

УДК 341.96

Оксана Вайцеховська,

канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри європейського права
та порівняльного правознавства
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

Оксана Руденко,

канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри європейського права
та порівняльного правознавства
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

БАНКІВСЬКІ ГАРАНТІЇ ЯК ЗАСІБ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ У МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

У статті розкрито правову природу банківських гарантій у міжнародному приватному праві. Розглянуто правові ознаки міжнародної банківської гарантії та сформульовано її визначення. Вказано на прогалини правового регулювання відносин у даній сфері та запропоновано пропозиції щодо вдосконалення вітчизняного законодавства з питань укладення та внесення змін до банківської гарантії.

Ключові слова: міжнародне приватне право, банківська гарантія, іноземний елемент, розрахункові відносини.

Постановка проблеми. Глобалізованість сучасної світової економіки сприяє транскордонній співпраці між суб'єктами господарювання. Одним з основних аспектів у здійсненні зовнішньоекономічних договорів (контрактів) є взаєморозрахунки між сторонами – резидентами різних країн. Різна державна приналежність сторін договору зумовлює для них безліч ризиків економічного характеру. Оскільки контрагентам у міжнародній торгівлі важко оцінити ділову та фінансову можливість партнерів, поширеною практикою під час транскордонних розрахунків стали гарантії третьої сторони, серед яких найпоширенішою формою забезпечення виконання договорів є банківська гарантія.

Наявність такого правового інституту як забезпечення контракту у вигляді банківської гарантії сприяє розвитку транскордонних господарських відносин та світової економіки загалом. Незважаючи на те, що банківська гарантія є важливим елементом транскордонних господарських відносин, цей інститут не отримав належного правового регулювання на міжнародному рівні у вигляді конвенцій, а національна нормативна база з цього питання характеризується прогалинами та безсистемністю. Ускладнюється правове регулювання банківської гарантії у транскордонних господарських відносинах наявністю іноземного елемента, що зумовлює проблему вибору права регулювання цих відносин.

Згаданої проблематики торкалися у свої працях такі українські та зарубіжні вчені-правознавці, як Г. Аванесова, М. Андріанов, Л. Ануфрієва, Ю. Байгушева, І. Безклубий, Р. Бертрам, Л. Бірюкова, Т. Боднар, М. Брагінський, В. Вітрянський, М. Волошина, К. Воро-

ніна, К. Гавальд, О. Гофман, А. Довгерт, І. Дробязкіна, Н. Єрпильова, Л. Єсіпова, В. Зайцев, В.П. Звеков, А. Княжевська, О. Латинцев, Л. Лунц, О. Мережко, К. Молодіко, С. Овсейко, В. Паплинський, Ю. Петровський, П. Петренко, Н. Рассказова, О. Сергєєв, Н. Соболева, Н. Шукліна та інші.

Метою статті є дослідження правової природи банківської гарантії в міжнародному приватному праві та особливостей її правового регулювання.

Виклад основного матеріалу. Внаслідок пожвавлення міжнародного обігу товарів та послуг, особливо у першій половині ХХ ст., у великих компаній виникла потреба мати додаткові гарантії виконання договірних зобов'язань їхніми контрагентами. Відомі більшості держав такі способи забезпечення виконання зобов'язань, як неустойка, завдаток, застава та порука не відповідали повною мірою потребам міжнародної торгівлі. Зокрема, всі вони були нерозривно пов'язані з виконанням і дійсністю основного зобов'язання, що не зовсім влаштувало учасників зовнішньоекономічних відносин. Так, з одного боку, учасники мали бажання, щоб виконання зобов'язання між ними забезпечувалося банками або іншими стабільними фінансовими установами безвідносно до основного зобов'язання. З іншого боку, банкам також було вигідно не вдаватися до детального вивчення особливостей взаємовідносин між сторонами основного зобов'язання, а виконати своє гарантійне зобов'язання, щоб підтримати власну ділову репутацію. Все це зумовило виникнення на міжнародному ринку банківської

гарантії як самостійного способу забезпечення виконання зобов'язань, відокремленого від основного зобов'язання.

Правова природа поняття «банківська гарантія з іноземним елементом» зумовлена сукупністю характеристик, які надають цьому поняттю складові елементи його назви, а саме характеристики, які притаманні «банківській гарантії», та характерні риси, що зумовлені наявністю «іноземного елемента». Розглянемо більш детально сутність та правові ознаки цих двох складових елементів.

Визначення гарантії закріплено як в цивільному, так і в банківському законодавстві. У ст. 560 Цивільного кодексу України за гарантією банк, інша фінансова установа, страхова організація (гарант) гарантує перед кредитором (бенефіціаром) виконання боржником (принципалом) свого зобов'язку [4]. Ст. 200 Господарського кодексу України визначає гарантію як специфічний засіб забезпечення виконання господарських зобов'язань шляхом письмового підтвердження (гарантійного листа) банком, іншою кредитною установою, страховою організацією про задоволення вимог управленої сторони у розмірі повної грошової суми, зазначеної у письмовому підтвердженні, якщо третя особа (зобов'язана сторона) не виконає вказане у ньому певне зобов'язання, або настануть інші умови, передбачені у відповідному підтвердженні [3]. Варто зазначити, що, незважаючи на те, що ст. 200 Господарського кодексу України має назву «Банківська гарантія забезпечення господарських зобов'язань», у самій статті визначення дається поняттю «гарантія», що наводить на думку: гарантія може бути як банківська, так і інша. Зміст визначення гарантії це підтверджує, оскільки законодавець зазначає, що письмове підтвердження у вигляді гарантійного листа може дати як банк, так і будь-яка кредитна установа або страхова організація про задоволення вимог управленої сторони [4]. Аналіз міжнародних уніфікованих правил про гарантії свідчить про аналогічний підхід, коли під банківською гарантією маєтись на увазі гарантія банків, страхових організацій та кредитних установ. З цього випливає, що назва «банківська гарантія» є родовим поняттям і не є позначенням виключно гарантій, що надаються банками. З метою впорядкування категоріально-понятійного апарату національного законодавства пропонуємо назву ст. 200 Господарського кодексу України «Банківська гарантія забезпечення господарських зобов'язань» змінити на «Гарантія забезпечення господарських зобов'язань», як це зазначено в Цивільному кодексі України, що, на наш погляд, є вірним із позицій системності законодавства та логіки.

Надання банком банківської гарантії є різновидом банківської діяльності і, відповідно до Закону України «Про банки і банківську діяльність», цей вид діяльності належить до кредитних операцій [6]. Більш детально поняття банківської гарантії врегульоване Постановою Національного банку України № 639 від 2004 р. «Про затвердження Положення про порядок здійснення банками операцій за гарантіями

в національній та іноземних валютах» [7]. За цією Постановою НБУ, гарантія – це спосіб забезпечення виконання зобов'язань, відповідно до якого банк-гарант приймає на себе грошове зобов'язання перед бенефіціаром (оформлене у письмовій формі або у формі повідомлення) сплатити кошти за принципала у разі невиконання останнім своїх зобов'язань у повному обсязі або їх частину у разі пред'явлення бенефіціаром вимоги та дотримання всіх вимог, передбачених умовами гарантії [7]. Правовий аналіз вказаних визначень та вітчизняного законодавства з питань банківських гарантій дає змогу сформулювати систему правових ознак банківської гарантії, які у своїй сукупності дають комплексне розуміння правової сутності даного поняття.

Однією з особливостей гарантії, що вирізняє її з кола усіх інших способів забезпечення виконання зобов'язань, є *незалежність гарантії від основного зобов'язання*. Ця ознака закріплена у ст. 562 Цивільного кодексу України, відповідно до якої зобов'язання гаранта перед кредитором не залежить від основного зобов'язання (його припинення або недійсності), зокрема і тоді, коли в гарантії міститься посилання на основне зобов'язання [4].

Дискусійним питанням протягом тривалого часу була природа самого договору банківської гарантії. У науковій літературі висловлювались думки, що гарантійний лист є свідченням укладення договору банківської гарантії та підтвердженням усіх умов відповідальності гаранта перед кредитором і не належить до односторонніх зобов'язань. Проте, на наш погляд, банківська гарантія є *одностороннім правочиним*, оскільки гарант, видаючи гарантію, не покладає на інших осіб жодних зобов'язань, натомість, бере на себе зобов'язання вчинити певні дії (сплатити зумовлену суму грошових коштів) на користь бенефіціара за певних умов (надання належним чином оформленої платіжної вимоги). Відповідно до положень Цивільного кодексу України, бенефіціар не несе жодних зобов'язань перед гарантом, натомість, тільки може або скористатися своїм правом на надання платіжної вимоги у разі порушення принципалом своїх зобов'язань, або цим правом не скористатися.

Ст. 561 Цивільного кодексу України передбачено, що гарантія діє протягом строку, на який вона видана [4]. Тому, наступна характеристика риса банківської гарантії – її *строковість*.

Відповідно до ст. 567 Цивільного кодексу України, гарант має право на оплату послуг, наданих ним боржнику. З цього положення виникає запитання, чи є гарантія оплатним правочиним. На думку окремих авторів, гарантія є безоплатним правочиним, оскільки особа (гарант), вчиняючи односторонній правочин (видаючи гарантію), не має права покласти на іншу особу додаткові зобов'язання, зокрема щодо оплати послуг гаранта. Інакше нівелюватиметься вся сутність одностороннього правочину з видачі гарантії. Інші науковці [8, с. 8; 9, с. 309], зокрема В. Зайцев, вважають, що банківська гарантія – «єдиний спосіб забезпечення виконання зобов'язання, який є оплатним»,

хоча відсутність плати, з огляду на практику арбітражних судів, не впливає на її дійсність [9, с. 309–310]. На наш погляд, оплатність послуги банківської гарантії є логічною та економічно обгрунтованою, оскільки, надаючи гарантії за господарськими зобов'язаннями, банк більшою чи меншою мірою піддається фінансовому ризику, який, безумовно, має бути оплачений. Додатковим аргументом на користь даної позиції є результати аналізу банківської практики надання банківської гарантії, відповідно до яких банки завжди передбачають отримання грошової винагороди за надання гарантії (це передбачається в банківських інструкціях). Тому, на наш погляд, банківську гарантію через вказані обгрунтування потрібно розуміти як платну послугу, а передбачену згідно із положеннями національного законодавства можливість безоплатності банківської гарантії вважати виключенням, яке допускається законом. Особливістю оплати послуги банківської гарантії є те, що банк-гарант приймає на себе грошове зобов'язання перед бенефіціаром сплатити кошти за принципала у разі невиконання останнім своїх зобов'язань в одному договорі (банківська гарантія), а оплата за таку послугу передбачається іншим договором – договором про банківську гарантію між банком-гарантом та принципалом.

Відповідно до ст. 569 Цивільного кодексу України гарант має право на зворотну вимогу (регрес) до боржника в межах суми, сплаченої ним за гарантією кредитором, якщо інше не встановлено договором між гарантом і боржником [4]. Такий порядок відшкодування грошових коштів, заплачених на вимогу бенефіціара банком-гарантом, характеризує банківську гарантію як *відплатну*.

Таким чином, банківська гарантія є одним із видів забезпечення виконання зобов'язання, проте вона принципово відрізняється від інших як своєю правовою природою, так і особливостями використання на практиці. Правовий аналіз наукової доктрини, національного законодавства та банківської практики дає змогу сформулювати її ознаки: 1) надання банком банківської гарантії належить до такого виду банківської діяльності, як кредитні операції; 2) незалежність банківської гарантії від основного зобов'язання (самостійність); 3) строковість; 4) відплатний характер; 5) особливі вимоги щодо умови платежу – пред'явлення письмової вимоги бенефіціара і вказаних у банківській гарантії документів; 6) оплатність послуги банківської гарантії. Отже, банківська гарантія є одностороннім, строковим, оплатним правочином, який не залежить від основного договору, що містить гарантійне зобов'язання гаранта сплатити на користь бенефіціара визначену суму у разі пред'явлення останнім письмової вимоги.

Щодо наявності іноземного елементу у відносинах банківського гарантування, то відповідно до ст. 4 Конвенції ООН про незалежні гарантії та резервні акредитиви від 1995 р. гарантійне зобов'язання має міжнародний характер, якщо вказані в гарантійному зобов'язанні комерційні підприємства знаходяться в різних

держав [1]. Тобто банківською гарантією у міжнародному приватному праві (міжнародна банківська гарантія) є банківська гарантія як самостійний та незалежний від основного договору односторонній правочин, суб'єктами якого є резиденти різних держав [10, с. 18]. До суб'єктів, чиє місцезнаходження впливає на наявність міжнародного характеру, Конвенція відносить: 1) гарант (емітент); 2) бенефіціар; 3) принципал (наказодавець); 4) сторону, що інспектує; 5) сторону, що підтверджує [1]. Якщо в зобов'язанні вказане більше одного комерційного підприємства будь-якого суб'єкта відносин, визначати місцезнаходження даного суб'єкта буде те комерційне підприємство, яке має з ним найбільш тісний взаємозв'язок. Якщо в гарантійному зобов'язанні не вказане комерційне підприємство даного суб'єкта, проте вказане його постійне місце проживання, воно вважається достатнім для визначення міжнародного характеру зобов'язання [1]. Таким чином, під час визначення наявності іноземного елементу у відносинах банківської гарантії міжнародними актами закріплюється наявність іноземного елементу в суб'єктивному складі як основний критерій визначення міжнародного характеру.

Враховуючи особливості правової природи банківської гарантії та досліджені нами її правові ознаки пропонуємо таке формулювання банківської гарантії транскордонного характеру. Міжнародна банківська гарантія є одностороннім, строковим, оплатним правочином, який не залежить від основного договору, укладеного між бенефіціаром і принципалом, що містить гарантійне зобов'язання банку-гаранта сплатити на користь бенефіціара визначену суму у разі пред'явлення останнім письмової вимоги, в якому бенефіціар, банк-гарант або принципал знаходяться в різних державах.

Правовий аналіз вітчизняного законодавства з питань банківських гарантії свідчить про його системну неузгодженість, зокрема, в таких питаннях, як умови банківської гарантії, порядок внесення змін до гарантійного зобов'язання тощо. Щодо права вносити зміни в гарантійне зобов'язання, зі змісту абз. 13 п. 3 Глави 2 Розділу II Постанови НБУ № 639 випливає, що таке право мають принципал, бенефіціар, банк-гарант. Така позиція законодавця є некоректною з певних причин. Банківська гарантія, як нами зазначалось, є одностороннім, строковим, оплатним правочином, який не залежить від основного договору. З цього випливає, що даний правовий документ регулює відносини між банком-гарантом і бенефіціаром. Причому складає гарантійне повідомлення банк-гарант, а бенефіціар може прийняти або відхилити таку гарантію. Тому, на наш погляд, внести зміни в гарантійне зобов'язання не може жоден суб'єкт, крім банку-гаранта. Непрямий специфічний вплив на текст гарантійного листа бенефіціар може здійснити таким чином. Оскільки бенефіціар має право приймати чи відхиляти гарантію, цілком логічно, що обговорення його тексту банком-гарантом і бенефіціаром передусе видачі гарантії, під час якого і може відбутись

відповідний вплив. Отже, пропонуємо внести зміни до тексту п. 3 Глави 2 Розділу II Постанови НБУ № 639, в якому перелічуються умови гарантійного зобов'язання. Зокрема, абз. 13 «умови, за яких можна вносити зміни до тексту гарантії *принципалом, бенефіціаром, банком-гарантом*» замінити на «умови, за яких можна вносити зміни до тексту гарантії *банком-гарантом*». А до переліку умов заяви про надання гарантії, яка лягає в основу договору між принципалом і банком-гарантом, в п. 4 Глави 1 Розділу II Постанови додати «умови ініціювання принципалом змін до гарантійного повідомлення».

Однією з вимог до змісту заяви про надання гарантії, яка подається принципалом до банка-гаранта, Постанова НБУ № 639 закріплює посилення на Уніфіковані правила для гарантій за вимогою Міжнародної торгової палати. Ця норма свідчить про те, що міжнародні уніфіковані правила виступають джерелом правового регулювання інституту банківського гарантування в міжнародному приватному праві. У зв'язку з цим пропонуємо доповнити перелік умов до гарантійного зобов'язання умовою «посилання на Уніфіковані правила для гарантій за вимогою, розроблені Міжнародною торговою палатою», як це закріплено у вимогах до заяви про надання гарантій.

Наявність іноземного елементу в міжнародній банківській гарантії зумовлює зіткнення двох і більше національних правопорядків та необхідність вибору права для врегулювання міжнародної банківської гарантії. Банківська гарантія має самостійний характер і не залежить від основного зобов'язання, тому питання вибору права не залежить від права, яке обрано для врегулювання відносин, що впливають з основного зобов'язання. Отже, можлива ситуація, коли право, яке обирається для врегулювання основного зобов'язання, не збігається з правом, яке вибрано для врегулювання міжнародної банківської гарантії. Відповідно до ст. 10 Уніфікованих правил МТП для договірних гарантій від 1978 р., у випадку, коли в гарантії не зазначено право, яким вона регулюється, таким правом буде юрисдикція тієї країни, де знаходиться банк-гарант [2]. Така позиція є поширеною і серед науковців. Д. Петренко вказує на три аргументи щодо доцільності обрання права регулювання банківської гарантії за місцем знаходження гаранта: 1) така колізійна прив'язка закріплена в Уніфікованих правилах для договірних гарантій 1978 та Уніфікованих правилах для гарантій на першу вимогу в редакції 1992 та 2010 р.; 2) у разі відсутності вибору права сторонами таке право обирається за принципом найтіснішого зв'язку, тобто право країни місцезнаходження сторони, яка виконує договір – в даному випадку це гарант; 3) банківська гарантія є одностороннім правочином банка-гаранта, тому можна використовувати колізійні норми, які застосовуються до односторонніх правочинів [11, с. 146]. У разі, коли у банка-гаранта є кілька філій чи відділень, які мають різне місце розташування, визначальним є місцезнаходження тієї структурної одиниці гаранта, яке видало гарантію [2].

У ст. 44 Закону України «Про міжнародне приватне право» закріплено, що у випадку відсутності вибору сторонами договору права, що підлягає застосуванню до цієї угоди, застосовується право відповідно до ст. 32 Закону. Ця стаття визначає, яка з сторін вважається такою, що має здійснити виконання, і, відповідно, має вирішальне значення для змісту договору. Проте аналіз цієї статті свідчить про те, що незважаючи на великий перелік видів договорів, в яких дана стаття визначає вирішальну сторону, положення щодо договору банківської гарантії відсутні. Як слушно зазначає П. Петренко, така ситуація викликає здивування, оскільки інститут банківської гарантії має міжнародне погодження і досить часто використовується в зовнішньоекономічній діяльності [11, с. 152]. На додаток до позиції науковця, варто зазначити, що банківська гарантія має автономний характер і відокремлена від основного договору, тому жоден з перерахованих в ст. 44 Закону вид договору, зокрема визначення права застосування до нього, не може ніяким чином допомогти у визначенні права, яке має застосовуватись до договору банківської гарантії. З урахуванням викладеного пропонуємо доповнити ст. 44 Закону України «Про міжнародне приватне право» колізійною нормою, відповідно до якої відносини з банківської гарантії транскордонного характеру регулюються правом країни банка-гаранта. Це усуне проблеми визначення сторони, що здійснює виконання і має вирішальне значення для змісту договору банківської гарантії.

Висновки

Міжнародна банківська гарантія є одностороннім, строковим, оплатним правочином, який не залежить від основного договору, укладеного між бенефіціаром і принципалом, що містить гарантійне зобов'язання банка-гаранта сплатити на користь бенефіціара визначену суму у разі пред'явлення останнім письмової вимоги, в якому бенефіціар, банк-гарант та принципал мають різну державну приналежність. Якщо в гарантійному зобов'язанні вказано більше одного комерційного підприємства суб'єкта відносин банківської гарантії, визначати місцезнаходження даного суб'єкта буде те комерційне підприємство, яке має найбільш тісний взаємозв'язок із даним правовідношенням.

З метою більш ефективного матеріально-правового та колізійно-правового регулювання відносин у сфері банківського гарантування з іноземним елементом пропонуємо такі зміни та доповнення до законодавства:

1) до змісту Постанови НБУ № 639 «Про затвердження Положення про порядок здійснення банками операцій за гарантіями в національній та іноземних валютах»: а) замінити існуючий перелік суб'єктів, які можуть вносити зміни до банківської гарантії – «*принципал, бенефіціар, банк-гарант*» на один суб'єкт – «*банк-гарант*»; б) додати до переліку умов банківського зобов'язання посилення на Уніфіковані правила МТП для гарантій на першу вимогу;

2) до ст. 44 Закону України «Про міжнародне приватне право», яка визначає сторону в договорі, що є вирішальною для вибору права, доповнити таким пунктом: «банк-гарант – за гарантійним зобов'язанням»;

3) з метою впорядкування категоріально-понятійного апарату пропонуємо назву ст. 200 Господарського кодексу України «Банківська гарантія забезпечення господарських зобов'язань» замінити на «Гарантія забезпечення господарських зобов'язань», як це зазначено в Цивільному кодексі України, що є доцільним з позицій системності законодавства.

Список використаних джерел:

1. Конвенція Організації Об'єднаних Націй про незалежні гарантії та резервні акредитиви від 11.12.1995 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_517.

2. Уніфіковані правила стосовно договірних гарантій від 01.01.1978 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/988_005.

3. Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. № 436-IV // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2003. – № 18, № 19–20, № 21–22. – Ст. 144.

4. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV// Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2003. – № 18, № 19–20, № 40–44. – Ст. 356.

5. Про міжнародне приватне право : Закон України від 23.06.2005 р. № 2709-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 32. – Ст. 422.

6. Про банки і банківську діяльність : Закон України від 07.12.2000 р. № 2121-III // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2001. – № 5–6. – Ст. 30.

7. Про затвердження Положення про порядок здійснення банками операцій за гарантіями в національній та іноземних валютах : Постанова Національного банку України від 2004 р. № 639 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z0041-05>.

8. Гофман О.Р. Державна гарантія як засіб забезпечення виконання господарських зобов'язань : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04 / О.Р. Гофман. – О., 2014. – 20 с.

9. Зайцев В.В. Актуальные проблемы повышения эффективности гражданско-правового регулирования отношений по обеспечению договорных обязательств : дис. ... докт. юрид. наук / В.В. Зайцев. – М.: Рос. акад. гос. службы при Президенте Российской Федерации, 2005. – 387 с.

10. Онищенко Г.В. Банківські гарантії: [монографія] / Г.В. Онищенко, П.Д. Петренко. – Київ : Правова єдність, 2014. – 286 с.

11. Петренко П.Б. Банківські гарантії в міжнародному приватному праві : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / П.Д. Петренко. – К. : Національна академія правових наук України, 2013. – 220 с.

В статті раскрыта правовая природа банковских гарантий в международном частном праве. Рассмотрены правовые признаки международной банковской гарантии, и сформулировано ее определение. Обозначены недостатки правового регулирования отношений в этой сфере, а также предложены изменения украинского законодательства по вопросам подписания и внесения изменений в банковскую гарантию.

Ключевые слова: международное частное право, банковская гарантия, иностранный элемент, расчётные отношения.

The legal nature of the bank guarantees in the international private law is disclosed in the article. The legal features of international banking guarantees as well as the formulation of its definition are considered. The main gaps of legal regulation of relations in this area specified. Proposals for improvement of national bank guarantee legislation are suggested.

Key words: international private law, bank guarantee, foreign element, accounting issues.

