

Форум профессионалов

В прошлом номере журнала была опубликована статья И.С. Попова «Независимая гарантия: проект ГК РФ и концепции иностранных юрисдикций»¹. Один из авторов нашего журнала — признанный специалист в области документарного бизнеса — Г.К. Кобахидзе поделился с автором публикации своими соображениями по данному вопросу. С разрешения обоих специалистов редакция журнала «Международные банковские операции» предлагает вашему вниманию состоявшийся между ними обмен мнениями.

Г.К. КОБАХИДЗЕ, ВТБ Банк (Франция), Париж, к.э.н.

И.С. ПОПОВ, ЗАО «ГЛОБЭКСБАНК», начальник юридического управления, к.ю.н.

Независимая небанковская гарантия — нужна ли она российскому бизнесу?



Г. Кобахидзе: В статье о независимых гарантиях Вы, в частности, пишете, что европейское законодательство не использует понятие «независимая гарантия». Это не совсем так. Гражданский кодекс Франции содержит соответствующую статью.



Еще одно соображение. Вы указываете на исключение из правовой системы (из ГК РСФСР 1964 г.) «такого важного инструмента... как гарантия». Вероятно, целесообразно вспомнить, что хозяйственная система СССР (расчетные и, главное, кредитные отношения) с 30-х гг. XX в. не требовала такого института, как независимая гарантия. В Валютном и финансовом кодексе Франции, например, есть ст. L313-1, которая в переводе на русский язык выглядит так: «Любое действие, посредством которого одно лицо на платной основе предоставляет или обещает предоставить средства в распоряжение другого лица или принимает, в интересах этого лица, обязательство подписью такое, как аваль, поручительство или гарантия, представляет собой кредитную операцию». В России такого сейчас нет, и я не уверен, что экономически это необходимо; обычно предполагается,

¹ Международные банковские операции. 2012. № 4. С. 61-73.

Независимая небанковская гарантия – нужна ли она российскому бизнесу?

что независимая гарантия нужна при коммерческом кредите, который является уже пройденным этапом в большинстве развитых стран. Да и в самой Франции независимая гарантия используется почти исключительно в международных операциях со странами за пределами Евросоюза. Кстати, в свое время в СССР развитие института банковской гарантии (которая «начиналась» как акцессорное обязательство и трансформировалась в независимую гарантию) было связано именно со строительством объектов за рубежом и с необходимостью финансирования закупок импортного оборудования (классический пример — автомобильный завод в Тольятти).

И. Попов: Насколько я понял, речь идет об автономной гарантии (*garantie autonome*). Автономная гарантия была введена в Гражданский кодекс Франции (как альтернатива поручительству) на основании ордонанса от 23.03.2006 № 2006-346 «Об обеспечении», который был принят в рамках реформы французского гражданского обязательственного права, что, на мой взгляд, также свидетельствует о продолжающемся развитии этого института законодательства.

Что касается Вашего второго замечания, то тут как раз наоборот: в ст. 210 ГК РСФСР 1964 г. был институт гарантии, сходный с институтом поручительства, но представлявший собой одностороннюю сделку. В ГК 1994 г. его исключили, заменив банковской гарантией с ограниченным кругом гарантов: кредитных организаций и страховых компаний. Сейчас законодатель пришел к мысли о необходимости существования института независимой гарантии. Полагаю, что данный институт востребован в предпринимательских отношениях как обеспечение более высокой степени надежности, чем простое поручительство. В частности, гарантами, по всей видимости, будут выступать материнские компании за дочерние общества, и в более общем плане такая гарантия, вероятно, будет выступать как средство преодоления «корпоративной вуали».

Г.К.: Виноват, мог бы и сам указать ссылку на ордонанс 2006 г.

Что касается результатов возможной «востребованности» в сегодняшней экономической жизни России независимых гарантий, выдаваемых небанковскими учреждениями, то у меня как у банковского специалиста — не-юриста есть серьезные сомнения и даже опасения. Я предпочту такой гарантии в качестве обеспечения по кредиту солидарное поручительство.

Вы упомянули преодоление «корпоративной вуали». А ведь именно с этой «вуалью» придется в каждом случае разбираться бенефициару

Автономная гарантия была введена в Гражданский кодекс Франции (как альтернатива поручительству) на основании ордонанса от 23.03.2006 № 2006-346 «Об обеспечении».

Форум профессионалов

независимой гарантии, полученной от материнской компании его коммерческого или финансового партнера — дочернего предприятия. Независимая гарантия будет иметь смысл только в том случае, если материнская компания и дочернее предприятие в финансовом плане не зависят друг от друга (естественно, я не имею в виду консолидацию баланса). Если же все осуществляется «из одного кармана» или если дочернее предприятие является действующим производственным центром, а материнская компания — холдингом, зарегистрированным к тому же в каком-либо финансовом оазисе, то определение степени возможности реализации экономической и финансовой «начинки» такой независимой гарантии представляется весьма сложным. Мало какое коммерческое предприятие — потенциальный бенефициар такой гарантии располагает возможностями и специализированным штатом для осуществления данного анализа. Получается, что при прочих равных условиях преимущество будет принадлежать (как это и есть на самом деле в современной практике) банковской гарантии или страховому полису.

Поставщику/подрядчику или кредитору финансового займа нужна гарантия именно возмещения денежных средств. Следовательно, приоритет будет отдан независимой гарантии. В современной коммерческой практике — банковской гарантии.

Уместно, как мне кажется, упомянуть и типологию гарантийных обязательств. Поставщику/подрядчику или кредитору финансового займа нужна гарантия именно возмещения денежных средств. Следовательно, приоритет будет отдан независимой гарантии. В современной коммерческой практике — банковской гарантии. При невозможности получения банковской гарантии даже профессионально работающее банковское учреждение — кредитор будет использовать различные варианты залогов или уступок прав требования, прежде чем согласится на рассмотрение приемлемости гарантии материнской компании заемщика.

С другой стороны, заказчику/покупателю нужен не столько возврат денежных средств, сколько законтрактованный объект/товар. Не случайно поэтому в практике работы по независимым банковским гарантиям надлежащего исполнения широко используется условие «плати или пролонгируй». Если же надлежащее исполнение обеспечивается гарантией материнской компании (особенно если это компания аналогичного профиля с дочерним обществом), то более логично использовать ее солидарное поручительство в расчете на то, что поручитель сможет выполнить контрактные обязательства (достроить/осуществить дополнительную поставку) и только если это не представляется возможным — заплатить. Но и здесь, особенно в странах англо-американской системы права, чаще используются не гарантии материнских компаний, а акцессорные обязательства специализированных surety или bonds companies.

Независимая небанковская гарантия – нужна ли она российскому бизнесу?

Еще один субъективный момент. Российские компании и банки частенько жалуются на неразвитость контрактной дисциплины. Увы, внедрение независимых фирменных гарантий не будет способствовать ее укреплению, поскольку у основного должника вместо обязательства перед независимым гарантом чаще господствует убеждение в том, что «мама заплатит за все».

И.П.: Как показывает практика, в большинстве современных правовых систем существует правовая конструкция независимого от основного (дополнительного) условного или безусловного обязательства, которое является обеспечением исполнения первоначального, несмотря на различие в названии. Это и банковские гарантии, которые в силу надежности их выдающих субъектов распространены в международных отношениях, автономные гарантии — *la garantie autonome* (Франция), резервные аккредитивы — *standby letter of credit* (США), гарантии по требованию (*performance bonds, performance guarantees, demand bonds*) в английском праве.

На мой взгляд, сам факт существования и активного использования данного института, а также его развития в современных условиях, что можно проследить на примере сравнительно недавнего включения института автономной гарантии в Гражданский кодекс Франции в 2006 г., подтверждает нужность института независимой гарантии в предпринимательских отношениях.

Г.К.: Попробую уточнить в отношении Франции, хотя и не являюсь юристом. Изменения, внесенные в Гражданский кодекс Франции, касались упорядочения существующих и используемых субъектами национального законодательства видов обеспечения: было выделено «реальное обеспечение» и «личное обеспечение». Последнее было квалифицировано как «гарантия, данная заимодавцу в целях взыскания долга, в форме обязательства третьего лица совместно (параллельно) с должником. Поручительство, дающее заимодавцу право обращения к поручителю, является личным обеспечением. Другие виды: письмо о намерениях, автономная гарантия» (перевод Г.К. — Прим. ред.). Теперь о практике.

1. В современной французской экономике нет коммерческого кредита (кроме потребительского). Это, кстати, соответствует и нормативным документам Евросоюза. Если у предприятия возникает потребность в заемных средствах, оно может прибегнуть к «уступке профессиональных (контрактных) требований» исключительно в пользу кредитного учреждения (банка). Уступленные требования

Изменения, внесенные в Гражданский кодекс Франции, касались упорядочения существующих и используемых субъектами национального законодательства видов обеспечения: было выделено «реальное обеспечение» и «личное обеспечение».

Форум профессионалов

могут быть приняты банком в качестве обеспечения (гарантии) по предоставляемому кредиту или непосредственно дисконтированы (учтены) банком. Данное положение было оформлено законом в 1981 г. и включено в Валютный и финансовый кодекс Франции. То есть в этой сфере экономической деятельности никакой потребности в независимых гарантиях нет.

2. Подавляющее большинство внутренних расчетов осуществляется в форме открытого счета (никаких аккредитивов и пресловутой «предоплаты», а также независимых гарантий). Практикуются солидарные обязательства головных (материнских) компаний: не поставит — поставлю я, не заплатит — я за него и вместе с ним.

3. Франция, как и Россия, — страна континентального права с похожей экономической историей: феодальное крепостное право, отсутствие личной свободы и отсюда поручительство сеньора, а позднее — поручительство коммуны (общины), в принципе аналогичное «круговой поруке», существовавшей в России.

Институт поручительства (солидарного акцессорного обязательства) очень развит. Для того чтобы осуществлять профессиональную деятельность (скажем, туристической фирме), нужно банковское поручительство в пользу административных органов, как и для того, чтобы снять квартиру, и для того, чтобы ее купить, — в пользу владельца недвижимости. И все это в форме поручительства, а не в форме независимой гарантии (в этой сфере бывают и небанковские поручительства, скажем, родителей за детей).

4. Очень уважительное отношение к письменному документу. Поэтому-то и «письмо о намерениях» было отнесено к «личному обеспечению». На практике это вызвало реакцию «отторжения» от выдачи таких писем. (Отсюда, в частности, и разница между «лимитом» и «линией» во французском банковском деле, о чем мне приходилось писать.)

5. Независимая гарантия (которая во французской практике исключительно банковская) была включена в Гражданский кодекс в связи с тем, что по международным операциям французские банки (как и банки других стран) выдавали и выдают гарантии по первому требованию, но крайне неохотно подчиняют их URDG. И даже если подчиняют, оставляют французскую юрисдикцию. Возникло несоответствие: подчинение есть, а в национальном праве понятие такой гарантии отсутствует. В свое время у французских банков были конфликты по этому поводу с банками стран Магриба.

Вы пишете, что «сейчас законодатель пришел к мысли о необходимости существования института независимой гарантии. Полагаю,

Независимая гарантия (которая во французской практике исключительно банковская) была включена в Гражданский кодекс в связи с тем, что по международным операциям французские банки (как и банки других стран) выдавали и выдают гарантии по первому требованию, но крайне неохотно подчиняют их URDG.

Независимая небанковская гарантия – нужна ли она российскому бизнесу?

что данный институт востребован в предпринимательских отношениях как обеспечение более высокой степени надежности, чем простое поручительство».

Если только это не «литературный оборот», то по данному вопросу позиции должны были бы полностью разойтись. Хотя, честно говоря, я в этом сомневаюсь, поскольку мы оба представляем банковский сектор.

Наверное, не стоит спорить по поводу того, что сначала существует какое-то событие, отношение или действие (экономическое, социальное и пр.), а потом уже появляется законодательная норма, его регулирующая (если такое регулирование необходимо). И норма обычно появляется тогда, когда событие, отношение или действие уже не носят единичного, разового характера и приобрели устойчивые параметры, позволяющие законодателю их регулировать.

Я исхожу из того, что на данный момент в отношениях между российскими предприятиями и компаниями нет необходимости в фирменных (включая материнские) независимых гарантиях. То есть мысль законодателя опередила наступление события. Возможно, что это связано с досужими и даже обывательскими рассуждениями: мы (предприниматели/граждане) сделали бы, но законодательство не предусматривает. С этими рассуждениями я не согласен, поскольку считаю, что законодательство РФ не хуже других (а «устраивающего всех» законодательства вообще не существует). Для меня лично даже несколько странно законодательное «внедрение» независимой фирменной гарантии в экономические отношения, не отличающиеся ни устойчивостью, ни наличием строгой контрактной (договорной) дисциплины. Кроме того, такая независимая гарантия, возможно, является для многих стран «пройденным этапом», учитывая наличие общественно признанных посредников — банковских учреждений. Приводя пример Франции, я пытался показать, что для фирменных обязательств странам континентального права присуща именно форма поручительства, но никак не независимой гарантии (которую во Франции включили именно исходя из потребностей международных гарантийных операций банковских учреждений). Реальная проблема состоит не в том, что такой институт будет существовать в гражданском праве РФ, а в том, что «размножение» независимых (и очень часто не поддающихся анализу и оценке) гарантов в сегодняшней российской экономике чревато увеличением конфликтных ситуаций и неплатежей. С банковскими независимыми гарантиями на сегодняшний день проще: в России банковское дело регламентировано и ориентировано в целом на международные

Несколько странно законодательное «внедрение» независимой фирменной гарантии в экономические отношения, не отличающиеся ни устойчивостью, ни наличием строгой контрактной (договорной) дисциплины.

Форум профессионалов

стандарты (в т.ч. в оценке устойчивости банковских учреждений, достаточности их капитала по отношению к принимаемым ими на себя обязательствам). Аналогичной системы такой оценки в отношении фирм пока не существует и в странах с развитой экономикой. Отсюда риск для бенефициара независимой фирменной гарантии — он полностью предоставлен самому себе.

И.П.: На мой взгляд, проблема «размножения» независимых гарантов и увеличение в результате этого конфликтных ситуаций и неплатежей в сегодняшней российской экономике никак не связаны с фактом наличия института независимой гарантии, а являются следствием отсутствия общей правовой культуры в предпринимательском обороте и ряда более глубоких и известных причин. В противном случае для существенного снижения риска неплатежей в России достаточно было бы упразднить институт векселя в российском праве.

Г.К.: Полностью согласен в отношении отмены векселей во внутреннем обороте РФ. Опыт работы с векселями приходит с веками. А пьесы А.Н. Островского бизнесмены, как правило, не читают.

И.П.: Главное отличие независимой гарантии от солидарного поручительства состоит в том, что гарантия, хоть и является по своей природе сделкой, обеспечивающей обязательства принципала, но порождает самостоятельное обязательство гаранта, что, несомненно, ставит бенефициара по гарантии в более привилегированное положение, чем в случае предъявления требования по договору поручительства, и это преимущество, очевидно, будет воспринято в деловом обороте.

В любом случае расширение на законодательном уровне круга субъектов, которые могут обязываться по независимой гарантии, вряд ли будет иметь негативные последствия, а пользу такого института, конечно же, определит практика. 