характеру, який визначає інші забезпечення.

Гарантія має властивості незалежності, що є альтернативою акцесорності, у зв'язку з чим остання не може бути віднесена до забезпечень (гл. 49 ЦК). В Уніфікованих правилах для гарантій на першу вимогу (1992 р.) підкреслюються самостійність, незалежність гарантії, обов'язок гаранта сплатити грошову суму на першу вимогу бенефіціара (ст. 2) й відповідальність принципала за компенсацію витрат гаранта по виконанню гарантійного зобов'язання (ст. 14). Про забезпечення гарантією виконання зобов'язання у Правилах не згадується. Як зазначає А.В. Рубанов, на підставі аналізу міжнародних уніфікованих положень щодо гарантій, можемо констатувати, що головна мета гарантії – у мінімізації часу, а не в забезпеченні виконання принципалом його зобов'язання перед бенефіціаром. Як раз навпаки: швидке отримання бенефіціаром сум за банківською гарантією часто призводить до звільнення принципала від обов'язку виконання договору” [12, с. 65].

Як уже зазначалося, норми ЦК щодо гарантії як принципово нового інституту завдяки її незалежності від основного зобов'язання відповідають основним засадам Уніфікованих правил для гарантій на першу вимогу (1992 р.). У той же час за ст. 2 Закону України „Про платіжні системи та переказ коштів в Україні” від 5 квітня 2001 р. [8, ст. 137] до законодавства про платіжні системи й переказ коштів віднесені й Уніфіковані правила по договірних гарантіях МТП (1978 р.) Правила 1978 р. і 1992 р. присвячені різним типам гарантій. Перші мають справу з традиційною гарантією (залежним зобов'язанням), а другі оперують гарантією нового типу (незалежною), яка стала поширюватися саме в той час, коли МТП працювала над Правилами 1978 р. Як зазначає А.В. Рубанов, у результаті вийшло, що Уніфіковані правила МТП 1978 р. не мають великого успіху на практиці [12, с.60]. Згідно з приписами ст. 9 Уніфікованих правил з коментарями й рекомендаціями для радянських зовнішньоторговельних організацій (1978 р.) основним їх принципом є те, що претензія по гарантії може бути задоволена лише в разі невиконання або неналежного виконання принципалом своїх контрактних зобов'язань і що гарантові мають бути надані докази такого невиконання. Бенефіціар має право вимагати від гаранта сплати суми в разі письмової згоди на це принципала або надання судового рішення. Практично це означає, що бенефіціарові необхідно пройти весь шлях судового розгляду спору, перш ніж він матиме змогу скористатися гарантією. І, навпаки, основний припис Уніфікованих правил 1992 р. передбачає: ”Обов'язком гаранта, що впливає

з гарантії, є сплата суми або сум, указаних у ній при наданні письмової вимоги про сплату (п.„в” ст. 2). Як бачимо, час на отримання бенефіціаром грошових коштів скорочується до мінімуму. Строк, який надається в цьому випадку гарантові – це „розумний час”, необхідний для вивчення документа і прийняття рішення (п.„а” ст. 10).

Це відіграє визначальну роль у застосуванні нової гарантії, поява якої виникла у зв'язку з потребами учасників обороту в швидкому отриманні кредитором грошових коштів від гаранта у разі порушення зобов'язання боржником. Саме вирішення завдання мінімізації часу, що минає від моменту виникнення шкоди в учасників майнових відносин до моменту, коли вона фактично відшкодовується, сприяло запровадженню в останні роки інституту незалежної гарантії в діловій практиці країн з розвинутою економікою. Незважаючи на особливості національних правових систем у різних країнах, у функціонуванні інституту гарантії простежуються однакові підходи. По-перше, проблема мінімізації часу вирішується за рахунок підключення третьої особи, яка не бере участі у відповідному договорі, – гаранта.

По-друге, кредитор за основним зобов'язанням – бенефіціар – наділяється правом вирішувати на свій розсуд, у який момент вимагати від гаранта виплати суми. Відповідно, на останнього покладається обов'язок на першу вимогу бенефіціара сплатити суму.

По-третє, з тією ж метою різко обмежуються можливості гаранта відмовитися від виплати або затримувати її по мотивах, що стосуються основного договору. Гарантії цього типу виходять з того, що гарант не вправі відмовити в задоволенні вимоги бенефіціару з посиланням на те, що в основному договорі виникли які-небудь обставини, що дозволяють йому утриматися від виплати. Наприклад, за основним договором бенефіціар може не мати права вимагати від свого клієнта відшкодування збитків: останні можуть взагалі не виникнути або відповідальність за них цілком лежить на бенефіціарові. Основний договір може бути з будь-якої причини недійсним і не породжувати правових наслідків. Більше того, на практиці часто зустрічаються гарантії, що видаються в умовах, коли основного договору ще не укладено. Гарант зобов'язаний сплатити грошову суму й у разі, коли такого договору не виникає.

По-четверте, гарантія нового типу все ж таки в більшості випадків зберігає обмежений зв'язок з основним договором. Так, найчастіше гарантії містять вказівку на основний договір. Банк, видаючи гарантію, називає відповідне головне зобов'язання (або договір, який буде укладено у майбутньому). Крім того, практично у всіх країнах, що використовують даний вид гарантій, має місце судова практика, коли суди враховують особливості поведінки бенефіціарів як учасників основних договорів і на підставі встановлених фактів виносять рішення, які тимчасово припиняють виплату гарантами відповідних сум [12, с. 58]. Непрямий зв'язок гарантії з основним зобов'язанням знаходить свій прояв у тому, що бенефіціар не вправі здійснювати відступлення права вимоги іншій особі, й у такий спосіб гарантія пов'язується з тим основним договором, у якому виступає названий у ній бенефіціар.

Процес формування гарантії нового типу проходив паралельно у багатьох країнах, причому в кожній він ішов децентралізовано. У зв'язку з цим гарантійні документи, які видають банки, мають різні назви. У Європі застосовується термін „гара-

нтія”: у Німеччині – „гарантія”; у Франції – „банківська гарантія”; в Англії – „гарантія”, „незалежна гарантія”, „безвідклична гарантія”, „безумовна” або „гарантія на вимогу”, „гарантія на першу вимогу”, „гарантія на просту вимогу”, „гарантійний акредитив”; в інших країнах англосаксонського права зустрічаються назви, які не використовують термін „гарантія”, зокрема, „відшкодування шкоди”, „платіжне зобов’язання”, „зобов’язання, що стосується виконання договору” тощо. Крім того становище в сучасному світі характеризується дуалізмом юридичних засобів, що забезпечують вирішення проблеми мінімізації строків. Крім гарантії нового типу цю проблему вирішує так званий інститут „резервного кредиту” США, оскільки тут банки за загальним правилом не мають права видавати гарантії [14, с.696].

У науковій правовій літературі відмічається високий ступінь близькості гарантії і резервного кредиту „Різниця між резервними кредитами і банківськими гарантіями не правова, а лежить у царині практики й ділової термінології”, – пояснює R. Goode [15, с. 16]. А.В. Рубанов підкреслює, що у США резервні кредити сьогодні служать інструментом фінансової підтримки, що застосовується для найрізноманітніших цілей. Вони використовуються не лише у сфері банківської гарантії, а й у галузях комерційної та фінансової діяльності [12, с.59]. Щоб сконструювати уніфіковані норми, які охопили б не лише гарантію, а й інститут резервного кредиту, ООН підготувала 11 грудня 1995 р. Конвенцію про незалежні гарантії й резервні акредитиви, яка вступила в силу з січня 2000 р. Її учасниками є Еквадор, Ель-Сальвадор, Кувейт, Панама, Туніс. Крім того, вона підписана, але поки що не ратифікована США та Белоруссю.

Оцінюючи вищеназвані правила МТП й Конвенцію ООН щодо застосування гарантії, слід наголосити на помітному впливі на цей процес інтересів виробництва й торгівлі, тобто так званого реального сектора економіки. Його мета – мінімізувати час між виникненням шкоди у зв’язку з порушенням договорів і її відшкодуванням, що неминуче потребує зменшення для банків можливості відкладати платежі по гарантії. Інтереси реального сектора економіки домінували при складанні Уніфікованих правил для гарантії на першу вимогу. З точки зору зв’язку гарантії з основним договором положення ЦК України щодо неї перейняли підхід цих правил, що, безумовно, є прогресивним кроком українського законодавця. Але норми Кодексу стосовно гарантії досить суперечливі. Щодо невідповідності ст. 560 ЦК, у якій визначено поняття гарантії (як і поруки), змісту цього інституту, який однозначно просліджується в інших статтях, уже йшлося раніше.

Положення Уніфікованих правил 1992 р. і ЦК щодо регулювання поведінки гаранта в разі пред’явлення бенефіціаром йому вимоги про оплату гарантії відрізняються. Якщо перші в назву включили слова „для гарантії на першу вимогу” і прямо вказують, що гарант зобов’язаний здійснити платіж у разі пред’явлення обов’язку гаранта платити на першу вимогу, то Кодекс наділяє гаранта правом здійснити першу відмову від платежу „Якщо гарант після пред’явлення до нього вимоги кредитора дізнався про недійсність основного зобов’язання або про його припинення, він повинен негайно повідомити про це кредитора і боржника. Повторна вимога кредитора, одержана гарантом після такого повідомлення, підлягає задоволенню” (ч.3 Ст. 565 ЦК). Отже, ЦК передбачає гарантію, яка підлягає сплаті не на першу, а на повторну вимогу бенефіціара. При цьому вітчизняний законодавець не ставить ніяких додаткових умов щодо пред’явлення останньої, що означає лише відстрочення пла-

тежу за гарантією до отримання гарантом повторної вимоги.

Підводячи підсумок, вважаємо, слід наголосити на непослідовності законодавця щодо запровадженого ним нового інституту. Положення стосовно гарантії як самостійного зобов'язання, що, безумовно, відповідає вимогам учасників цивільного обороту, розміщені у гл. 49 ЦК серед інших видів забезпечення виконання зобов'язань, які є акцесорними (залежними) зобов'язаннями. Визнання гарантії одним з видів забезпечень постійно провокує теоретиків і практичних працівників до встановлення її залежності від дійсності й виконання основного зобов'язання боржником-принципалом. Зв'язок між основним зобов'язанням і гарантією існує, але він є фактичним і не впливає на формування правовідносин, що випливають з банківської гарантії, незалежність якої – її юридична властивість, що й визначає незалежність гарантії від основного зобов'язання в розумінні положень ст. 562 ЦК. На відсутність юридичного зв'язку гарантії з основним зобов'язанням указують М.М. Сібільов [13, с.14], Н.Ю. Расказова [11, с. 56] та інші дослідники.

З нашого погляду, якщо український законодавець запровадив принципово новий для нашої правої системи інститут самостійної гарантії, що відповідає вимогам міжнародних правил, то не треба намагатися втиснути його в рамки гл. 49 ЦК як одного із забезпечень. Ця глава містить “Загальні положення”, що стосуються всіх видів забезпечення виконання зобов'язань, основною характерною ознакою яких визнано акцесорність. Як вбачається, норми про гарантію потрібно виокремити в самостійну главу, яку розмістити в розділі III ЦК України серед інших видів зобов'язань, оскільки її самостійна природа несумісна з акцесорним характером забезпечень.

Список літератури: 1. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Кн. I: Общие положения: – Изд. 3-е, стереотип. – М.: Статут. – 2001. – 848 с. 2. Гонгалло Б.М. Учение об обеспечении обязательств. – М.: Статут, 2002. – 222 с. 3. Кузнецова Н.В. Банковская гарантия в системе способов обеспечения исполнения обязательств // Вест. Удмурт. ун-та. – № 1. – С. 46-50. 4. Лазарева Т. Банковская гарантия во внешнеэкономической деятельности // Право и экономика. – 1999. – № 3. – С. 62-66. 5. Латынцев А.В. Обеспечение исполнения договорных обязательств. – М.: Лекс-Книга, 2002. – 285 с. 6. Павлодский Е.А. Банковская гарантия – новый инструмент обеспечения исполнения гражданско-правовых обязательств // Дело и право. – 1995. – № 11(47). – С. 24-28. 7. Павлодский Е.А. Обеспечение исполнения обязательств поручительством // Закон. – 1995. – № 5. – С. 25. 8. Про платіжні системи та переказ коштів в Україні: Закон України від 05.04. 2001 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 2001. – № 29. – Ст. 137 зі змін. від 31.05.2005 р. 9. Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг: Закон України від 12.07.2001 р. // Офіц. вісн. України. – 2001. – № 32. – Ст. 1457. 10. Расказова Н.Ю. Банковская гарантия по российскому законодательству. – М.: Статут, 2005. – 127 с. 11. Расказова Н.Ю. Вопросы общей теории обеспечительных обязательств // Правоведение. – 2004. – № 4. – С. 41-59. 12. Рубанов А. Международная унификация правил о банковской гарантии и Гражданский кодекс России // Хоз-во и право. – 2000. – № 5. – С. 56-67. 13. Сібільов М.М. Право зобов'язань: старі й нові положення // Закон і бізнес. – 1999. – № 49. – С. 14. 14. Goode R.M. Commercial Law. – 1982. – 696 p. 15. Goode R. Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees. – Paris, – 1997. – 16 p.

Надійшла до редакції 04.05.2007 р.