

НЕЗАВИСИМАЯ ГАРАНТИЯ (БАНКОВСКАЯ) В СТРОИТЕЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ – ЭФФЕКТИВНЫЙ СПОСОБ ОБЕСПЕЧЕНИЯ НАДЛЕЖАЩЕГО ИСПОЛНЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ ПОДРЯДЧИКОМ ИЛИ ЖЕ ПРОБЛЕМА ДЛЯ СТОРОН В ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫХ ОТНОШЕНИЯХ (ОБРАТНАЯ СТОРОНА ОБЕСПЕЧЕНИЯ НА ОПРЕДЕЛЕННЫХ СТАДИЯХ КОНТРАКТНЫХ ОТНОШЕНИЙ)

Ефимцева Ольга Александровна

Аспирант, Финансовый университет
при Правительстве Российской Федерации (г. Москва)
sagata1@mail.ru

AN INDEPENDENT GUARANTEE (BANK GUARANTEE) IN CONSTRUCTION ACTIVITY IS AN EFFECTIVE WAY TO ENSURE PROPER FULFILLMENT OF OBLIGATIONS BY THE CONTRACTOR OR A PROBLEM FOR THE PARTIES IN CIVIL LAW RELATIONS (THE REVERSE SIDE OF THE SECURITY AT CERTAIN STAGES OF CONTRACTUAL RELATIONS)

O. Efimtseva

Summary: This article discusses the actual problems of applying in practice, in the field of construction, such a method of ensuring the fulfillment of obligations as a bank guarantee. The consequences of its application at different stages of contractual relations are highlighted. The judicial practice is analyzed. Based on the analysis, it is concluded that this method of ensuring the proper performance of obligations is ineffective due to the high level of abuse of the right by the party to the contract acting as a beneficiary, on the one hand, and a real problem for the contractor due to the possible long process of restoring its reputation, in case of actual proof, in court, the position of a bona fide party.

Keywords: law, obligation, contract, bank guarantee, procurement.

Аннотация. В данной работе освещены актуальные проблемы применения на практике, в сфере строительства, такого способа обеспечения исполнения обязательств как банковская гарантия. Освещены последствия ее применения на разных стадиях контрактных отношений. Проанализирована судебная практика. На основании проведенного анализа сделан вывод о малоэффективности данного способа обеспечения надлежащего исполнения обязательств ввиду высокого уровня злоупотребления правом стороной контракта, выступающего в роли бенефициара, с одной стороны и реальной проблемой для подрядчика в связи с возможным долгим процессом восстановления своей репутации, в случае фактической доказанности, в судебном порядке, позиции добросовестной стороны.

Ключевые слова: право, обязательство, контракт, банковская гарантия, закупки.

Почему в современном мире коммерции и предпринимательства на первый план выходят вопросы о необходимости закрепления в контрактах гарантий обеспечения надлежащего исполнения обязательств контрагентом (стороной контракта)? Какой из способов обеспечения будет в той или иной области реализации обязательств наиболее эффективным? И вряд ли, на данной стадии «выбора», кто-то задумывается: «какие реальные последствия ждут, в случае фактической невозможности получения обеспечения, предусмотренного контрактом», «а каковы будут последствия для сторон в обязательствах, если выбранный способ

обеспечения надлежащего исполнения последних будет реализован/сработает?»

Однозначно одно, в настоящее время более динамично, нежели в начале 2000-х гг., происходит быстрый рост в объеме товарообмена, как на внутренне-государственном уровне, так и на внешнем. Стоимость проводимых сделок растет в геометрической прогрессии, что ведет к превращению этого оборота во все более осязаемый источник финансовой эффективности, что при всех прочих равных условиях несет риски возникновения неблагоприятных последствий недобросовестного осу-

ществления обязательств контрагентами и становятся для сторон обязательств все более финансово разорительным. И при этом, на практике, отсутствие эффективных в своей реализации способов надлежащего обеспечения исполнения обязательств становится тупиковым для развития строительства, производства, торговли и т.д.¹ Другими словами, в настоящее время, существует острая необходимость включения в структуру контракта эффективных механизмов обеспечения надлежащего исполнения обязательств, прежде всего с целью минимизации рисков финансовых потерь в процессе реализации контрактных отношений, возникших по причине недобросовестности контрагентов.

Рассматривая в данной статье, поставленные выше вопросы, через призму особенностей осуществления строительной деятельности, можно сделать вывод, что несомненно, для любого Заказчика, особенно если это государственная структура или же юридическое лицо с процентным участием государства, необходимо четкое понимание, что в любой ситуации при проявлении недобросовестности контрагента, твои интересы, как юридического лица (а это прежде всего интересы государства и общества в целом) стопроцентно защищены, убытки покрыты, недостатки в работах устранены, а территориальный инвестиционный проект завершен в установленные инвестиционной программой сроки с соблюдением утвержденного графика финансирования. Но это, разумеется, те идеальные цели, которые ставят перед собой инициаторы закупочной процедуры. А что происходит в действительности, на практике? Давайте разберем.

Принимая во внимание общие принципы гражданского права, все действия сторон должны носить исключительно характер добросовестности, и быть направлены, прежде всего на полное исключение или же максимальную минимизацию рисков возможных негативных последствий, наступление которых нельзя исключить при нарушении контрагентом обязательств, и мотивировать стороны к безусловному, полному и качественному исполнению контрактного обязательства. По действующему законодательству Российской Федерации, надлежащее исполнение стороной контракта принятых на себя обязательств по инициативе сторон подлежит обеспечению одним из способов, закрепленных в положениях главы 23 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ), также предусмотренных другими законами или же устанавливаемых в соглашениях сторон.

Вышеуказанные нормы не содержат каких-либо правовых запретов выбора сторонами контрактных отношений способов, которые бы обеспечили, в случае

необходимости, добросовестное (надлежащее) выполнение условий контракта. Тут действует безусловное правило «свободы выбора» (при заключении контракта сторонами) одного из указанных в главе 23 ГК РФ способов обеспечения исполнения обязательств (ст. 1 и 421 ГК РФ). Ограничения и (или) обязанность использовать определенные виды обеспечительных мер могут быть установлены лишь в случаях прямо предусмотренными законом.² В соответствии с принципами реализации своих гражданских прав стороны своей волей и в своем интересе (п. 2 ст.1 ГК РФ), а также безусловной свободы в выборе действий при заключении договора (ст. 1 и 421 ГК РФ) могут использовать и несколько вариантов способов обеспечения надлежащего исполнения обязательств, таких как допустим неустойка и банковская гарантия в рамках одной сделки.

Так как же все-таки определиться с выбором способа обеспечения? В данном случае, каждый организатор закупочной процедуры подходит к выбору через оценку ряда критериев. Для начала, подлежит оценке само обязательство, надлежащее исполнение которого необходимо обеспечить, а также исходя из категории потенциальных участников закупочных процедур рассматривается возможное имущественное положение потенциального участника. Далее, подлежат оценке все предлагаемые способы обеспечения, предусмотренные законодательством, с целью выбора наиболее эффективного в данном конкретном случае, сопоставляя все рассматриваемые критерии. Оценка самого обязательства абсолютно проста, нежели может показаться на первый взгляд. Определению, прежде всего, подлежит его финансовая составляющая, если быть точнее, необходимо понять денежное оно или неденежное, его размер и значимость для договора в целом, а также длительность его исполнения. Это позволит предварительно подобрать под обязательство допустимые способы обеспечения и исключить те, которые неприменимы. Допустим, обеспечению подлежат строительно-монтажные и пуско-наладочные работы по договору строительного подряда. Это обязательство не является денежным, оно существенно для договора строительного подряда, поскольку является его предметом, а как показывает практика еще и долгосрочное. При чем, критерий долгосрочности обязательства проявляется и в том, что недостатки в работах, а равно, как и недобросовестность самой подрядной организации может обнаружить себя и после того, как работы выполнены, а результат принят заказчиком. При данной ситуации мы понимаем, что способ обеспечения, в виде обеспечительного платежа

¹ См.: Рассказова Н.Ю. «Банковская гарантия по российскому законодательству». — М.: Статут, 2005. — С. — 8

² Пункт 1 ст. 44 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд». [Электронный ресурс]. Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс».

не подойдет, так как он характерен и применим к денежным обязательствам. Удержание также не подходит, в связи с тем, что у вас нет вещи, которую можно удержать. Задаток также не может быть применим, так как у подрядчика нет обязательства оплачивать что-либо заказчику при выполнении строительно-монтажных работ. И вот тут, как раз, делается вывод о том, что наиболее применимым в договоре строительного подряда поименованным (выделенного как таковым, действующими нормами гражданского законодательства) способом надлежащего исполнения обязательств становится независимая гарантия (банковская). По которой банк или другая кредитная организация обязуется уплатить определенную денежную сумму, причем независимо от действительности обеспечиваемого обязательства (п.п. 1,3 ст. 368 ГК РФ).

В строительной сфере, выполнение работ стороной контракта (подрядчиком), как правило и обеспечивается независимыми гарантиями (банковскими). Данный вариант обеспечения, как раз выбирается исходя из специфики исполняемого обязательства, как наиболее приемлемый из общего числа представленных главой 23 ГК РФ.³ Причем, исполняемые обязательства требуют обеспечения уже с момента участия в конкурентных закупочных процедурах. Первоначально остановимся на обеспечении банковской гарантией надлежащего исполнения обязательств по заключению контракта в результате победы по результатам проведения закупочных процедур. Данная банковская гарантия предоставляется одновременно при подаче заявки на участие в конкурсе. Так как, возможный установленный размер обеспечения конкурсной заявки участника не превышает размеры от 0,5% до 5% от максимальной предельной стоимости контракта, то, на первый взгляд кажется, что для участника выгоднее всего внести обеспечение в виде банковской гарантии нежели выводить из оборота свои собственные средства. Но тут экономия по средствам банковской гарантии очень субъективна. Так, при обеспечении собственными средствами подачу конкурсной заявки, участник не несет каких-либо дополнительных затрат на обеспечение и по результатам закупочной процедуры получает возврат, указанных денежных средств в полном, внесенном объеме, в то время как банковская гарантия при оформлении ее в кредитной организации обслуживается определенными денежными средствами, которые никогда не будут возвращены участнику закупочной процедуры. Степень эффективности данной банковской гарантии также под большим вопросом.

³ Романова Виктория Валерьевна Правовые вопросы в связи с обеспечением исполнения договора на строительство и модернизацию энергетических объектов банковскими гарантиями // Вестник СПбГУ. Серия 14. Право. 2010. №3. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/pravovye-voprosy-v-svyazi-s-obespecheniem-ispolneniya-dogovora-na-stroitelstvo-i-modernizatsiyu-energeticheskikh-obektov-bankovskimi>

Если участник закупочной процедуры, занявший первое место по числу набранных баллов, не исполняет основное условие конкурса при признании его победителем, другими словами не выходит на заключение контракта или уклоняется от предоставления в установленный срок обеспечения его исполнения, то в дело вступает механизм банковской гарантии, а сам недобросовестный поставщик услуг/работ (победитель конкурса) автоматически попадает в реестр недобросовестных поставщиков, сроком на 3 года, и, соответственно, лишается права участвовать в торгах. Если независимая (банковская гарантия) была выдана на условиях безусловности, то организатор закупочной процедуры без проблем получает возмещение в кредитной организации, а вот если же в ней прописаны условия выплаты гарантом обеспечительных сумм при наличии определенных условий, то тут время получения денежных средств по гарантии может исчисляться даже не месяцами, и затягиваться ввиду судебных проволочек, в случае, если дело дойдет до доказывания легитимности требований стороны, требующей возмещения. В данном случае, мы понимаем, что как способ обеспечения надлежащего исполнения обязательств банковская гарантия малоэффективна и не обеспечивает реализацию прав стороны, в пользу которой и оформлялась, в отличие от внесенных денежных средств на счет организатора закупочной процедуры.

Теперь, давайте рассмотрим эффективность независимой (банковской) гарантии, как способа обеспечения надлежащего исполнения обязательств в процессе реализации предмета контракта стороной контракта. На данной стадии кредитные организации выдают независимые (банковские) гарантии на обеспечение основного обязательства, а также на обеспечение надлежащего исполнения гарантийных обязательств.

Основные проблемы тут связаны с пониманием термина «независимая» гарантия, а точнее с пониманием и определением пределов данной независимости. В соответствии с совокупностью изменений положений действующего законодательства в области регулирования отношений, связанных с реализацией прав сторон по независимым гарантиям (банковским), обязательства кредитной организации (гаранта) перед стороной контракта не в коем случае не зависит от основного обязательства, да и вообще от каких-либо других обязательств (п.1. ст. 370 ГК РФ). Сама суть «независимости» заключается в том, и на этом законодателями делается акцент в положениях упомянутой статьи, что кредитная организация не вправе возражать, делать ссылки на какие-то факторы и условия исполнения обязательств стороной контракта, не зафиксированные в положениях гарантии. Можно даже сказать, что это не просто независимость от каких-либо обстоятельств, а полная «безусловность». Другими словами — «без анализа обстоятельств и каких-либо возражений». Эту суть «независимости»

подчеркивают и судебные органы: постановление Президиума ВАС РФ № 6040/12 от 02.10.2012 по рассматриваемому делу № А40-636558/11-25-407, а также ФАС МО от 24.01.2013 по делу №А40-134479/11-133-1161 и другие. Однако, все чаще и чаще возникают попытки отойти от данного принципа и по суду ограничить его. Как основание для ограничения судебные органы используют заключение ВАС РФ, а именно его информационное письмо № 27 от 15.01.1998, основная мысль которого заключается в том, что при наличии подтверждения завершения основного обязательства его надлежащем исполнением (в качестве примера можно выделить акт выполненных работ по договору строительного подряда подписанный сторонами, что будет свидетельствовать об отсутствии претензий заказчика к выполненным подрядам обязательствам, т.е. основному обязательству по договору), и как следствие следует отказ (на основании ст. 10 ГК РФ) в удовлетворении требований стороны контракта (выступающего в качестве бенефициара) ввиду ее недобросовестности и попытки собственного неосновательного обогащения (1102 ГК РФ). Эту позицию также можно проследить в письме Президиума ВАС РФ №29 от 16.02.1998 и в определении ВС РФ от 20.05.2015 №307-ЭС14-4641 по делу №А56-787/12. В практике Арбитражного суда города Москвы, и ранее наблюдалось много споров, возникающих в сфере строительства и очень часто это именно споры о взыскании сумм по независимым гарантиям (банковским). (постановление ФАС МО от 03.03.2014 № Ф05-17915/2013 по делу № А40-134952/2012; ФАС МО от 10.05.2012 по делу № А40-65132/11-42-535, определения ВС РФ от 16.03.2015 № 307-ЭС14-7753 по делу № А56-57603/2013).

А теперь, по результату проведенного анализа, пришло время ответить на поставленный нами, в начале статьи вопрос: «а каковы будут последствия для сторон в обязательствах, если выбранный способ обеспечения надлежащего исполнения последних будет реализован/сработает?» И тут специалисты упираются в отсутствие прямого правового регулирования данного вопроса. К примеру, имеет ли право сторона (Заказчик) в обязательстве требовать от второй стороны (подрядчика), допустим нереализованного авансового платежа, неустойки, штрафа в случае, если данные требования уже были удовлетворены со стороны кредитной организации. Действующая редакция ГК РФ не закрепляет положения, отвечающие на все чаще возникающие вопросы при данных обстоятельствах, не устанавливая регулирование указанных действий. И как можно отметить, определенная функция обеспечения, которую берет на себя независимая гарантия (банковской) характеризуется прежде всего тем, что само обязательство сторон по контракту (принципала перед бенефициаром) должно быть выполнено гарантом (кредитной организацией). В связи с чем, в соответствии с п.1 ст.379 ГК РФ, по результатам выплаты соответствующего обеспечения, гарант получает право

требования от принципала возмещения уплаченной им бенефициару денежной суммы.

Профессор В.В. Витрянский, своей позицией, говорит о том, что безусловно «исполнение гарантом своих обязательств перед бенефициаром погашает в соответствующей части основное (обеспечиваемое гарантией) обязательство принципала перед бенефициаром, вследствие чего бенефициар не вправе требовать от принципала исполнения обязательства в данной части, а гарант, напротив, приобретает право требовать от принципала возмещения выплаченной по гарантии суммы, а иначе это будет носить характер неосновательного обогащения, что противоречит принципу справедливости»⁴.

Конечно, при совершенствовании положений законодательной базы, регулирующих вопросы применения независимой гарантии (банковской), была попытка повысить ее эффективность как способа обеспечения надлежащего исполнения обязательств путем не только добавления вариантов в число субъектов, выступающих на стороне гаранта обязательств, что особенно помогло бы лицам являющимся субъектами малого и среднего предпринимательства, но так же и введены ряд положений, снижающих риск негативных последствий и в разы повышающих степень защиты заказчика в спорах, в рамках реализации обязательств сторонами по договорам строительного подряда, применительно к гарантийному возмещению. А именно, тут возвращаемся к раскрытию принципа независимости гарантии и ее безусловности. Статьей 368 ГК РФ установлены существенные условия гарантий, что должно незамедлительно снизить неопределенность при возникновении возможных споров. А статьей 374 была упрощена формулировка о содержании требования бенефициара и при предъявлении требований указывается в них только фактические обстоятельства, имеющие значение и влекущие выплату гарантом денежных сумм возмещения, что на наш взгляд, по сути, дает большую свободу для реализации принципа злоупотребления правом со стороны бенефициара.

Хотелось бы еще обратить внимание на то, что определяя степень эффективности независимой гарантии (банковской) цивилистами гражданско-правовой специализации никогда не рассматривались последствия ее применения или сущность ее применения во взаимосвязи с уголовно-правовыми аспектами. А ведь это помогло бы нам более всесторонне и глубже изучить актуальные проблемы применения указанного способа надлежащего исполнения обязательств по контракту.

Опять же, если рассматривать данные вопросы применительно к строительным контрактам, то в ситуации

⁴ Брагинский М.И., Витрянский В.В., Договорное право. Общие положения (книга 1). М.: «Статус», 2001.

обеспечения надлежащего исполнения обязательств подрядчика по возврату полученного авансового платежа, как раз и могут возникнуть разного рода мошеннические схемы. К примеру: подрядчик получил во исполнение основного обязательства X сумму денег от заказчика. При этом, предоставил независимую гарантию (банковскую), с целью обеспечения добросовестного возврата в установленные контрактом сроки. В процессе исполнения, принятых на себя обязательств решил (в силу своей недобросовестности) выполнить работы только на 1/5 от полученного аванса и далее прекратить свою работу. Заказчик (бенефициар) получает денежные средства в покрытие неисполненных обязательств подрядчиком. Размер полученных денежных средств от кредитной организации полностью покрывает все сумму авансирования. Но тут необходимо так же уточнить, что на первый взгляд, это обычные гражданско-правовые отношения, НО если речь идет о госконтрактах, реализуемых в рамках федеральных целевых программ, то данный факт невыполнения его условий подрядчиком уже квалифицируется как хищение денежных средств федерального бюджета. И в данном случае, это уже уровень уголовного делопроизводства.

Подводя итоги, проделанной работе в части определения степени эффективности независимой гарантии

(банковской), можно сделать вывод что на данном этапе развития законодательства в данной области, рано говорить о независимой гарантии (банковской), как о наиболее эффективном способе обеспечения исполнения обязательств, так как корни этой показной эффективности пока уходят глубоко в принципы злоупотребления правом стороной в обязательстве, выступающей в роли бенефициара, с одной стороны, а для подрядчика, ее «срабатывание», является реальной проблемой долгого восстановления своей репутации, в случае фактической доказанности, в судебном порядке, позиции добросовестной стороны. А пока идет процесс доказывания, по практике кредитных организаций, доступ для дальнейшего обеспечения надлежащего исполнения обязательств стороной, чья репутация была запятнана недобросовестными действиями бенефициара, для других заключаемых им контрактом остается недоступным. И что же делать в сложившейся ситуации. На наш взгляд, назрела острая необходимость в выявлении, определении и дальнейшей разработке иных возможных вариантов обеспечения подлежащих исполнению контрактных обязательств, не поименованных в действующих нормах закона как таковые, но тем не менее исполняющие их функции и реально защищающие интересы добросовестной стороны, будь то бенефициар или же принципал.

ЛИТЕРАТУРА

1. Белов В.А. Независимая гарантия в измененном Гражданском кодексе Российской Федерации и актах — источниках международного торгового права / В.А. Белов // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2015. N 4. С. 71–89.
2. Брагинский М.И., Витрянский В.В., Договорное право. Общие положения (книга 1). М.: «Статут», 2001.
3. Витвицкая В.Р. К вопросу об источниках правового регулирования банковской гарантии в Российской Федерации / В.Р. Витвицкая // Банковское право. 2018. N 1. С. 39–46.
4. Гаврин Д.А. Независимая гарантия: односторонняя сделка или договор / Д.А. Гаврин // Бизнес, менеджмент и право. 2018. N 1. С. 29–31.
5. Гражданское право: Учебник: В 2 т. / О.Г. Алексеева, Е.Р. Аминов, М.В. Бандо и др.; под ред. Б.М. Гонгало. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2018. Т. 2. 560 с.
6. Елфимова Л.Г. Банковская гарантия: понятие и практическая применимость // Хозяйство и право. 1996. N 3. С. 116–121.
7. Кальтенбергер С.В. Модернизация банковской гарантии в российском законодательстве // Современные тенденции развития юридической науки: Сборник материалов III Межд. заоч. науч.-практ. конф. (21 марта 2014 г.) / Под общ. ред. Т.М. Пономаревой. Омск: Омский экономический институт, 2014. 232 с.
8. Мельниченко С.В. Проблемы применения банковской гарантии и неустойки в рамках договорного обязательства // Юридические исследования. 2018. №1. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/problemny-primeneniya-bankovskoy-garantii-i-neustoyki-v-ramkah-dogovornogo-obyazatelstva>.
9. Рассказова Н.Ю. «Банковская гарантия по российскому законодательству». — М.: Статут, 2005. — С. — 8
10. Романова В.В. Правовые вопросы в связи с обеспечением исполнения договора на строительство и модернизацию энергетических объектов банковскими гарантиями // Вестник СПбГУ. Серия 14. Право. 2010. №3. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/pravovye-voprosy-v-svyazi-s-obespecheniem-ispolneniya-dogovora-na-stroitelstvo-i-modernizatsiyu-energeticheskikh-obektov-bankovskimi>.
11. Сироткина А.А. Банковские гарантии в обеспечение государственных контрактов: границы свободы в определении условий даваемого гарантом обязательства / А.А. Сироткина // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. N 2. С. 138–149.
12. Тасалов Ф.А. Проблемы использования банковской гарантии в качестве способа обеспечения контрактных обязательств: риски и издержки участников закупок / Ф.А. Тасалов // СПС «КонсультантПлюс».
13. Травкин А.А., Арефьева Н.Н., Карабанова К.И. Способы обеспечения исполнения обязательств: Учебное пособие. Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2000. 84 с.
14. Чельшева Н.Ю. Правовая природа независимой гарантии и ее место в системе гражданско-правовых обязательств / Н.Ю. Чельшева // Гражданское право. 2018. N 2. С. 23–26.

© Ефимцева Ольга Александровна (sagata1@mail.ru).

Журнал «Современная наука: актуальные проблемы теории и практики»