

В. В. Романова\*

## ПРАВОВЫЕ ВОПРОСЫ В СВЯЗИ С ОБЕСПЕЧЕНИЕМ ИСПОЛНЕНИЯ ДОГОВОРА НА СТРОИТЕЛЬСТВО И МОДЕРНИЗАЦИЮ ЭНЕРГЕТИЧЕСКИХ ОБЪЕКТОВ БАНКОВСКИМИ ГАРАНТИЯМИ

Согласно ст. 309 Гражданского кодекса РФ (далее — ГК РФ) обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований — в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями.

Несмотря на то что согласно общим принципам гражданского права стороны договора должны действовать добросовестно, в целях предотвращения либо уменьшения размера негативных последствий, которые могут наступить в случае его нарушения, а также для стимулирования должника к точному и неуклонному исполнению обязательства, исполнение обязательства может быть обеспечено одним из способов, предусмотренных ГК РФ, иными законами или соглашением сторон.<sup>1</sup>

Исполнение обязательств сторон по крупным контрактам, в том числе в электроэнергетике, как правило, обеспечивается банковскими гарантиями. Банковские гарантии являются одним из способов обеспечения исполнения обязательств согласно правилам, предусмотренным в главе 23 ГК РФ.

В соответствии с п. 1 ст. 329 ГК РФ исполнение обязательств может обеспечиваться неустойкой, залогом, удержанием имущества должника, поручительством, банковской гарантией, задатком и другими способами, предусмотренными законом или договором.

Основное отличие банковской гарантии как способа исполнения обязательства неоднократно отмечалось в правовой литературе. Такие способы, как неустойка, залог, удержание, поручительство, имеют дополнительный (акцессорный характер) по отношению к основному обязательству: недействительность соглашения об обеспечении исполнения обязательства не влечет недействительности этого обязательства, недействительность основного обязательства влечет недействительность обеспечивающего его обязательства (п. 2 и 3 ст. 329 ГК РФ). Банковская гарантия в отличие от вышеуказанных способов обеспечения является независимым обеспечительным обязательством, что прямо предусмотрено законом. Согласно ст. 370 ГК РФ предусмотренное банковской гарантией обязательство гаранта перед бенефициаром не зависит в отношениях между ними от того основного обязательства, в обеспечении исполнения которого она выдана, даже если в гарантии содержится ссылка на это обязательство.

---

\* Романова Виктория Валерьевна, кандидат юридических наук, соискатель кафедры коммерческого права СПбГУ, партнер российско-британской юридической фирмы «Мусин, Ибрагимов и партнеры».

© В. В. Романова, 2010

E-mail: branchmpl@mail.ru

<sup>1</sup> Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. 3-е изд., стер. М., 2008. С. 481.

Несмотря на различия между акцессорными и независимыми обеспечительными обязательствами, обеспечительные обязательства имеют общее свойство — обеспечительный интерес. Н. Ю. Рассказова определяет в связи с этим обеспечительное обязательство как обязательство, основанное исключительно на обеспечительном интересе, который состоит в создании внешнего по отношению к обеспечиваемому обязательству источника его исполнения.<sup>2</sup>

В данной статье рассматриваются вопросы, возникающие в связи с обеспечением исполнения обязательств по договору на строительство и модернизацию энергетических объектов банковской гарантией.

Общие нормы, касающиеся такого способа обеспечения исполнения обязательств, как банковская гарантия, предусмотрены в § 6 главы 23 ГК РФ. Банковская гарантия является односторонней сделкой, в соответствии с которой гарант (банк, иное кредитное учреждение или страховая компания) обязуется уплатить кредитору принципала (бенефициару) в соответствии с условиями даваемого гарантом обязательства денежную сумму по представлении бенефициаром письменного требования о ее уплате. В соответствии со ст. 371 и 372 ГК РФ банковская гарантия является безотзывной, а принадлежащее бенефициару право требования к гаранту не может быть передано другому лицу, если в гарантии не предусмотрено иное.

Как справедливо отмечается в правовой литературе, ГК РФ не содержит перечня существенных условий банковской гарантии, но позволяет выделить их путем толкования.<sup>3</sup> К существенным условиям банковской гарантии относят следующие: указание на принципала (ст. 368 ГК РФ); сумму банковской гарантии (п. 1 ст. 377 ГК РФ); срок банковской гарантии (ст. 374, 378 ГК РФ). Следует отметить, что в Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации в связи с этим указывается на необходимость дополнить ГК РФ нормой, определяющей существенные условия гарантии, к которым предлагается отнести: указание принципала, указание бенефициара или порядка его определения, ссылку на основную сделку, по которой выдана гарантия, максимальную сумму, на которую выдана гарантия, дату истечения срока действия гарантии или событие, по наступлении которого действие гарантии прекращается, условия платежа.<sup>4</sup>

Необходимо обратить также внимание на субъектный состав гарантов, перечисленных в ГК РФ. Согласно правилу ст. 368 ГК РФ в качестве гарантов могут выступать не только кредитные, но и страховые организации. При этом в соответствии с п. 8 ст. 5 ФЗ РФ «О банках и банковской деятельности» выдача банковских гарантий отнесена к числу банковских операций, которые могут осуществлять только кредитные организации на основании лицензии, выдаваемой Банком России.<sup>5</sup> В связи с этим формулировка ст. 368 ГК РФ в части возможного круга гарантов была предметом многочисленных обсуждений. В Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации предлагается даже изменить наименование данного способа обеспечения

---

<sup>2</sup> *Гражданское право: Учебник: В 3 т. Т. 1. 7-е изд., перераб. и доп. / Под ред. Ю. К. Толстого. М., 2009. С. 687–688.*

<sup>3</sup> Там же. С. 731.

<sup>4</sup> *Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации / Вступ. ст. А. Л. Маковского. М., 2009. С. 109.*

<sup>5</sup> *ФЗ РФ «О банках и банковской деятельности» от 2 декабря 1990 г. № 395 // Российская газета. 1990. 11 дек.*

исполнения обязательства на «независимую гарантию», с тем чтобы избежать сужения сферы использования данного инструмента.<sup>6</sup>

Как уже отмечалось, основной особенностью банковской гарантии как обеспечения исполнения обязательства является независимость банковской гарантии от основного обязательства. Данная независимость выражается в том, что основаниями к отказу в удовлетворении требования бенефициара могут быть только обстоятельства, которые связаны с несоблюдением условий самой гарантии, не имеющие никакого отношения к основному обязательству.<sup>7</sup>

При этом необходимо учитывать, что цель банковской гарантии — обеспечительная. Отсутствие при выдаче банковской гарантии ее обеспечительной функции влечет признание банковской гарантии недействительной сделкой. Это нашло отражение и при рассмотрении споров, связанных с банковскими гарантиями, в судебном порядке. Так, в Постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 31 мая 2005 г. № 929/05 указывается на правомерность признания нижестоящими судебными инстанциями недействительной банковскую гарантию, предоставленную в обеспечение исполнения обязательств по контракту на создание газотурбинной теплоэлектростанции. Суды, установив, что срок исполнения основного обязательства наступал позже, чем истек срок действия гарантии, сделали вывод об изначальном отсутствии обеспечительной функции банковской гарантии по отношению к основному обязательству и признали такую гарантию недействительной сделкой, не порождающей правовых последствий.<sup>8</sup> В Информационном письме Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 15 января 1998 г. № 27 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением норм Гражданского кодекса Российской Федерации о банковской гарантии»<sup>9</sup> отмечено, что при отсутствии в документах, содержащих гарантийное обязательство, указаний о сроке, на который оно выдано, гарантийного обязательства не возникает. В п. 4 данного Информационного письма рассматривается также случай отказа в иске бенефициару, обратившемуся с иском к гаранту, отказавшему выплатить сумму по гарантии. Суд, установив, что основное обязательство было прекращено надлежащим исполнением, о чем бенефициару было известно до предъявления письменного требования к гаранту, расценил действия бенефициара как злоупотребление правом и на основании ст. 10 ГК РФ Гражданского кодекса РФ в иске отказал.

Основными видами банковских гарантий обеспечения исполнения обязательств по договору на строительство и модернизацию энергетических объектов в электроэнергетике являются: тендерная гарантия, гарантия возврата аванса, гарантия исполнения, гарантия на гарантийный период. Тендерная гарантия используется для обеспечения имущественных интересов бенефициара (организатора торгов) на случай, если принципал, выиграв торги, отказывается от подписания договора. Поскольку договоры на

---

<sup>6</sup> Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации / Вступ. ст. А. Л. Маковского. С. 108–109.

<sup>7</sup> Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. С. 598.

<sup>8</sup> Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда России от 31 мая 2005 г. № 929/05 // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2005. № 9.

<sup>9</sup> Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 15 января 1998 г. № 27 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением норм Гражданского кодекса Российской Федерации о банковской гарантии» // Финансовая Россия. Еженедельная газета. 1998. Февраль.

строительство и модернизацию энергетических объектов заключаются в основном по результатам торгов, данный вид банковской гарантии получил широкое применение.<sup>10</sup> Данный вид банковской гарантии охватывает временной промежуток до заключения договора. На стадии заключения договора на строительство и модернизацию энергетических объектов сторонами согласовываются виды банковских гарантий, обеспечивающих исполнение обязательств по договору как на стадии проектирования и строительства, так и на стадии гарантийного периода, т. е. после завершения строительно-монтажных и пусконаладочных работ.

В Условиях Контракта для проектов типа «ИПС» и для проектов, выполняемых «под ключ», разработанных Международной федерацией инженеров-консультантов (ФИДИК), среди обязанностей подрядчика предусматривается обязанность предоставить обеспечение исполнения контракта заказчику в течение 28 дней после подписания сторонами договора. Данное обеспечение должно оставаться в силе до завершения работ и устранения всех недостатков.<sup>11</sup> При этом получение от заказчика авансового платежа ставится в зависимость от получения также банковской гарантии авансового платежа.

В соответствии с банковской гарантией исполнения контракта банк обязуется выплатить денежную сумму заказчику при нарушении подрядчиком своих обязательств по контракту. Сумма такой банковской гарантии, как правило, составляет согласованный сторонами процент от цены контракта. Банковская гарантия возврата авансового платежа предоставляется на случай невыполнения подрядчиком своих обязательств по договору, по которому предусматривается перечисление авансового платежа (одного или нескольких). В приложениях к особым условиям контракта ФИДИК «под ключ» приводятся образцы форм банковской гарантии исполнения договора и банковской гарантии возврата авансового платежа.

Помимо банковских гарантий, предоставляемых подрядчиком, в Основных условиях контракта ФИДИК «под ключ» предусмотрена обязанность заказчика в течение 28 дней после получения соответствующей просьбы от подрядчика предоставить подтверждение готовности оплачивать цену контракта в порядке и на условиях, согласованных сторонами. Форма банковской гарантии оплаты, выдаваемой заказчиком, предлагается в приложении к особым условиям контракта ФИДИК «под ключ». В соответствии с данной гарантией в случае, если заказчик не оплачивает работы подрядчика по контракту, банк обязуется оплатить подрядчику сумму, невыплаченную заказчиком. На практике данный вид гарантии используется не часто, при том для контрактов на строительство этот вид гарантии имеет не последнее значение, принимая во внимание предусмотренную законом возможность заказчика отказаться от договора в любое время (ст. 717 ГК РФ) или вероятность консервации строительства (ст. 752 ГК РФ).

---

<sup>10</sup> В отношении использования тендерных гарантий следует отметить, что согласно п. 4 ст. 448 ГК РФ предусмотрено внесение участниками торгов задатка. Поскольку задаток согласно нормам главы 23 ГК РФ является самостоятельным способом обеспечения обязательства в Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации, одобренной Советом при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 7 октября 2009 г., предлагается изложить положения Гражданского кодекса о внесении участниками торгов задатка в форме, допускающей возможность для организатора торгов использовать иные способы обеспечения (например, гарантию) (см.: *Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации* / Вступ. ст. А. Л. Маковского. С. 124).

<sup>11</sup> [www.fidic.org](http://www.fidic.org)

Правовой анализ различных норм, регулирующих отношения в связи с предоставлением банковской гарантии исполнения договора, показывает, что важное значение в регулировании отношений по банковской гарантии имеют обычаи делового оборота, в частности Унифицированные Правила для гарантий по требованию, разработанные Международной торговой палатой. Так, предлагаемые в условиях контрактов ФИДИК формы банковских гарантий содержат ссылку на Унифицированные Правила для гарантий по требованию № 458, разработанные Международной торговой палатой. Редакция Правил URDG 458 была разработана в 1991 г. и стала широко применяться после их включения Всемирным банком в свои формы, одобрения ЮНСИТРАЛ и различных отраслевых объединений, в том числе Международной федерацией инженеров-консультантов.

Необходимо обратить внимание на то, что с 1 июля 2010 г. вступили в силу Унифицированные правила ICC для гарантий по требованию URDG 758. Данная редакция Правил была утверждена 3 декабря 2009 г. решением Исполнительного комитета Международной торговой палаты — Всемирной организации бизнеса (ICC). Новые правила, разработанные Международной торговой палатой, рассматриваются не как обновленная версия URDG 458, а как новый свод правил, отличающийся большей ясностью, точностью и содержательностью.<sup>12</sup>

Унифицированные правила для гарантий по требованию (URDG) применяются к любой гарантии по требованию или контргарантии, в которой прямо указывается, что она им подчинена. В Унифицированных правилах ICC для гарантий по требованию URDG 758 содержатся определения терминов, положения, касающиеся выдачи и вступления гарантии и контргарантии в силу, пределов ответственности гаранта по гарантии, порядка предъявления требования, валюты платежа, пределов освобождения от ответственности, форс-мажорных обстоятельств, применимого права и др. В приложениях представлены форма гарантии по требованию в соответствии с URDG 758, факультативные условия, которые могут быть включены в форму гарантии по требованию, форма контргарантии в соответствии с URDG 758.

Большая точность новых правил выражается в том числе в сроке для проверки требования и осуществления платежа. В соответствии со ст. 20 URDG 758 если представление требования не содержит указания на то, что оно будет завершено позднее, то гарант должен определить, является ли такое требование надлежащим, в течение пяти рабочих дней, следующих за днем представления. Этот период не сокращается и никак не меняется в связи с тем, что в день представления или вскоре после него истекает срок действия гарантии. Это правило имеет большое практическое значение.

Ранее точный срок рассмотрения требований указан не был. Для сравнения можно обратиться к правилу, установленному в ст. 375 ГК РФ. На сегодняшний день согласно п. 2 ст. 375 ГК РФ 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.

Согласно п. 1 ст. 376 ГК РФ гарант отказывает бенефициару в удовлетворении его требования, если это требование либо приложенные к нему документы не соответствуют

---

<sup>12</sup> Доктор Джордж Аффаки. Вице-председатель Банковской комиссии ICC. Унифицированные правила ICC для гарантий по требованию. Редакция 2010. Публикация ICC № 758 = ICC Uniform Rules for Demand Guaranties. 2010 Revision. ICC Publication No.758 (пер. с англ. М., введение. С. 15).

условиям гарантии либо представлены гаранту по окончании определенного в гарантии срока. В новых правилах URDG 758 (п. d) предусмотрено, что если гарант отклоняет требования, он обязан направить лицу, осуществившему представление требования, одно-единственное уведомление, в котором должно быть указано, что гарант отклоняет требование, а также каждое расхождение, на основании которого гарант отклоняет требование. При этом данное уведомление должно быть направлено не позднее окончания пятого рабочего дня, следующего за днем представления.

URDG 758 включают также новое правило о возможности замены валюты платежа. Согласно п. (b) ст. 21 данных Правил, в случае если гарант не может совершить платеж в валюте, указанной в гарантии, в связи с возникновением препятствующих этому обстоятельств, находящихся вне его контроля, или платеж в валюте, указанной в гарантии, нарушает законодательство, действующее в месте платежа, гарант должен совершить платеж в валюте места платежа, даже если в гарантии указано, что платеж может быть совершен только в валюте, указанной в гарантии. В отношении срока выдачи и вступления гарантии в силу ст. 4 Правил предусмотрено, что гарантия считается выданной в тот момент, когда гарантом осуществляется ее отправка, и безотзывна в момент выдачи, даже если это в ней оговорено.

Поскольку в силу банковской гарантии у гаранта возникает обязательство перед бенефициаром, соответственно между гарантом и бенефициаром имеются обязательственные правоотношения, и в соответствии с нормами ст. 368, 374 ГК РФ бенефициар имеет право требовать уплаты денежной суммы по банковской гарантии, в случае рассмотрения споров о признании недействительной банковской гарантии по иску третьего лица к участию в деле должен быть привлечен бенефициар. Данный довод подтверждается практикой Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. Так, в Постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 9 февраля 2010 г. № 14236/09 Высший Арбитражный Суд Российской Федерации отменил судебные акты по иску о признании недействительной банковской гарантии в связи с тем, что данными актами нарушались права и обязанности бенефициара, который не был привлечен к участию в деле. В данном Постановлении указывается, что поскольку бенефициар является стороной в обязательстве, возникшем из банковской гарантии, в случае оспаривания гарантии по требованию третьего лица либо самого гаранта бенефициар должен быть в обязательном порядке привлечен к участию в деле с правами стороны по делу в том же порядке, в каком разрешается вопрос о привлечении к участию в деле стороны по оспариваемой недействительной сделке.<sup>13</sup>

Учитывая новые URDG 758, а также принимая во внимание то, что некоторые нормы ГК РФ в отношении банковской гарантии носят диспозитивный характер, в настоящее время в договорах можно оговорить, что банковские гарантии должны соответствовать URDG 758 в части, не противоречащей требованиям соответствующего законодательства.

Целесообразность включения в условия контракта обязанности обеих сторон по предоставлению банковских гарантий исполнения обязательств понятна. При этом следует обратить внимание на то, что утверждение сторонами определенных форм банковских гарантий и жестких сроков их предоставления не является целесообразным. Банковская

---

<sup>13</sup> Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации 9 февраля 2010 г. № 14236/09 // ИС «Кодекс».

гарантия, так же как и контргарантия, по своей природе не зависит от основной сделки, а гарант никоим образом не связан с такими сделками и не ограничен ими. У банков могут быть утверждены свои формы банковских гарантий, а также установлены сроки для возможного предоставления банковской гарантии. В то же время в договоре на строительство стороны могут согласовать гарантов, которыми может быть предоставлена банковская гарантия, оговорены виды банковских гарантий (исполнения, возврата аванса, удержания денежных средств, гарантийного периода) и контргарантий по требованию.

Правовой анализ способов обеспечения обязательств, норм ГК РФ о банковской гарантии и норм, принятых в новой редакции Унифицированных правил ICC для гарантий по требованию URDG 758, свидетельствует об актуальности и широком использовании сторонами договоров такого способа обеспечения исполнения обязательств, как банковская гарантия, подтверждает, что обычаи делового оборота по-прежнему активно выполняют свою функцию как источника права, и позволяет сделать вывод о возможности сторон договора использовать для обеспечения исполнения обязательства правовые конструкции, базирующиеся на императивных нормах закона, обычаях делового оборота, а также условиях договора, самостоятельно сформулированных и согласованных сторонами.