

РЕЦЕНЗИЯ

на курсовую работу по гражданскому праву
на тему Понятие (независимая) гарантия

выполненную студентом 2 курса заочной формы обучения 221 группы
Месредов А.М.
(Ф.И.О.)

1. Все требования предъявляемые к написанию курсовой работы выполнены (план, введение, содержание, заключение, список использованной литературы) (да, нет)
2. Тема курсовой работы раскрыта (полностью, частично, нет)
3. Использование научной литературы при выполнении курсовой работы (2, 3, 4, 5)
4. Использование эмпирического материала при написании курсовой работы (2, 3, 4, 5)
5. Наличие собственных выводов, предложений, точек зрения и их аргументация (2, 3, 4, 5)
6. Стиль и уровень грамотности выполнения курсовой работы (2, 3, 4, 5)
7. Качество оформления курсовой работы (2, 3, 4, 5)
8. Основные вопросы, выносимые на защиту курсовой работы, или замечания, требующие дополнительной письменной переработки (да, нет)
9. Оригинальность текста в системе «Антиплагиат-ВУЗ» составила

Курсовая работа допущена к защите « _____ »

Преподаватель _____

подпись

Ермилов О.В.

Ф.И.О.

Курсовая работа защищена на оценку _____

« _____ »

Преподаватель _____

подпись

Ермилов О.В.

Ф.И.О.

**НЕГОСУДАРСТВЕННОЕ ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ
УЧРЕЖДЕНИЕ ОРГАНИЗАЦИЯ ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ
«РОССИЙСКАЯ АКАДЕМИЯ АДВОКАТУРЫ И
НОТАРИАТА»**

**Курсовая работа по дисциплине Гражданское право
на тему: «Банковская (независимая) гарантия»**

Выполнила:
Студенка 2 года обучения
221-3 группы
Заочного отделения
Юридического факультета
Нефёдова Анастасия Николаевна

Проверил:
Кандидат юридических наук
Ефимова О.В.

Москва, 2018

ОГЛАВЛЕНИЕ

Введение.....	3
Глава 1. Теоретико-правовые основы обеспечения исполнения обязательств общего характера.....	5
1.1. Понятие и сущность способов обеспечения исполнения обязательств.....	5
1.2. Виды обеспечения исполнения обязательств.....	7
Глава 2. Обеспечение исполнения обязательств с помощью независимой (банковской) гарантии и ее особенности.....	15
2.1. Понятие независимой (банковской) гарантии	15
2.2. Обеспечение исполнения обязательств с помощью независимой (банковской) гарантии.....	17
Заключение.....	21
Список использованных источников.....	22

ВВЕДЕНИЕ

Глобальные изменения, произошедшие в отечественном гражданском законодательстве в 2015 году, затронули договорное и обязательственное право. Проект внесенных изменений обсуждался задолго до их вступления в силу, что обуславливает их немаловажность для всего юридического общества. Изменения коснулись одного из способов обеспечения исполнения обязательств – банковской гарантии.

Федеральным законом от 08.03.2015 № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» был введен новый термин «независимой гарантии», который включил в себя банковскую гарантию и расширил субъектный состав гарантов, разрешив в их роли выступать не только банкам и кредитным организациям, но и коммерческим компаниям.

Данные нововведения имеют как плюсы, так и минусы и, соответственно, как своих сторонников, так и противников. Все вышеизложенное позволяет сделать вывод, что выбранная тема курсовой работы актуальна на сегодняшний день и требует изучения и рассмотрения.

Выборную проблематику гражданского права рассматривают такие авторы, как Б.М. Гонгало, Шершеневич Г.Ф и другие. Данная тема широко освещается в статьях на всевозможных научных конференциях и форумах, а также на всех уровнях судебной власти.

Целью курсовой работы является изучение независимой (банковской) гарантии, а также поиск возможных путей решения проблем, связанных с обеспечением обязательств при выборе данного вида гарантии.

Для достижения данной цели необходимо решить следующие задачи:

- 1) раскрыть сущность способов обеспечения исполнения обязательств;
- 2) раскрыть понятие независимой (банковской) гарантии;

3) рассмотреть особенности обеспечения исполнения обязательств с помощью независимой гарантии.

Объектом исследования является гражданское право в сфере обеспечения обязательств, предметом – независимая (банковская) гарантия.

Методологическую основу в данной курсовой работе составили как общенаучные методы, так и специальные методы, в том числе синтез, анализ и сравнительно-правовой метод.

Теоретическую основу курсовой работы составила совокупность нормативно-правовых актов, трудов известных ученых и авторов, а также судебная практика.

Структура курсовой работы определяется характером и последовательностью решаемых задач. Работа состоит из введения, двух глав (4 параграфа), заключения и списка использованных источников.

ГЛАВА 1. ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ИСПОЛНЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ ОБЩЕГО ХАРАКТЕРА

1.1. Понятие и сущность способов обеспечения исполнения обязательств

Каждое обязательство основано на вере кредитора в исполнение должником действия, которое может быть необходимо для удовлетворения интересов кредитора. Кредитор убежден, что надлежащее исполнение гражданско-правовых обязанностей обеспечивается мерами гражданско-правового принуждения в виде либо мер ответственности, либо мер защиты. При этом не всегда данных мер достаточно для воздействия на должника.

Например, по причине отсутствия у должника какого-либо имущества, решение суда о принудительном взыскании долга может оказаться неисполнимым.

Поэтому, в механизме гражданско-правового регулирования применяются особые правовые средства, которые были созданы специально для обеспечения исполнения обязательств. Целью таких специальных правовых средств является предварительное обеспечение имущественных интересов кредитора путем создания особых гарантий надлежащего исполнения обязательства должником.

Согласно пункту 1 статьи 329 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) исполнение обязательств может обеспечиваться неустойкой, залогом, удержанием имущества должника, поручительством, независимой (банковской) гарантией, задатком и другими способами, предусмотренными законом или договором¹. При этом неустойку, залог, удержание, поручительство, независимую (банковскую) гарантию, задаток можно отнести к специальным, нормативно описанным в главе 23 ГК способам обеспечения исполнения обязательств.

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 03.08.2018), статья 329. Режим доступа: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=LAW&n=300822&div=LAW&md=6DE4B0D22E96BDEDD83F1E046A80531C#01945179481733399> Дата обращения: 15.01.2019

Сущность специальных способов обеспечения исполнения обязательств в том, что кредитор, вступая в обязательства и предоставляя имущество должнику, тем самым кредитует должника. Также кредитор может потребовать, чтобы должник заключил с ним соглашение, по которому ему будет предоставлено дополнительное обеспечение, представляющее собой определенный эквивалент сделанного им предоставления, которое экономически выглядит как кредит - личный или реальный. Кредитору предоставляется как личный, так и реальный кредит, в силу предписания закона при наступлении юридических фактов, указанных в нем. Если наряду с должником личную ответственность за его долг принимает на себя какое-либо третье лицо, то кредитору предоставляется личный кредит. Или у должника есть имущество, стоимость которого удовлетворяет кредитора, в случае неисполнения должником обязательства, то имеет место реальный кредит.

Поручительство и банковская гарантия относятся к формам личного кредита, т.к. при их установлении кредитор руководствуется принципом: верю не только личности должника, но и личности поручителя (гаранта). При этом задаток, залог, удержание являются формами реального кредита, т. к. при их установлении кредитор руководствуется принципом: верю не личности должника, а имуществу. Так же к способам обеспечения исполнения обязательства относят неустойку, т.к. она является дополнительной мерой воздействия по отношению к основной общей санкции за нарушение обязательства – возмещению убытков в соответствии со статьей 393 ГК РФ. При установлении неустойки предполагается, что, под угрозой строго определенной дополнительной имущественной невыгоды, должник будет стремиться исполнить обязательство надлежащим образом. Соглашаясь с установлением неустойки, кредитор также получает определенный дополнительный личный кредит от должника.

1.2. Виды обеспечения исполнения обязательств

Согласно статье 329 ГК РФ исполнение обязательств может обеспечиваться способами, указанными в открытом перечне: неустойкой, залогом, удержанием имущества должника, поручительством, независимой (банковской) гарантией, задатком и иными способами, предусмотренными законом или договором.

Далее мы рассмотрим различные виды обеспечения исполнения обязательств.

1. Неустойка представляет собой одну из форм мер воздействия в обязательстве, т.е. является неотъемлемым элементом самого обязательства. В российском законодательстве и юридической литературе неустойка рассматривается как один из способов обеспечения исполнения обязательства.

Квалификация неустойки как способа обеспечения исполнения обязательств выявила норму статьи 331 ГК РФ, согласно которой соглашение о неустойке должно быть выполнено письменной форме независимо от формы основного обязательства. Если не будет соблюдена письменная форма, то соглашение о неустойке будет являться недействительным. Согласно статье 332 ГК РФ, кредитор вправе требовать уплаты неустойки, определенной законом (законной неустойки), независимо от того, предусмотрена ли обязанность ее уплаты соглашением сторон. В этом случае если закон не запрещает, то размер законной неустойки может быть увеличен соглашением сторон.

В случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обстоятельства, для должника создается угроза наступления имущественной невыгоды, в этом и есть смысл неустойки. Пункт 1 статьи 330 ГК РФ гласит, что неустойка (штраф, пени) это установленная законом или договором денежная сумма, обязательная к выплате должником кредитору, если

обязательство не исполнено или исполнено в ненадлежащем виде, в то числе, если исполнение было просрочено.

Кроме общей санкции в форме возмещения убытков согласно статье 393 ГК РФ, дополнительной санкцией за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства является обеспечительная функция неустойки, которая проявляется в следующем:

Во-первых, убытки могут быть взысканы с должника в том случае, если они действительно имели место. При этом в соответствии с пунктом 4 статьи 393 ГК РФ, для взыскания такого вида убытков, как упущенная выгода, необходимо также учитывать предпринятые кредитором для ее получения меры и сделанные с этой целью приготовления. В этом случае неустойка может быть взыскана независимо от указанных обстоятельств. В пункте 1 статьи 330 ГК РФ закреплено, что по требованию об уплате неустойки кредитор не обязан доказывать причинение ему убытков.

Во-вторых, только при неисполнении или ненадлежащем исполнении должником своих обязательств может быть установлен размер убытков. Поскольку размер неустойки известен заранее, то реальность наступления неблагоприятных имущественных последствий при неисполнении или ненадлежащем исполнении обязательства становится выше, что существенно облегчает и делает неизбежным взыскание неустойки. Так же кредитор имеет право взыскать неустойку, не дожидаясь ни возникновения убытков, ни точного определения их размера.

В-третьих, при установлении законной неустойки или при установлении договорной неустойки законодатель или стороны дают оценку значимости обеспечиваемого обязательства, тем самым определяя размер неустойки и ее соотношение с убытками. В том случае, если значение обязательства довольно высоко, то штрафной характер неустойки проявляется ярче, при этом размер неустойки становится выше. Но стоит отметить, что в случае, если размер подлежащей взысканию неустойки будет

явно несоразмерен последствиям нарушения обязательства, то суд вправе по своему усмотрению уменьшить неустойку (ст. 333 ГК).

2. В соответствии со статьей 361 ГК РФ, поручительство является одним из древнейших способов обеспечения исполнения обязательств. Поручитель обязан по договору поручительства ответить за исполнение кредитором другого лица его обязательства полностью или частично.

Договор поручительства представляет собой договор, по которому имущество поручителя (лица) может быть учтено при удовлетворении требований кредитора. В этом случае, в отличие от залога, где имеет место ручательство вещью, при поручительстве имеет место личное ручательство. Из этого следует, что эффективность поручительства в основном зависит от личных качеств поручителя, а так же его имущественного положения. В отношениях поручительства, как правило, взаимодействуют три лица: должник по основному обязательству, его кредитор и третье лицо - поручитель, который принял на себя обязательство нести имущественную ответственность перед кредитором в том случае, если основной должник не выполнил или ненадлежащим образом выполнил свое обязательство. Договором поручительства является двусторонняя сделка, в которой стороны это кредитор (веритель) по обеспечиваемому обязательству и поручитель. При совершении сделки между верителем и поручителем действительность поручительства не зависит от того, согласен должник или нет.

Как правило, должник может обратиться к возможному поручителю с просьбой о предоставлении поручительства. В этом случае отношения должника и поручителя могут быть оформлены договором о предоставлении услуг по поручительству. На практике бывают случаи, когда договоры поручительства, заключаются сразу тремя сторонами: поручителем, кредитором и должником. Такие договоры носят смешанный характер и обычно могут объединить в себе элементы договора поручительства и договора об оказании услуг по поручительству.

Поручительство представляет собой обязательство, которое основано на договоре. Поэтому, для того, чтобы оно возникло, и было действительно любое договорное обязательство, необходимо наличие всех условий. Стоит отметить, что обязательство поручителя может быть безотзывным, по причине одностороннего отказа от исполнения обязательства и одностороннего изменения его условий, которые не могут допускаться в соответствии с статьей 310 ГК РФ. Т.к. обязательство поручительства договорное, то оно может быть само обеспечено залогом, независимой гарантией и иными способами обеспечения исполнения обязательств. Договор поручительства является консенсуальным, односторонним и безвозмездным. При одностороннем характере договора поручительства верителю (кредитору по обеспечиваемому обязательству) дается только право требовать от поручителя нести ответственность за неисправного должника, без встречных обязанностей, а поручителю дается только обязанность отвечать за исполнение должником обеспечиваемого обязательства полностью или в части, без встречных прав.

Следует отметить, что за предоставление услуг по поручительству поручитель на основании договора получает вознаграждение с должника, за которого он поручился.

Договор поручительства может быть составлен только в письменной форме. Если письменная форма договора поручительства не будет соблюдена, то договор автоматически является недействительным. При этом он может быть заключен путем составления одного документа, а также путем обмена документами посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, телефонной, электронной или иной связи, позволяющей достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору согласно пункту 2 статьи 434 ГК РФ.

3. Залог представляет собой вид правовых отношений, в котором кредитор (залогодержатель) при неисполнении или ненадлежащем исполнении обеспеченного залогом обязательства имеет право получить

удовлетворение из стоимости заложенного имущества преимущественно перед другими кредиторами, за исключением изъятий, установленных законом согласно пункту 1 статьи 334 ГК РФ.

При избрании залога в качестве средства обеспечения своих интересов, кредитор руководствуется принципом «верю не лицу, а вещи». Это значит, что при любом залоге имущества есть реальный кредит, который представляет собой конкретное имущество должника, за счет стоимости которого кредитору предоставляется удовлетворение в случае, если должник не оправдает доверия.

Залоговое правоотношение является акцессорным, т.е. может существовать, в том случае пока существует обеспечиваемое (основное) обязательство. В том случае, если прекратится основное обязательство, то это повлечет за собой прекращение залога в соответствии с действующим законодательством, при этом прекращение залога не влечет прекращения основного обязательства. Такое понятие как уступка залогодержателем другому лицу своих прав по договору о залоге, может быть действительна, если тому же лицу были уступлены права требования к должнику по основному обязательству, обеспеченному залогом. Если залогодатель не дал кредитору согласия отвечать за нового должника, то при переводе на другое лицо долга по обязательству, обеспеченному залогом, залог прекратится. Если данный факт не доказан, то уступка прав по договору об ипотеке (залоге недвижимости) означает и уступку прав по обеспеченному ипотекой обязательству.

Требование, обеспечиваемое залогом, должно носить денежный характер. Статья 337 ГК РФ устанавливает, что если иное не предусмотрено договором, залог обеспечивает требование в объеме, который оно имеет к моменту удовлетворения, в том числе: проценты, неустойку, возмещение убытков, причиненных просрочкой исполнения, а также возмещение расходов залогодержателя, необходимых на содержание заложенной вещи, и расходов по взысканию. Объем предоставленных залогом требований

намного шире при залоге недвижимости. При отмеченных в законе обстоятельствах залогодержатель может возместить за счет заложенного недвижимого имущества расходы на его содержание и охрану, а также на погашение задолженности залогодателя по налогам, сборам или коммунальным платежам, относящихся к этому имуществу.

4. Право удержания – институт древнего происхождения, который был известен римскому праву и был применен во многих правовых системах. Пункт 1 статьи 359 ГК РФ гласит, что кредитор, которому принадлежит вещь, подлежащая передаче должнику либо указанному должником лицу, в случае неисполнения должником в срок обязательства по оплате этой вещи или возмещению кредитору связанных с ней издержек и других убытков вправе удерживать ее до тех пор, пока не будет исполнено соответствующее обязательство. Удержанием вещи могут обеспечиваться также требования, хотя и, возмещением издержек на нее и других убытков, но возникшие из обязательства, стороны которого действуют как предприниматели.

Право удержания относится к предусмотренным непосредственно законом правоохранительным мерам из числа обеспечительного характера. Говоря простым языком, закон определяет содержание этого права и основания его применения. Ретентор определяет решение вопроса, возможность использования или не использования права удержания при наличии основания для этого. Также ретентор осуществляет право удержания вещи. В следствие этого у ретентора и должника появляются определенные субъективные права и обязанности.

Право удержания как один из способов обеспечения исполнения обязательств, имеет две главные задачи: во-первых, стимулирует должника выполнять свои обязательства надлежащим образом, во-вторых, в соответствии со статьей 360 ГК РФ, требования кредитора, удерживающего вещь, удовлетворяются из ее стоимости в объеме и порядке, предусмотренных для удовлетворения требований, обеспеченных залогом. Право удержания используется в тех случаях, когда требования, которые

могут обеспечиваться этим правом, носят денежный характер. В гражданском праве закреплено, что даже при переходе прав на удерживаемую вещь к третьим лицам, право удержания сохраняет свою силу.

Данный вид обеспечения исполнения обязательств можно разделить на общегражданский, субъектами которого могут быть как предприниматели, так и лица, не являющиеся таковыми, и торговый (предпринимательский), применяемый с целью обеспечения исполнения обязательств, обе стороны (участники) которых действуют как предприниматели.

Общегражданское удержание может иметь место тогда, когда кредитор вправе удерживать вещь должника в случае неисполнения должником в срок обязательства по оплате именно этой вещи или по возмещению кредитором издержек и других убытков, непосредственно связанных с ней. Например, автомобиль, попавший в аварию, эвакуируется в автосервис и там ремонтируется. Однако гражданин – собственник автомобиля не оплачивает расходы по эвакуации автомобиля, стоимость запчастей и ремонта, согласованные в договоре. В таком случае автосервис может удерживать автомобиль, так как его требования связаны именно с этой вещью. Но если гражданин – собственник автомобиля возместит расходы автосервиса и оплатит работы по ремонту автомобиля, то автосервис не вправе удерживать отремонтированный автомобиль, ссылаясь на то, что собственник автомобиля не исполняет перед ним свои обязательства по оплате ремонта другого автомобиля, также принадлежащего этому гражданину.

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

Приведенная легальная дефиниция банковской гарантии является модификацией определения, содержащегося в статье 2 Унифицированных

правил Международной торговой палаты для банковских гарантий по первому требованию 1992г.² Данные правила, закрепившие правовые обычаи, сложившиеся в международной банковской и коммерческой практике, нашли известное отражение в нормах института банковской гарантии, содержащихся в статьях 368 - 379 ГК РФ. Вместе с тем в российском гражданском праве имеется ряд норм, существенно отличающихся от норм вышеуказанных правил, что делает банковскую гарантию самобытным институтом российского гражданского права. Так, в 2015 году произошли изменения в ГК РФ и с тех пор независимые (банковские) гарантии могут выдаваться не только банками или кредитными учреждениями, но и коммерческими организациями.

Субъектами отношений по банковской гарантии являются гарант, принципал и бенефициар. Гарант – это лицо, которое выдало письменный документ, содержащий обязательство выплатить денежную сумму в случае представления бенефициаром письменного требования об оплате, составленного в соответствии с условиями банковской гарантии. Принципал – лицо, являющееся должником по обязательству, исполнение которого обеспечивается банковской гарантией, выданной гарантом по его просьбе. Бенефициар – лицо, в пользу которого как кредитора принципала выдается банковская гарантия.

² Унифицированные правила ICC для платежных гарантий (Унифицированные правила для гарантий по первому требованию 1992 года) (URDG) (Публикация Международной торговой палаты № 458)

ГЛАВА 2. ОБЕСПЕЧЕНИЕ ИСПОЛНЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ С ПОМОЩЬЮ НЕЗАВИСИМОЙ (БАНКОВСКОЙ) ГАРАНТИИ И ЕЕ ОСОБЕННОСТИ

2.1. Понятие независимой (банковской) гарантии

Одним из способов обеспечения обязательств является независимая гарантия, введенная в Гражданский кодекс РФ в 20105 году.

Статья 368 ГК РФ определяет независимую (банковскую) гарантию как обязательство гаранта перед бенефициаром на выплату суммы, которая была заранее обговорена сторонами, которую выплачивают при наступлении указанных в договоре обстоятельств³.

До внесения изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации она именовалась как банковская гарантия, а значит, в качестве гаранта могла выступать только кредитная организация или банк. В 2015 году расширился круг субъектов, способных выдавать такой вид гарантии, и теперь, помимо банка или кредитной организации выдавать гарантию может любая кредитная организация, имеющая законодательно на это право. Данные изменения закрепили субъективный состав лиц, имеющих право на выдачу независимых гарантий, так как обязательства лиц, не являющихся банками, иными кредитными, и коммерческими организациями, выдавшими гарантию исполнения обязательства должником, регламентируются правилами о договоре поручительства в соответствии с п.3 статьи 368 ГК РФ.

Однако следует отметить, что независимые гарантии выдаются банками и иными кредитными организациями в виде банковской гарантии, а остальные коммерческие организации выдают независимые гарантии.

Главным признаком независимой (банковской) гарантии является ее независимость от основного обязательства на обеспечение. А это значит, что независимая (банковская) гарантия не может прекратить свое действие или

³ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) статья 368. Режим доступа: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=LAW&n=300822&fld=134&dst=10606,0&rnd=0.7468605639700385#08910745519539118> Дата обращения: 20.01.2019

измениться вместе с обязательством и она остается действительной даже при недействительности обязательства.

В пункте 1 статьи 371 ГК РФ говорится, что «независимая гарантия не может быть отозвана или изменена гарантом, если в ней не предусмотрено иное»⁴. Если по условиям гарантии она может быть изменена или отозвана, то такое изменение или отзыв производится в той же форме, что и сама независимая гарантия.

В содержании независимой (банковской) гарантии обязательно должны быть отражены следующие данные: дата выдачи; данные о принципале, бенефициаре и гаранте; основное обязательство, исполнение по которому обеспечивается гарантией; денежная сумма, подлежащая выплате, или порядок ее определения; срок действия гарантии, а также иные обстоятельства, при наступлении которых сумма гарантии подлежит обязательной выплате. Также в независимой (банковской) гарантии могут присутствовать условия, при наступлении которых сумма гарантии может быть изменена.

Также существует практика, когда к независимой (банковской) гарантии могут предъявляться дополнительные требования. Такие требования отражены в Федеральном законе от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд», Федеральном законе от 24.11.96 № 132-ФЗ «Об основах туристской деятельности в Российской Федерации»⁵ и некоторых других нормативно-правовых актах.

Независимая (банковская) гарантия вступает в силу с момента ее отправки или фактической передачи гарантом в соответствии со статьей 373

⁴ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2019), статья 371. Режим доступа: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=LAW&n=300822&fld=134&dst=10606,0&rnd=0.7468605639700385#08910745519539118> Дата обращения: 20.01.2019

⁵ Федеральный закон от 24.11.1996 №132-ФЗ (ред. от 04.06.2018) «Об основах туристской деятельности в Российской Федерации», статья 17.1. Режим доступа: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=LAW&n=301428&fld=134&dst=598,0&rnd=0.35681799985309226#014556231463858316> Дата обращения: 13.01.2019

ГК РФ, если в самой гарантии не предусмотрен конкретный срок вступления данного обязательства в силу.

Одним из положительных нововведений явилось то, что теперь ответственность бенефициара за причиненные гаранту или принципалу убытки вследствие предоставления недостоверных сведений, юридически закреплена.

Независимая (банковская) гарантия отличается от своей предшественницы тем, что банковская гарантия обеспечивала более узкий круг обязательств, а независимая гарантия распространяет свое действие практически на любые сферы обязательственных правоотношений граждан и организаций.

Таким образом, необходимо отметить, что банковская гарантия законодательно была подвергнута изменениям и на сегодняшний день имеет две формы: банковская гарантия, выдаваемая кредитными учреждениями и независимая гарантия, выдаваемая прочими организациями.

2.2. Обеспечение исполнения обязательств с помощью независимой (банковской) гарантии

С момента предъявления гаранту бенефициаром требования об уплате денежной суммы по независимой гарантии начинается исполнение обязательств, вытекающих из данного вида гарантии. Требование об уплате предоставляется в письменной форме и должно содержать перечень документов, которые изначально были указаны в гарантии.

В соответствии с п.1 статьи 374 ГК РФ, бенефициар в требовании или в приложении к нему должен указать обстоятельства, наступление которых влечет выплату по независимой гарантии. Гарант при получении требования незамедлительно должен уведомить принципала о получении требования и передать ему копию требования со всеми необходимыми документами.

В соответствии с действующим законодательством, гарант обязан в течение 5 дней со дня, следующего за днем получения требования, рассмотреть требование, предоставленное бенефициаром; проверить, соответствует ли представленное требование условиям независимой (банковской) гарантии; провести первичную оценку приложенных к требованию документов и в случае надлежащего требования произвести платеж.

В независимой (банковской) гарантии в соответствии с п.2 статьи 375 ГК РФ может быть предусмотрен иной срок рассмотрения требования, однако он не должен превышать 30 дней.

Требование бенефициара может быть не удовлетворено в следующих случаях:

- 1) если представленные документы не соответствуют условиям независимой гарантии;
- 2) если документы представлены по истечению установленного срока рассмотрения.

При отказе гарант в 7-дневный срок уведомляет бенефициара об отказе с указанием причин отказа.

Платеж может быть приостановлен гарантом на срок до 7-ми дней в следующих случаях:

- 1) если какой-либо из представленных документов является недостоверным;
- 2) при невозникновении обстоятельства, на случай которого независима гарантия была подписана;
- 3) основное обязательство принципала, обеспеченное независимой гарантией, недействительно;
- 4) исполнение по основному обязательству принципала принято бенефициаром без каких-либо возражений.

В соответствии со статьей 379 ГК РФ, по условиям независимой (банковской) гарантии принципал обязан возместить гаранту выплаченную в

соответствии с условиями независимой (банковской) гарантии денежную сумму, если соглашением о независимой (банковской) гарантии не предусмотрено иное.

Таким образом, у гаранта существует возможность взыскания уплаченной им суммы с принципала, если такая возможность оговорена в соглашении между гарантом и принципалом (принципал, удовлетворивший регрессные требования, в свою очередь может предъявить бенефициару иск из неосновательного обогащения).

Однако для гаранта существует риск того, что принципал не исполнит свои обязанности по возврату денежных средств, которые были уплачены гарантом бенефициару по независимой (банковской) гарантии. Для снижения подобного рода рисков практикуется преддоговорная оценка добросовестности принципала, которая включает в себя оценку финансового состояния принципала и оговорку конкретных сроков и порядка возмещения таких сумм принципалом.

Существуют также риски, которые связаны с прекращением деятельности гаранта в силу его ликвидации, отзыва лицензии и других формальных обстоятельств. Однако необходимо отметить, что ликвидация/отзыв лицензии/банкротство и т.д. в соответствии с пунктом 1 статьи 378 Гражданского кодекса Российской Федерации не являются основанием для прекращения обязательств гаранта перед бенефициаром. Прекращение обязательств осуществляется на основании:

- 1) выплаты бенефициару суммы, на которую была выдана независимая (банковская) гарантия;
- 2) окончанием срока независимой (банковской) гарантии;
- 3) отказа по гарантии бенефициара от своих прав;
- 4) обоюдного соглашения о прекращении обязательства.

Считается логичным, что с момента ликвидации по тем или иным причинам, гарант больше не в силах фактически исполнять обязательства по выданной независимой (банковской) гарантии. Разумным решением данной

проблемы может выступать оговорка в независимой (банковской) гарантии о предоставлении принципалом иной независимой гарантии на аналогичных условиях на оставшийся срок при наступлении обстоятельств, не дающих исполнить гарантом своих обязательств.

С учетом того, что на сегодняшний день гарантом могут выступать не только кредитные организации или банки, но и коммерческие организации, то бенефициару перед заключением независимой (банковской) гарантии необходимо с особой тщательностью проверять финансовое состояние гаранта.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Согласно российскому законодательству, независимая (банковская) гарантия представляет собой способ обеспечения исполнения, который выдается банком, кредитной или коммерческой организацией, по которому гарант по просьбе принципала уплачивает бенефициару определенную денежную сумму в соответствии с условиями обязательства.

Таким образом, изменения Гражданского кодекса, произошедшие в 2015 году, расширили круг субъектов, которые выступают гарантами и уточнили основания, сроки исполнения и прекращения обязательств по данному виду гарантии.

Однако некоторые старые правила остались без изменений. Так, гарант не имеет права требовать возмещения денежных сумм, которые он уплатил бенефициару не в соответствии с условиями независимой гарантии или за нарушение обязательства гаранта перед бенефициаром. При этом особого внимания заслуживает указание на согласие принципала на платеж по гарантии как основание возмещения гаранту сумм по гарантии, выплаченных им не в соответствии с условиями независимой гарантии. В пункте 1 статьи 375 Гражданского кодекса Российской Федерации и пункте 3 статьи 376 ГК РФ установлены обязанности гаранта по уведомлению принципала соответственно о получении от бенефициара требований и о причинах приостановления платежа по гарантии. Из статьи 379 ГК РФ можно сделать вывод о том, что принципал может переложить риски гаранта на себя при согласии на совершение платежа в том случае, если платеж не соответствует условиям гарантии.

Таким образом, в новых правилах о независимой (банковской) гарантии получили законодательное закрепление как правовые позиции, выработанные практикой высших судов, так и опыт международно-правовой унификации. Данный вид гарантии относительно новый и требует дальнейшего изучения и рассмотрения судебной практики.

СПИСОК ИСПОЛЬЗУЕМЫХ ИСТОЧНИКОВ

Конвенция Организации Объединенных Наций о независимых гарантиях и резервных аккредитивах (заключена 11 декабря 1995 г.) // Международное частное право: сборник документов. М.: БЕК, 1997.

Унифицированные правила ИСС для платежных гарантий (Унифицированные правила для гарантий по первому требованию 1992 года) (URDG) (Публикация Международной торговой палаты № 458)

Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993) (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 № 7-ФКЗ, от 05.02.2014 № 2-ФКЗ, от 21.07.2014 № 11-ФКЗ)

Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 03.08.2018)

Федеральный закон от 24.11.1996 № 132-ФЗ (ред. от 04.06.2018) «Об основах туристской деятельности в Российской Федерации»

Федеральный закон от 05.04.2013 № 44-ФЗ (ред. от 27.12.2018) «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»

Федеральный закон от 08.03.2015 № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации»

Брагинский, М.И. Договорное право. Кн. 1. Общие положения / В.В. Витрянский, М.И. Брагинский. — 3-е изд., стер. — М.: Статут, 2011. — 850с

Гражданское право: Учебник. В 2 т. / Под ред. Б.М. Гонгало. Т. 1. 2-е изд. перераб. и доп.- М.: Статут, 2017.

Иоффе О.С. Обязательственное право: М.: «Юрид. лит.», 1975. — 880с.

Мейер Д.И. Русское гражданское право (в 2 ч.). Часть 1. По исправленному и дополненному 8-му изд., 1902. Изд. 3-е, испр. М.: «Статут», 2003. — (Классика российской цивилистики.)

Шершеневич Г.Ф. Избранное: В 6 т. Т. 2 включая Курс гражданского права / Вступ. слово, сост.: П.В. Крашенинников. - М.: Статут, 2017

Иваненко А.В. Независимая (банковская) гарантия как финансово-правовой инструмент. Научный журнал на тему: Государство и право. Юридические науки, Экономика и экономические науки, Прочее, Общие и комплексные проблемы естественных и точных наук, Сельское и лесное хозяйство: ВАК № 9 (192) 2017. С. 98 – 103.

Романенко Д. И, Тычинин С.В. От банковской гарантии к независимой: правовая природа обязательства по выдаче гарантии в проекте изменений Гражданского кодекса Российской Федерации Банковское право. 2013. № 4. С. 17 — 22.