

**ЛЬВІВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
ІМЕНІ ІВАНА ФРАНКА**

На правах рукопису

Слома Валентина Миколаївна

УДК. 347. 441. 26 (477)

**ГАРАНТІЯ ЯК ВИД ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ
ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ**

Спеціальність 12.00.03. – цивільне право та цивільний процес;
сімейне право; міжнародне приватне право.

Дисертація на здобуття наукового ступеня
кандидата юридичних наук

Науковий керівник –
кандидат юридичних наук, доцент
ЯВОРСЬКА ОЛЕКСАНДРА СТЕПАНІВНА

Львів - 2007

ЗМІСТ

ВСТУП	3
РОЗДІЛ 1	
ГАРАНТІЯ В СИСТЕМІ ВИДІВ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ	
ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ЗА ЦИВІЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ	
1.1. Виникнення, становлення та розвиток гарантії як самостійного виду забезпечення виконання зобов'язань	10
1.2. Поняття, ознаки та функції гарантії	37
1.3. Види гарантії	75
Висновки до розділу 1	89
РОЗДІЛ 2	
ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ГАРАНТА	
І ПРИНЦИПАЛА ПРИ ВИДАЧІ ГАРАНТІЇ	
2.1. Правова природа договору про видачу гарантії	92
2.2. Суб'єкти гарантійного правовідношення.....	115
Висновки до розділу 2	132
РОЗДІЛ 3	
ПРАВОВІ НАСЛІДКИ НЕВИКОНАННЯ БОРЖНИКОМ	
ЗОБОВ'ЯЗАННЯ, ЗАБЕЗПЕЧЕНОГО ГАРАНТІЄЮ	
3.1. Реалізація прав та виконання обов'язків за гарантією.....	134
3.2. Право гаранта на регресні вимоги до принципала	163
3.3. Підстави та наслідки припинення гарантії.....	174
Висновки до розділу 3	183
ВИСНОВКИ	185
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ	191

ВСТУП

Актуальність теми дослідження. З переходом економіки України до розвинених ринкових відносин, підвищується роль договірних зобов'язань. Як правило, вступаючи у цивільно-правові відносини, сторони прагнуть виконати взяті на себе зобов'язання і не допустити жодних порушень зі свого боку. Проте у ході господарської діяльності ніхто не застрахований від фінансових чи виробничих ризиків. Учасники цивільного обороту прагнуть уникнути таких ризиків або звести їх до мінімуму за допомогою передбачених законодавством видів забезпечення виконання зобов'язань. Як свідчить практика, досить поширене забезпечення виконання зобов'язання третьою особою, яка не є стороною договору. Одним з таких видів забезпечення можна вважати гарантію, оскільки гарантами виступають такі фінансово стабільні установи, як банки та страхові організації.

Крім того, із реформуванням цивільного законодавства виникає потреба у переосмисленні сутності та значення цілого ряду правових понять, зокрема поняття гарантії як нового для України виду забезпечення виконання зобов'язань, закріпленого у Цивільному кодексі України (далі ЦК України).

Важливість наукової розробки питань суті і значення гарантії як виду забезпечення виконання цивільно-правових зобов'язань обумовлена процесами інтеграції України до світового співтовариства і необхідністю врахування позитивного зарубіжного досвіду з цих питань. Варто зазначити, що норми ЦК України, які регулюють гарантійні відносини, були розроблені на основі норм міжнародного права.

Проте, не зважаючи на постійний розвиток науки цивільного права у сфері дослідження видів забезпечення виконання цивільно-правових зобов'язань, на даний час як в науці, так і у правозастосовчій практиці залишаються невирішеними багато питань, пов'язаних із застосуванням гарантії. Основною проблемою гарантії є узгодження інтересів кредитора, боржника та гаранта при домінуючому становищі кредитора.

У липні 2006 року Л.О.Єсіповою була захищена дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему „Гарантія у цивільному праві”. Автор дисертації запропонувала ряд принципових положень щодо розуміння суті гарантії як нового виду забезпечення зобов’язань, щодо видів гарантії, підстав виникнення та припинення гарантійних правовідносин. Разом з тим, варто зазначити, що ряд питань, пов’язаних із застосуванням гарантії вивчені та висвітлені не повністю. У зв’язку з цим подальше дослідження проблем гарантії є актуальним і передбачає вихід за межі питань, які досліджувались у попередній роботі.

Ці обставини обумовили необхідність комплексного дослідження гарантії як виду забезпечення виконання цивільно-правових зобов’язань, та вирішення проблем, пов’язаних із її застосуванням.

Зв’язок роботи з науковими програмами, планами, темами. Дисертація виконана відповідно до тем науково-дослідної роботи кафедри цивільного права і процесу юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка „Проблеми удосконалення цивільного законодавства в умовах інтеграції України в Європейське співтовариство” на 2002-2004 роки (номер державної реєстрації 0103U005937) та „Вдосконалення цивільного законодавства в світлі нового Цивільного кодексу України” на 2005-2008 роки (номер державної реєстрації 0105U004945). Тема дисертації затверджена на засіданні Вченої Ради Львівського національного університету імені Івана Франка (протокол № 22/2 від 26 лютого 2003 року), уточнена на засіданні Вченої Ради Львівського національного університету імені Івана Франка (протокол № 1/4 від 28 квітня 2006 року).

Мета і завдання дослідження. Метою дослідження є системний теоретичний аналіз правової природи гарантії як виду забезпечення виконання цивільно-правових зобов’язань, розробка пропозицій з удосконалення правового регулювання гарантійних правовідносин.

Для досягнення даної мети були поставлені такі завдання:

- дослідити процес становлення гарантії як виду забезпечення виконання цивільно-правових зобов'язань;
- визначити та дослідити ознаки, функції та види гарантії;
- розкрити правову природу договору про видачу гарантії;
- дати характеристику суб'єктного складу гарантійного правовідношення;
- проаналізувати особливості виконання гарантійного зобов'язання;
- розкрити порядок реалізації гарантом права на пред'явлення регресної вимоги до принципала, а також проаналізувати загальні та спеціальні підстави припинення гарантійного зобов'язання;
- сформулювати пропозиції та рекомендації щодо вдосконалення чинного законодавства у сфері регулювання досліджуваних відносин в Україні у майбутньому.

Об'єктом дослідження є правовідносини, які виникають у процесі забезпечення гарантією цивільно-правових зобов'язань.

Предметом дослідження є гарантія як вид забезпечення належного виконання зобов'язань, а також законодавство, яке регулює її застосування.

Методи дисертаційного дослідження. Методологічну основу дослідницької роботи складають загальнонаукові, філософські та спеціальні методи, які використовуються у правових дослідженнях: історико-правовий, порівняльно-правовий, формально-юридичний, системно-структурний та інші. Використання у дисертації історико-правового методу дозволило дослідити процес становлення інституту гарантії, проаналізувати чинники, які вплинули на виникнення гарантії як виду забезпечення виконання зобов'язань. За допомогою формально-юридичного методу був з'ясований зміст правових норм, які регулюють гарантійні правовідносини. Порівняльно-правовий метод використано у дисертації при порівнянні нормативно-правових актів України та інших держав, з метою виробити пропозиції з вдосконалення цивільного законодавства України з врахуванням досвіду зарубіжних країн. Системно-структурний метод використовувався

для класифікації гарантії на види, а також при визначенні її місця в системі видів забезпечення виконання цивільно-правових зобов'язань.

Теоретична основа дослідження. Сформульовані у дисертаційній роботі теоретичні висновки та практичні рекомендації ґрунтуються на досягненнях цивілістичної науки, зокрема на наукових працях таких вчених: Г.О. Аванесової, М.І. Брагінського, Т.В. Боднар, В.В. Вітрянського, М.В. Волошиної, Б.М. Гонгало, О.В. Дзери, Л.О. Єсіпової, Л.Г. Єфімової, О.С. Йоффе, Н.С. Кузнецової, В.В. Луця, Д.І. Мейєра, І.Б. Новицького, С.В. Овсейка, О.М. Олійник, Ю.В. Петровського, І.О. Покровського, Н.Ю. Рассказової, О.М. Садікова, С.В. Сарбаша, Н.В. Соболевої, Р.П. Сойка, Є.О. Суханова, Ю.К. Толстого, Є.О. Харитонова, В.М. Хвостова, Г.Ф. Шершеневича та інших вчених.

Емпіричною базою дослідження є практика застосування актів цивільного законодавства, пов'язаного з використанням гарантії як виду забезпечення виконання зобов'язань.

Наукова новизна отриманих результатів полягає у тому, що дисертація є одним із перших в Україні комплексним монографічним дослідженням проблем, пов'язаних із використанням гарантії як виду забезпечення виконання цивільно-правових зобов'язань. У результаті проведеного дослідження сформульовані основні науково-теоретичні положення, які виносяться на захист:

- досліджено еволюцію гарантії як виду забезпечення виконання зобов'язань, а також роль Уніфікованих правил Міжнародної Торговельної Палати у формуванні сучасного інституту гарантії;

- подальшого розвитку отримало положення про те, що основною характерною ознакою гарантії є її незалежність, яка характеризується двома складовими – абстрактністю та безумовністю. Разом з тим, принцип незалежності гарантії від основного зобов'язання має відносний характер;

- вперше запропоновано викласти ч. 2 ст. 561 ЦК України у такій редакції: „Гарантія є чинною від дня її видачі, якщо в ній не встановлено інше. До видачі гарантії прирівнюється передача її підприємству зв'язку або ввід електронного документу в інформаційну систему відправника”;

- обґрунтовано положення про те, що юридичним фактом, який породжує гарантійне зобов'язання між гарантом і бенефіціаром, є видача гарантії;

- додатково обґрунтовано положення про те, що відносини гаранта та принципала, пов'язані з видачею гарантії, оформляються договором сторін. У зв'язку з цим вперше запропоновано авторське визначення договору про видачу гарантії, яке пропонується як норма: „Договором про видачу гарантії є письмова домовленість принципала і гаранта, за якою гарант зобов'язується видати гарантію в якості забезпечення виконання зобов'язання принципала перед бенефіціаром, а принципал зобов'язується сплатити винагороду за видачу гарантії”;

- оскільки банки та страхові організації є фінансовими установами, то з метою узгодження положень ЦК України та Закону України „Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг” зроблено пропозицію викласти ст. 560 ЦК України у такій редакції: „За гарантією банк або інша фінансова установа (гарант) гарантує перед кредитором (бенефіціаром) виконання боржником (принципалом) свого обов'язку”;

- зроблено висновок про те, що обов'язок гаранта з виплати гарантійної суми виникає з моменту пред'явлення бенефіціаром письмової вимоги до гаранта, а не з моменту порушення принципалом свого обов'язку за основним договором;

- з метою уникнення спорів, пов'язаних з виконанням обов'язків за гарантією, доведено доцільність викладу ст. 564 ЦК України у такій редакції: „1. Після одержання вимоги кредитора гарант повинен негайно повідомити про це боржника у письмовій формі і передати йому копії вимоги разом з доданими до неї документами. 2. Гарант повинен розглянути вимогу

кредитора разом з доданими до неї документами в установленій в гарантії строк, а у разі його відсутності – в семиденний строк і встановити відповідність вимоги та доданих до неї документів умовам гарантії”;

- додатково обґрунтовано необхідність розмежування обов’язку гаранта зі сплати гарантійної суми та відповідальності гаранта за невиконання чи неналежне виконання ним свого обов’язку. При виконанні гарантом свого обов’язку за гарантією, його обсяг не може виходити за межі суми визначеної гарантією. Що стосується відповідальності гаранта за порушення зобов’язання, яке випливає з гарантії, то вона не обмежується сумою гарантії, якщо інше не передбачене у самій гарантії.

Теоретичне та практичне значення отриманих результатів полягає в тому, що вони можуть бути використані для подальших наукових досліджень видів забезпечення виконання зобов’язань взагалі та гарантії зокрема, вдосконалення законодавства України у сфері регулювання відносин гарантії.

Результати дисертаційного дослідження можуть бути використані у навчальному процесі, при підготовці підручників і навчальних посібників, методичних рекомендацій з курсу „Цивільне право”.

Сформульовані у роботі висновки і пропозиції можуть бути використані у практичній діяльності при вирішенні питань, пов’язаних із застосуванням гарантії як виду забезпечення виконання зобов’язань.

Апробація результатів дослідження. Основні положення та висновки дисертації доповідалися та обговорювалися на засіданнях кафедри цивільного права і процесу Львівського національного університету імені Івана Франка. Результати дисертаційного дослідження були оприлюднені на науково-практичних конференціях: X регіональній науково-практичній конференції „Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні” (м. Львів, 5-6 лютого 2004 р.); Міжнародній науковій конференції молодих вчених „Треті осінні юридичні читання” (м. Хмельницький, 5-6 листопада 2004 р.); Міжнародній науково-практичній конференції молодих науковців

„Четверті осінні юридичні читання” (м. Хмельницький, 21-22 жовтня 2005 р.); XII регіональній науково-практичній конференції „Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні” (м. Львів, 9-10 лютого 2006 р.); Всеукраїнській міжвузівській науковій конференції молодих вчених та аспірантів „Проблеми вдосконалення правового забезпечення прав та основних свобод людини і громадянина в Україні” (м. Івано-Франківськ, 28 квітня 2006 р.); Міжнародній науково-практичній конференції молодих учених „П’яті осінні юридичні читання” (м. Хмельницький, 27-28 жовтня 2006 р.)

Публікації. Основні теоретичні та практичні результати дисертаційного дослідження знайшли відображення у п’яти наукових статтях, опублікованих у фахових виданнях, що входять до переліку ВАК України, та в шести тезах виступів на наукових конференціях.

Структура роботи обумовлена її метою та поставленими завданнями і складається із вступу, трьох розділів, які об’єднують вісім підрозділів, висновків, списку використаних джерел. Повний обсяг дисертації становить 205 сторінок, з них 15 сторінок займає список використаних джерел (180 найменувань).

РОЗДІЛ 1

ГАРАНТІЯ В СИСТЕМІ ВИДІВ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ЗА ЦИВІЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

1.1. Виникнення, становлення та розвиток гарантії як самостійного виду забезпечення виконання зобов'язань

Кожне зобов'язання ґрунтується на вірі кредитора у виконання боржником дії, необхідної для задоволення інтересу кредитора. Тому, як зазначає Є.О. Суханов, у російському цивільному праві кредитор у зобов'язанні традиційно іменується „віритель” [1, с. 50]. Віра будь-якого кредитора опирається в першу чергу на впевненість у тому, що вступаючи у зобов'язання, він вступає у правовідносини, і його права у випадку їх порушення можуть бути забезпечені примусовою силою держави.

Центральною ланкою інституту зобов'язального права є виконання зобов'язань. Адже, як вірно зазначає Т.В. Боднар, це обумовлено тим, що саме виконання зобов'язання є кінцевою метою будь-якого правовідношення зобов'язального характеру [2, с. 169]. Виконання зобов'язання – це здійснення боржником дії (або утримання від дії), яка є об'єктом зобов'язального правовідношення. Крім того, виконання зобов'язання в сучасній цивілістичній літературі розглядається у трьох аспектах: як правовий інститут, як процес і як підстава припинення зобов'язання [3, с. 18-24].

Виходячи зі змісту ст. 526 ЦК України [4] зобов'язання має виконуватись належним чином відповідно до умов договору та вимог Цивільного кодексу, інших актів цивільного законодавства, а за відсутності таких умов та вимог – відповідно до звичаїв ділового обороту та інших вимог, що звичайно ставляться. Принцип належного виконання – найважливіший принцип виконання зобов'язань. Виконання визнається дійсним (правильним), зазначав В.І. Синайський, коли воно здійснене: а) ким

і кому слід; б) вчинене в належний час, в належному місці; в) належним чином [5, с.332]. Належне виконання зобов'язання – це, передусім, виконання його відповідно до умов договорів і вимог ЦК та інших актів цивільного законодавства.

Принцип реального виконання зобов'язань – це загальне правило, згідно з яким зобов'язання має бути виконане у тому вигляді, в якому воно визначене законом або договором. Цей принцип суттєво впливає на виконання зобов'язання протягом усього строку його дії – як на стадії нормального розвитку, так і в разі порушення. Але на кожній із стадій він виявляється по-різному.

Доки зобов'язання не порушено жодною зі сторін, воно має виконуватись у точній відповідності зі всіма його елементами, що становлять його зміст. У цьому разі реальне виконання означає належне виконання. Але, коли зобов'язання порушено, можливість належного виконання у повному обсязі виключається, проте зберігається можливість фактично здійснити ті дії, що є основною метою зобов'язання, тобто виконати його в натурі.

Отже, договірні зобов'язання сторони повинні виконувати добровільно, добросовісно, належним чином і в установлені строки. У разі порушення цих вимог до винної сторони можуть бути застосовані загальні заходи примусового впливу: відібрання речі у боржника, стягнення збитків тощо [6, с. 53].

Оскільки будь-яке зобов'язання (крім тих, які виконуються негайно в момент виникнення), є по суті, просто обіцянкою боржника кредитору, то ймовірність його невиконання дійсно є достатньо високою. По-перше, боржники-фізичні особи (керівники боржника-юридичної особи) можуть виявитися непорядними, а по-друге, вони можуть бути об'єктивно не в змозі виконати зобов'язання. Тому законодавством, юридичними звичаями і вводяться спеціальні механізми, спрямовані на виконання зобов'язань [7, с. 36].

Як зазначає Н.К. Кудріна будь-яке зобов'язання само по собі ще не гарантує вчинення боржником необхідних дій на користь кредитора. Навіть при використанні кредитором заходів відповідальності відносно несправного боржника у останнього може не знайтись необхідного для задоволення вимог майна [8, с. 39].

Усі кредитори зацікавлені у тому, щоб договори виконувались. Тому природнім є те, що кредитор намагається забезпечити чи укріпити свої права. На думку В.І. Синайського, саме зобов'язальне право у об'єктивному розумінні цього слова буде тим більше досконалим, чим надійніше воно забезпечує здійснення прав кредитора [5, с. 321].

Як вірно зазначав С.Н. Ландкоф, в багатьох випадках, обидві сторони, за взаємною згодою, приймають спеціальні додаткові умови для того, щоб забезпечити виконання зобов'язань за договором. А в деяких випадках наші закони, помимо волі сторін, самі вводять додаткові умови, які забезпечують відповідне виконання договорів [9, с. 94]. Забезпеченням називається будь-який юридичний правочин, який робить більш вірогідним виконання деякого іншого основного зобов'язання [10, с. 414].

У період розвитку і становлення ринкових відносин, які реалізуються одночасно з їх розвитком, реформування рудиментних, звичних основ, одного суб'єктивного прагнення до належного виконання договірних зобов'язань недостатньо і суб'єкти господарювання не повинні зневажати законодавчо встановлені заходи, які наділені забезпечувальною функцією виконання зобов'язань [11, с. 20].

Варто погодитись з думкою І.В. Спасибо-Фатєєвої про те, що забезпечення зобов'язань є суттєвим чинником їх належного виконання, а від обрання відповідного способу забезпечення залежить в кінцевому підсумку задоволення тією чи іншою мірою вимог кредиторів [12, с. 22]. Іншими словами, як вказував Р. Саватьє, забезпечення означає надання кредитору додаткових прав, для того, щоб дати йому більшу впевненість у здійсненні свого права вимоги [13, с. 235].

Для попереднього забезпечення майнових інтересів кредитора, отримання ним гарантій належного виконання боржником зобов'язання, а також з метою запобігання або зменшення розміру негативних наслідків, що можуть наступити у випадку його порушення, використовуються спеціальні заходи забезпечувального характеру, передбачені законом або договором. Такі заходи називаються видами забезпечення виконання зобов'язань [14, с. 479].

Деякі автори вбачають сутність цивільно-правового забезпечення зобов'язань у тому, що воно спонукає боржника виконати зобов'язання через страх невідповідних для нього наслідків, передбачених договором чи законом на випадок невиконання чи неналежного виконання зобов'язань [15, с. 15-16]. Недолік цього визначення в тому, що воно носить загальний характер, не розкриває специфіку видів забезпечення виконання зобов'язань (у вузькому розумінні слова), його можна віднести, наприклад, і до заходів відповідальності, і до санкцій взагалі.

Слід звернути увагу на співвідношення понять „забезпечення зобов'язань” та „відповідальність за порушення зобов'язань”. У ЦК України даним поняттям присвячені окремі глави – глава 49 „Забезпечення виконання зобов'язань” та глава 51 „Правові наслідки порушення зобов'язання. Відповідальність за порушення зобов'язання”. Отже, законодавець виділяє два окремі інститути. Проте у главі 51 мова йде про відповідальність у формі стягнення неустойки і у формі відшкодування збитків. У свою чергу, при характеристиці видів забезпечення зобов'язань, в главі 49 мова йде про „відповідальність” (відповідальність поручителя).

Варто погодитись з думкою авторів, як зазначають, що „хоча традиційно формою відповідальності є лише неустойка, проте, якщо виходити із визначення відповідальності як реалізації санкції у вигляді негативних наслідків, які покладаються на особу, винну у вчиненні правопорушення, то неважко помітити, що під це визначення підпадають і застава, і завдаток” [16, с. 348]. Отже, спеціальні засоби забезпечення одночасно є і засобами

відповідальності. Проте засоби відповідальності і спеціальні види забезпечення дещо відрізняються між собою. Перші наділені меншою забезпечувальною силою. Зазнавши збитків, кредитор відшкодовує лише певні витрати по відновленню майна і неодержані доходи.

Спеціальні види забезпечення виконання зобов'язань дають можливість кредитору своєчасно і майже у всіх випадках повністю відновити своє майнове становище. Умови відповідальності при дії забезпечувального зобов'язання мають непряме значення. Додатковий характер забезпечувальних заходів проявляється по-різному (можливість звернути стягнення на заставлене майно, одержання додаткової грошової суми та ін.), але у всіх випадках вони служать додатковим заходом до відповідальності [17, с. 29-30].

Таким чином, основне призначення видів забезпечення виконання зобов'язань полягає у попередженні порушення договірної дисципліни, стимулюванні боржника до належного та реального виконання зобов'язання і створення додаткових можливостей задоволення інтересів кредитора, які впливають із зобов'язання.

Слід звернути увагу на те, що у юриспруденції використовується термін „види забезпечення зобов'язання”, а не „види забезпечення обов'язку”. Зобов'язання – це взаємовідносини учасників економічного обігу (товарообігу), врегульовані нормами зобов'язального права, тобто один із різновидів цивільних правовідносин, зміст якого становлять певні права та обов'язки його учасників. Обов'язок, у свою чергу, - це міра необхідної поведінки зобов'язаної особи. Коли мова йде про види забезпечення зобов'язань, законодавець має на увазі забезпечення правовідношення в цілому, а не конкретної поведінки особи.

Крім того розбіжності виникають при аналізі співвідношення понять „забезпечення виконання зобов'язання” і „забезпечення виконання договору”. Як зазначає О. Герасименко, „у юридичній літературі найчастіше нівелюється розходження між цими поняттями, вони вживаються як

синонімічні” [18, с.64]. Разом з тим не можна не погодитись з авторами, які зазначають, що суб’єктами зобов’язання виконуються не договори, а саме зобов’язання [19, с. 178]. Тому найбільш вдалим вважається застосування терміну „забезпечення виконання зобов’язань”.

У юридичній літературі зустрічаються вирази: „спосіб забезпечення” [20], „вид забезпечення” [21] та „засіб забезпечення” [22]. Відповідно до визначення, яке дає новий тлумачний словник української мови **спосіб** – 1) певна дія, прийом або система прийомів, яка дає можливість зробити щонебудь, досягти чогось; 2) те, що служить знаряддям, засобом і т. ін. у якій-небудь справі, дії. **Засіб** – 1) спосіб, прийом, захід, якась спеціальна дія, що дає можливість здійснити щось; 2) те, що служить знаряддям у якійсь дії, справі. **Вид** – 1) окрема галузь роботи, заняття, різновид у ряді предметів, явищ і т. ін.; тип; 2) підрозділ, що об’єднує ряд предметів, явищ за спільними ознаками і входить до складу загального вищого розділу – роду [23]. Законодавець використав термін „види забезпечення виконання зобов’язання” (ст. 546 ЦК України).

Види забезпечення виконання зобов’язань є одним із засобів підвищення майнової відповідальності перш за все учасників договірних зобов’язань. Вони дають кредитуру можливість пред’явити вимоги, які впливають із зобов’язань не тільки до боржника, але й до третьої особи (поручителя, гаранта).

Вивчення видів забезпечення зобов’язань здійснювалось цивілістичною наукою в процесі дослідження динаміки зобов’язань, а також у зв’язку з розглядом прав та обов’язків учасників зобов’язань. Серед видів забезпечення договорів протягом значного періоду часу на першому місці була клятва: „Правитель „цілуванням” бажаний мир скріпив”. Потім до неї приєдналось скріплення договору особистою печаткою. Іншою поширеною формою забезпечення була застава людей, цінностей чи території. Поряд із заставою у середні віки знали й інститут гарантії договору зі сторони третіх осіб [24, с.56].

Проте, ще до появи сучасних видів забезпечення належного виконання зобов'язання досить поширеним стимулом для боржника, як вказує І.О. Покровський, було заложництво: особа зобов'язана до виконання чого-небудь (сплати штрафу і т. д.), надавала протилежній стороні заложника, який і був потім порукою. Надання заложника переносило всю відповідальність на останнього: при невиконанні зобов'язання основний боржник залишався осторонь, а вся відповідальність покладалась на заложника; він підлягав повному свавілля кредитора, який міг його вбити продати чи утримувати у себе в якості раба [25, с. 238-240].

Із вище сказаного випливає, що зобов'язання розглядалось як особистий зв'язок між кредитором і боржником. Подальший розвиток зобов'язальних відносин характеризувався тим, що особиста відповідальність боржника спочатку послаблюється, а згодом повністю знищується. Іншими словами, особиста відповідальність боржника та заложника втрачає своє значення, а на перший план виступає майнова сторона.

Слід зазначити, що вчення про види забезпечення зобов'язань було започатковане ще римськими юристами. Зокрема, римському праву були відомі такі види забезпечення виконання зобов'язань як застава, завдаток, штрафна стипуляція (неустойка), порука [26, с. 153-154].

Антуан Маленіца до засобів забезпечення зобов'язань відносить поруку, штрафну стипуляцію і банківську поруку [27, с.266-270].

Проте, як відомо, ознаками римського права є, зокрема, його конкретність і практичність. „Якщо римський юрист і висловлює загальне положення, то робить це на основі конкретного випадку. Звичайно, римські юристи залишили нам і збірники загальних правил (інституції, правила, дигести), але ці збірники є лише подальшою обробкою і узагальненням висновків конкретних судових справ” [28, с. 8]. Тому загального вчення про види забезпечення виконання зобов'язань римські юристи не створили. Але, як зазначив В.М. Хвостов „римське право надало матеріал для досить важливих розділів сучасних цивільних кодексів ...” [29, с. 11].

У зв'язку з рецепцією римського права інститут забезпечення виконання зобов'язань поширився в багатьох європейських країнах. З середини ХІХ ст. він стає об'єктом дослідження російських, а згодом і радянських цивілістів.

В дореволюційній юридичній науці проблема загального поняття забезпечення зобов'язань не викликала прискіпливої уваги. Як зазначає Б.М. Гонгало „висловлювання з цього приводу, як правило, вкрай лаконічні і або зроблені в ході обговорення інших юридичних проблем, або покликані служити вступом до характеристики окремих способів забезпечення зобов'язань” [30, с. 10].

Д.І. Мейєр називав способами забезпечення договорів створювані юридичною практикою штучні прийоми для надання зобов'язальному праву тієї твердості, якої бракує йому внаслідок його природи [31, с. 179]. Забезпечення знаходить своє відображення в тому, що зобов'язання боржника у випадку його неспроможності розширюється, стає більш обтяжливим, ніж за самим договором, зобов'язання у випадку неспроможності боржника поширюється на інших осіб.

І як правильно зазначив С.В. Пахман „...зобов'язання за своєю природою потребують застосування засобів, які б гарантували їх виконання; повсюди раніше чи пізніше створюються ті чи інші засоби, які спрямовані проти неспроможності за зобов'язаннями і служать або спонуканням до їх виконання, або навіть повною гарантією виконання” [32, с. 77-78].

Із вище сказаного можна зробити висновок, що і Д.І. Мейєр, і С.В. Пахман констатують нестійкість зобов'язальних прав порівняно з правами речовими. У зв'язку з цим виникає необхідність забезпечення зобов'язань. Види забезпечення розглядаються як штучні засоби, тобто між матеріальним змістом забезпечуваних зобов'язань та цими прийомами відсутній органічний зв'язок. Виникнення видів забезпечення зобов'язань пов'язується з формуванням юридичних понять, розвитком правової науки.

Г.Ф. Шершеневич вказував, що зобов'язання дає право вимагати, але не примушувати до виконання дії, обіцяної боржником. Якщо з його боку немає

і не може бути будь-якого забезпечення в тому, що встановлене зобов'язання буде точно виконане, то принаймні необхідно забезпечити вірителю той майновий інтерес, який для нього пов'язується із зобов'язанням [33, с. 290].

І.А. Покровський розглядає проблему забезпечення зобов'язань у зв'язку з критикою широко розповсюдженого погляду, згідно з яким єдиним наслідком невиконання зобов'язання може бути тільки стягнення збитків. І.А. Покровський не погоджувався з цією думкою і вважав, що для примушування до виконання „найбільш ідеальним засобом був би такий, який надав би кредитору саме те, що складає зміст зобов'язання, і там, де це технічно можливо праву немає жодних підстав відмовлятися від виконання *in natura*. Лише там, де це неможливо або з тих чи інших причин недоцільно, необхідно задовольнятися засобами непрямими. І не варто при цьому забувати, що грошове стягнення є прямим задоволенням кредитора тільки у тих випадках, коли зміст зобов'язання полягав у певній грошовій сумі; у всіх інших воно виступає додатковим засобом для спонукання боржника і сурогатом виконання для кредитора” [25, с. 242-243].

Ми погоджуємось з твердженнями вчених, які обґрунтовують необхідність застосування спеціальних засобів для забезпечення виконання зобов'язань в натурі. Кредитор має право вимагати виконання боржником певної відомої дії. Саме для забезпечення його права повинні використовуватись спеціальні заходи, передбачені законом або договором.

В умовах соціалістичного господарства види забезпечення зобов'язань набули важливого значення, оскільки зобов'язання спрямовувались на виконання народногосподарського плану, на задоволення матеріальних і культурних потреб громадян. У реальному та належному виконанні зобов'язань були зацікавлені не тільки самі учасники договорів, але й все соціалістичне суспільство.

Головним завданням цивільного права у той час було забезпечення належного виконання договірних зобов'язань. Як зазначає В.С. Константинова: „Тільки комплексне вирішення трьох проблем:

моральної, правової та економічної – може забезпечити своєчасне та якісне виконання договірних зобов'язань. Законодавець, вирішуючи ці проблеми, встановлює різного роду моральні стимули, регламентує права, обов'язки та майнову відповідальність у правових приписах, пов'язує дані питання з економічним змістом, з кінцевою метою – підвищенням ефективності суспільного виробництва” [17, с. 19].

У цей період виділяли дві групи забезпечувальних заходів: загальних (основних), які могли застосовуватись з метою спонукання до виконання всіх без винятку зобов'язальних правовідносин, і спеціальні (додаткові), які могли застосовуватись не до всіх, а лише до тих зобов'язань, для яких вони спеціально встановлені законом або домовленістю сторін [30, с. 15].

В якості видів забезпечення виконання зобов'язань передбачалися завдаток, неустойка, порука, застава. Із них найбільшого розповсюдження набула неустойка, причому в подальшому у відносинах державних підприємств вона набула значення навіть обов'язкової умови договору.

Не дуже широка сфера застосування поруки як форми забезпечення зобов'язання. У практиці арбітражних комісій частіш за все зустрічається близька до неї форма забезпечення на основі відносин за так званим договором робочого кредитування.

Установа, яка підписувала такий договір, давала гарантію виконання боргового зобов'язання за кредитом зі сторони колективу працівників або окремих членів останнього. При цьому установа приймає у більшості випадків на себе обов'язок фактичного збору відповідних внесків з окремих боржників – своїх працівників і передачу їх підприємству-кредитору [34, с. 209-210].

У 1963 році ЦК УРСР [35] доповнив перелік способів забезпечення зобов'язань гарантією. Інші способи не передбачались. Очевидною причиною цього була та обставина, що норма статті ЦК УРСР мала імперативний характер. Спеціальні способи надавали кредитору можливість своєчасно і майже у всіх випадках повністю відновити свій майновий стан.

Отже, забезпечення означає надання кредиторю додаткових прав для того, щоб дати йому більшу впевненість у здійсненні свого права вимоги.

Забезпечення зобов'язання будь-яким із видів також створює додаткові зобов'язальні відносини між кредитором і боржником (чи іншою особою, яка забезпечує зобов'язання боржника), які встановлюються як в самому договорі, так і в додатковому договорі [36, с. 46]. Але це зобов'язання особливого характеру, його специфіка полягає у додатковому (акцесорному) характері щодо забезпечуваного зобов'язання.

Ознаками акцесорного характеру зобов'язання, яке забезпечує виконання основного, є наступні правила:

- недійсність основного зобов'язання спричиняє недійсність правочину щодо його забезпечення, якщо інше не встановлено ЦК України (ч. 2 ст. 548);
- недійсність правочину щодо забезпечення виконання зобов'язання не спричиняє недійсність основного зобов'язання (ч. 3 ст. 548);
- припинення основного зобов'язання, як правило, тягне і припинення його забезпечення (ст. ст. 559, 568, 593).

До неакцесорних видів забезпечення виконання цивільно-правових зобов'язань належить гарантія, так як 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 (ст. 562 ЦК України).

Враховуючи викладені ознаки, види забезпечення виконання зобов'язань можна визначити, як передбачені законом або договором спеціальні заходи майнового характеру, що стимулюють належне виконання зобов'язань боржником шляхом встановлення додаткових гарантій задоволення вимог (інтересів) кредитора.

У юридичній літературі види забезпечення виконання зобов'язань класифікуються за різними ознаками: за юридичною конструкцією; за

правовою природою; за сферою дії; за відношенням виду забезпечення до основного зобов'язання; за обсягом відповідальності.

О.С. Йоффе за юридичною конструкцією способи забезпечення зобов'язань поділяв на пов'язані і непов'язані з попереднім виділенням майна для примусової реалізації обов'язку порушника. До перших належать застава і завдаток, до других – неустойка, порука, гарантія [37, с. 156].

До недавнього часу найбільш поширеною в юридичній літературі була легальна класифікація: способи, які можуть застосовуватись у відносинах між будь-яким суб'єктами (неустойка, застава, порука), у відносинах тільки за участю громадян (завдаток) і у відносинах лише між юридичними особами (гарантія) [38, с. 173]. На сьогоднішній день дана класифікація втратила значення, оскільки можливість використання того чи іншого виду забезпечення виконання цивільно-правових зобов'язань не залежить від суб'єктного складу забезпечуваного зобов'язання.

В.А. Белов поділяє види забезпечення виконання зобов'язань на стимулюючі (неустойка і завдаток), гарантуючі (порука, гарантія, застава майна третьої особи) та універсальні (застава та притримання) [39, с. 68].

Класифікувати забезпечувальні зобов'язання можна за іншими критеріями, зокрема за механізмами їх реалізації. За цим критерієм розрізняють:

- забезпечення виконання зобов'язань шляхом звернення стягнення на майно боржника (застава);
- забезпечення виконання зобов'язань шляхом звернення грошових стягнень (неустойка, завдаток);
- забезпечення виконання зобов'язань шляхом притримання майна боржника;
- забезпечення виконання зобов'язань шляхом притягнення до відповідальності третіх осіб (порука, гарантія) [40, с. 660].

Існують ще й інші підстави для класифікації видів забезпечення зобов'язань на певні види. Так залежно від особи, яка надає забезпечення всі види забезпечення можуть бути поділені на:

- види, де забезпечувальне зобов'язання надається і в разі необхідності виконується боржником;
- види, де забезпечувальне зобов'язання надається і виконується третьою особою [41, с. 13-14].

При застосуванні поруки та гарантії виконання зобов'язання завжди забезпечує третя особа (поручитель, гарант).

С.В. Сарбаш пропонує кваліфікацію видів забезпечення зобов'язань, яка має важливе практичне значення. Всі види забезпечення він поділяє на декілька груп.

Перша група утворюється за ознакою настання невігідних наслідків для несправної сторони (неустойка, завдаток).

Для другої групи характерним є виділення із майна боржника відокремленої частини, на яку у випадку невиконання зобов'язання кредитор може звернути стягнення (застава).

Третя група відрізняється притягненням інших осіб до забезпечення зобов'язання боржника. У цьому випадку такі особи відповідають разом з боржником або замість боржника (порука, банківська гарантія).

Четвертою класифікуючою ознакою є так звані заходи оперативного впливу (притримання) [42, с. 132].

Залежно від характеру забезпечення інтересів кредитора розрізняють:

- 1) речово-правові;
- 2) зобов'язально-правові види забезпечення зобов'язань [16, с. 349-350].

У сучасному праві розроблена система видів забезпечення, покликаних зробити становище кредитора більш надійним, в повній мірі забезпечити виконання зобов'язання боржником. Варто також зазначити, що відповідно

до ч. 2 ст. 546 ЦК України договором або законом можуть бути встановлені інші види забезпечення виконання зобов'язання

Законодавство ряду країн допускає такий вид забезпечення виконання зобов'язань, як гарантійна передача права власності, при якій право власності на певні речі передається кредитору в забезпечення погашення боргу, а при належному виконанні зобов'язання з повернення боргу право власності на речі повертається до боржника [43, с. 196]. У країнах загальної системи права в якості виду забезпечення виконання зобов'язання допускається резервування титулу власності. Так, у ст. 2-401 Уніфікованого Торгового кодексу США вказано, що будь-яке резервування чи утримання продавцем титулу (власності) на товари, поставлені покупцеві, розглядається як збереження забезпечувального інтересу [44, с. 78-79]. Суть резервування права власності полягає у тому, що при оплатній передачі товару право власності на переданий товар зберігається за продавцем, постачальником до тих пір, доки не буде виконане основне зобов'язання покупця з оплати одержаної речі і збитків, які виникли в результаті невиконання, часткового чи неналежного виконання зобов'язань боржником [45, с. 19].

Значне поширення у договірній практиці суб'єктів цивільного права одержало використання різних конструкцій попереднього договору як засобу забезпечення виконання зобов'язань. Йдеться про попередні договори купівлі-продажу, цесії, оренди, довірчого управління тощо [1, с. 55].

Варто зазначити, що вибір будь-якого виду забезпечення виконання зобов'язань залежить від вибору кредитора та від сутності самого зобов'язання. Наприклад, для зобов'язань, які виникають із договору позики чи кредитного договору, найбільш привабливим є такі види як застава, гарантія та порука.

Відповідно до чинного цивільного законодавства гарантія є одним із видів забезпечення виконання цивільно-правових зобов'язань, передбачених ст. 546 ЦК України. Проте у літературі до цього часу відсутня єдність думок щодо виникнення та розвитку інституту гарантії у вітчизняному

законодавстві. Більшість авторів вважають гарантію принципово новим інститутом цивільного права [46, с. 475]. Прихильником протилежної точки зору є О.М. Олійник, яка вважає, що „гарантія ... як один зі способів забезпечення зобов'язань ... давно відома російському і руському цивільному праву” [47, с. 64].

Слід відмітити, що для кредитора за основним зобов'язанням важливим є не тільки наявність забезпечення, але й його надійність. Як відмічав Г.Ф. Шершеневич „не дивлячись на свою поширеність, завдаток і неустойка не завжди здатні досягнути мети забезпечення зобов'язання. Якщо страх перед неустойкою є спонуканням до виконання зобов'язання, то дія її полягає у залежності від можливості для боржника взагалі виконувати свої зобов'язання. Коли майнове становище його розхиталось, то боржник не може сплатити ні основної суми, ні неустойки. Завдаток є ще менш досконалим засобом забезпечення, тому що сума завдатку буває зазвичай невеликою, інакше її видача була ускладненою, а проте, якщо для боржника ухилення від основного зобов'язання є вигідним, то він охоче пожертвує завдатком” [33, с. 295].

Застосування поруки не є особливо надійною для сторін, так як необхідно перевірити репутацію та платоспроможність поручителя. Найвигіднішим для кредиторів є такі види забезпечення виконання зобов'язання, де поручителем або гарантом виступає банк, оскільки він може здійснювати виплати значних грошових коштів. Проте для банків не завжди зручно виступати поручителями, так як вони не можуть собі дозволити вникати у взаємовідносини між кредитором і боржником, а дана умова є обов'язковою для поручителя, так як він заміняє неспроможного боржника і замість нього вступає у відносини з кредитором.

У вітчизняному законодавстві можна виділити три основних часових періоди трактування поняття гарантії: 1) період до прийняття ЦК УРСР 1963 р.; 2) період дії ЦК УРСР 1963 р.; 3) дія ЦК України 2003 р.

У радянському цивільному законодавстві 20-40-х років засобами забезпечення зобов'язань вважались застава, неустойка, завдаток та порука [9, с. 94].

І.Б. Новицький писав, що теорія та практика цивільного права трактували гарантію як ручательство за позитивне завершення якої-небудь справи, за настання чи ненастання певної обставини [48, с. 11]. При цьому під ручательством розумілось визначене договором (договором гарантії) зобов'язання здійснити будь-яке виконання у випадку настання чи ненастання певної умови. Таке зобов'язання носило самостійний характер і могло не розглядатись як вид забезпечення виконання зобов'язань [49, с. 25].

До видання постанови Ради Міністрів СРСР та ЦК КПРС від 21 серпня 1954 р. № 1789 „Про роль і завдання Державного банку СРСР” [50] гарантія як вид забезпечення виконання зобов'язань по банківському кредитуванню не була законодавчо закріплена, а в юридичній літературі в основному розглядалась як різновид поруки. Згодом гарантію як окремий вид забезпечення зобов'язань було визначено у ст. 35 „Основ цивільного законодавства Союзу РСР та радянських республік” 1961 р. [51].

У ЦК УРСР 1963 р. гарантія визнавалась одним із видів забезпечення зобов'язань. Відповідно до ст. 196 ЦК УРСР гарантії видавались одними організаціями в забезпечення погашення заборгованості інших, якщо інше не встановлено законодавством Союзу РСР і Української РСР. Гарантія представляла собою договір, за яким соціалістична організація (гарант) зобов'язувалась нести майнову відповідальність перед кредитором підлеглої їй організації за невиплату боргу [52, с. 332]. Проте гарантія не мала самостійного характеру. Вона виступала сурогатом поруки, яка була адаптована до умов планової централізованої економіки. Фактично правовий режим застосування забезпечувальних механізмів передбачав субсидіарне застосування правил, які регулювали поруку (ст. ст. 191 і 194 ЦК УРСР).

Проте гарантія, на відміну від поруки, встановлювалась лише у відносинах між соціалістичними організаціями. При цьому гарантом

виступала лише вищестояща організація, яка брала на себе відповідальність за виконання зобов'язання нижчестоящою організацією. Згідно з правилами про кредитні операції в Державному банку Держбанку надано право переводити відстаючі підприємства на особливий режим кредитування, при якому банк видає позички тільки під гарантійні зобов'язання вищестоящої організації. Договір гарантії між установою банку та вищестоящою організацією підприємства, об'єднання чи організації-позичальника, як правило, укладався при одержанні кредиту на тимчасове поповнення недостатчі власних оборотних коштів підприємствами, об'єднаннями чи організаціями, які у зв'язку з невиконанням планів і завдань переведені на особливий режим кредитування [53, с. 501].

Договір гарантії у цих випадках оформлявся шляхом направлення організацією-гарантом відповідній установі банку гарантійного листа встановленої форми [54 с. 506]. Факт його видачі свідчив, що договір укладений у письмовій формі. Договір гарантії консенсуальний, односторонній, безоплатний.

Відповідно до Інструкції Державного банку СРСР „Про порядок кредитування виробничих об'єднань, підприємств і господарських організацій під товарно-матеріальні цінності, затрати виробництва та на інші цілі” від 29.05. 1975 р. гарантійні листи зберігалися за місцем знаходження рахунку гаранта. Повернення цих листів здійснювалося за розпорядженням управліннь (відділів), які приймали гарантійні листи, після погашення кредитів, виданих під гарантію вищестоящих органів господарського управління, або усунення причин, які були підставою для видачі гарантії [55].

Така гарантійна відповідальність мала місце і в тому разі, коли контрагентом за договором була вищестояща організація, а договір виконувався нижчестоящою організацією. Наприклад, трест укладав договір на постачання його підприємства якимись матеріалами, райспоживспілка закуповувала товари для сільського споживчого товариства. Платив за матеріали або товари безпосередньо їх одержувач, тобто нижчестояща

організація, але гарантійну відповідальність за оплату рахунків брала на себе вищестояща організація (трест або райспоживспілка) в силу того, що вона є стороною за договором [56, с. 311].

Зміст гарантійного зобов'язання складало право вимоги кредитора до організації-гаранта погасити несплачену суму, а організація-гарант, у свою чергу, зобов'язана задовольнити пред'явлену вимогу. Якщо ж організація-гарант відмовлялась добровільно погасити борг, то банк мав право своїм розпорядженням здійснити погашення несплаченої боржником суми з рахунку організації-гаранта.

Крім того в силу гарантійного зобов'язання Держбанк мав право своїм розпорядженням, без попереднього попередження гаранта, провести погашення несплаченої боржником позики з розрахункового або будь-якого іншого рахунку гаранта (міністерства, головного управління, тресту). Суми, які стягувались з гаранта, звертались безпосередньо на погашення заборгованості за позикою [57, с. 37]. Проте Держбанк міг провести дане стягнення лише в тому випадку, коли не було можливості погасити заборгованість з розрахункового рахунку боржника (підприємства).

Якщо з рахунку гаранта було знято більше коштів, ніж необхідно, то різниця зараховувалась на розрахунковий рахунок боржника і йшла на поповнення оборотних засобів боржника.

Проте слід зазначити, що такі відносини мали негативний вплив на розвиток економіки. Це пояснюється тим, що багато організацій перебували в ролі утриманців вищестоящої організації. І як вірно вказує Д.М. Гриджук, „з одного боку, це стримувало ініціативу організації, за яку надано гарантію, а з іншого – це суперечило всім ринковим законам. Адже якщо підприємство неперспективне й неплатоспроможне, то воно має бути ліквідоване, а не продовжувати існування за кошти вищестоящої організації” [41, с.56].

Виникнення гарантії як виду забезпечення виконання зобов'язань було обумовлене тим, що деякі позики, які видавались установами банків, за своїм характером не могли забезпечуватись заставою товарно-матеріальних

цінностей. З метою забезпечення їх виконання і введена гарантія, яка подібна до поруки, яка не може застосовуватись до даних відносин, так як це суперечило б принципу самостійної матеріальної відповідальності юридичних осіб, призводило б до послаблення фінансового контролю за розподілом грошових коштів [15, с. 59].

Процес формування гарантії нового типу проходив паралельно в багатьох країнах, причому в кожній з них він відбувався децентралізовано. Тому враховуючи загальні риси, властиві гарантії, багато питань залишились невирішеними. Не завжди було відомо, які правові наслідки видачі банками гарантійних документів.

Зародження сучасного поняття гарантії, як незалежного від основного зобов'язання, зазвичай пов'язують із шістдесятима роками і внутрішнім американським ринком. Вперше банківська гарантія з'явилась у комерційному обороті у США в середині 60-х років минулого століття, де вона прийняла форму так званого резервного акредитиву, після чого з початку 70-х років банкіри швидко ввели її в комерційну практику у зв'язку з розширенням міжнародних зв'язків і збільшенням кількості та сум міжнародних платежів. Різкий ріст значення даного виду забезпечення пов'язується з реалізацією західними фірмами інвестиційних проектів на Близькому Сході в таких галузях, як будівництво доріг, аеропортів, розвиток сіток комунікацій та ін. Реалізація даних проектів вимагала максимально надійного і ліквідного забезпечення. У зв'язку з цим виникла потреба у правовому інструменті, який би допомагав без значних зусиль і без втрати часу відшкодовувати шкоду, завдану невиконанням сторонами своїх зобов'язань за договором.

Н.Ю. Рассказова вказує на наступне: „Банки не хочуть тратити час і сили на наступні спори з клієнтом про те, чи був платіж обов'язковим і чи є у банку право на регресні вимоги. Важливо і те, що серйозні банки, намагаючись створити навколо своєї діяльності атмосферу довіри, інстинктивно стороняться судових процедур. Банки цікавляться лише одним:

вигідно продати свій товар – гроші, і одержати компенсацію з зацікавленої особи – принципала” [58, с. 10].

Таким чином виникла необхідність у новому виді забезпечення виконання зобов'язань. Таким інструментом стала гарантія, яка знаходить своє застосування у різних сферах господарської діяльності. Зокрема сюди відносяться тендери, забезпечення виконання різноманітних договорів, а також сфера митних відносин. Крім того, як вірно вказує І.Д. Мамонова суб'єктами гарантійного зобов'язання можуть виступати фінансово стабільні підприємства або спеціальні установи, які володіють коштами [59, с. 321].

У зв'язку з тим, що процес формування гарантії як інституту цивільного права відбувався паралельно у багатьох країнах, по-різному в сучасному комерційному обороті називаються гарантійні документи. В Європі переважно використовується термін “гарантія”. У Німеччині часто говорять про „гарантію” („Garantie”), у Франції та Італії про „банківську гарантію” („Garantie de banque”, „Garanzie bancarie”). В Англії користуються терміном „гарантія” (Guarantee”), але також і такими назвами, як „незалежна гарантія” (Independent guarantee”), „безвідклична гарантія” („Irrevocable guarantee”), „безумовна гарантія” („Unconditional guarantee”) „гарантія на вимогу” („Demand guarantee”) „гарантія на першу вимогу” („First demand guarantee”), „гарантійний акредитив” („Guarantee letter of credit”). В інших країнах англосаксонського права зустрічаються назви, які не використовують термін „гарантія”, зокрема, „відшкодування шкоди”, („Indemnity”) „платіжне зобов'язання” („Payment undertaking”), „зобов'язання” („Bond”), „зобов'язання, яке стосується виконання договору” („Performance bond”) та ін.

Варто зазначити, що банки США за загальним правилом не мають права видавати гарантії. Тому цей інститут одержав назву „резервний акредитив” або скорочено „резервний кредит”. У літературі відмічається ідентичність або висока ступінь подібності банківської гарантії і „резервного кредиту”. Відмінності між гарантією та резервним кредитом не правові, а лежать у

сфері практики і ділової термінології [60, с. 59]. Так, якщо гарантія застосовується виключно з метою забезпечення зобов'язання і виплата проводиться тільки при його порушенні, то з акредитиву суми платежу списуються у будь-якому випадку при виконанні умов акредитиву. У США „резервні кредити” використовуються не тільки в сфері банківської гарантії, а в більш широких галузях комерційної та фінансової діяльності.

Проте, не дивлячись на досить часте використання в міжнародному обігу, банківська гарантія не має спеціального регулювання в національному законодавстві практично всіх країн світу (за винятком США, Росії, України та деяких інших країн світу). У регулюванні гарантійних відносин важливу роль відіграють звичаї ділового обороту.

Труднощі, які виникають як наслідок спонтанності процесу формування гарантії нового типу, набули особливо серйозного значення у ситуаціях, ускладнених міжнародним елементом. Гостро відчувається, що національні відмінності права і практики, що стосуються гарантії, стають гальмом функціонування сучасної ринкової економіки [60, с. 58-59].

Вирішення завдання по досягненню міжнародної узгодженості при правовому регулюванні банківської гарантії взяли на себе Міжнародна Торговельна Палата (МТП) (м. Париж) та ООН. МТП розробила два зводи уніфікованих правил. Перший опублікований у 1978 році і отримав назву „Уніфіковані правила для договірних гарантій” [61]. Другий був прийнятий у 1992 році і названий „Уніфіковані правила для гарантій на вимогу” [62]. Хоча ці Правила відділені одні від одних всього лиш 13 роками, вони присвячені двом різним типам гарантії. Правила 1978 року мають справу з традиційною гарантією, а Правила 1992 року оперують гарантією нового типу. Остання почала поширюватись у той момент, коли МТП працювала над Правилами 1978 року. В результаті Правила МТП 1978 року не мають значного успіху у практиці.

Уніфіковані правила 1978 року не містили визначення гарантії, а лише включали визначення деяких різновидів банківських гарантій, таких як

тендерна гарантія, гарантія виконання та гарантія повернення платежів. Дані правила підлягали застосуванню у тому випадку, коли сторони зовнішньоторговельної угоди у самій гарантії вказали це.

Головною особливістю Уніфікованих правил 1978 р. було регулювання порядку виконання зобов'язання гаранта перед бенефіціаром, згідно з яким переваги було надано захисту інтересів гаранта від можливої недобросовісної поведінки бенефіціара. Автори Уніфікованих правил в якості головного завдання ставили протидію зловживанням зі сторони бенефіціарів при вимогах про оплату за гарантіями. Відповідно до ст. 8 разом з претензією за гарантією необхідно було представляти документацію, вказану у гарантії або в даних Правилах. Якщо в гарантії документація, яка обґрунтовує претензію, не вказувалась, то бенефіціар повинен був представити документи, вказані у ст. 9 Правил, а саме для тендерної гарантії – заяву з вказівкою про невиконання принципалом своїх обов'язків, а для гарантії виконання чи гарантії повернення платежів – рішення суду чи арбітражу, яке задовольняє позов, чи письмову згоду принципала з претензією і з сумою, які підлягає виплаті. Фактично це означає, що бенефіціару необхідно пройти шлях судового розгляду спору для одержання платежу за гарантією. Отже, Уніфіковані правила для договірних гарантій не позбавляли гарантів від необхідності вникати в суть спорів між бенефіціарами та принципалами, а бенефіціари не отримували можливості відшкодувати свої збитки у короткі проміжки часу.

Саме тому необхідний був інший документ, який би регламентував відносини за гарантією відповідно до потреб учасників господарського обороту. Таким документом стали Уніфіковані правила для гарантій на вимогу, видані МТП у 1992 році, в яких „були втілені колективні знання і досвід національних комітетів Міжнародної Торговельної Палати, комерційних компаній та окремих спеціалістів всього світу” [63, с. 48].

Автори Уніфікованих правил 1992 року переслідували мету мінімізації часу з моменту настання шкоди до моменту її відшкодування. Дані Правила проголошують незалежність банківської гарантії від основного договору.

Уніфіковані правила 1992 року для гарантій на вимогу в більшій мірі відображають практику використання платіжних гарантій і в той же час зберігають ціль перших Правил – урівнювати інтереси різних сторін і не допускати зловживань при вимозі платежів за гарантіями. В Уніфікованих правилах були втілені знання і досвід національних комітетів МТП, комерційних компаній і окремих спеціалістів усього світу. Дані Правила пропонується застосовувати в усьому світі при використанні платіжних гарантій, зобов'язань (bonds) та інших платіжних зобов'язань, за якими обов'язок гаранта чи емітента здійснити платіж впливає із пред'явлення письмової вимоги і будь-яких інших документів, вказаних у гарантії, і не ставиться у залежність від фактичного невиконання принципалом своїх зобов'язань за основним договором. Пріоритет у даному випадку на стороні бенефіціара, який має можливість при будь-якому невиконанні зобов'язання боржником звернутись до гаранта з письмовою вимогою про сплату грошової суми.

Зміна підходу у правовому регулюванні питання реалізації бенефіціаром своїх прав за гарантією була обумовлена вимогами міжнародного обігу товарів і послуг, де всі сторони зацікавлені у максимальному прискоренні виконання контрактів. Проте Уніфіковані правила 1992 року також мають факультативне значення, оскільки вони можуть застосовуватись тільки у випадку прямої вказівки на них у самій гарантії.

Слід зазначити, що Уніфіковані Правила МТП для гарантій на вимогу 1992 р. є уніфікованими звичаями і не мають статусу міжнародних договорів. Тому, відповідно до ст. 9 Конституції України [64] та Закону України „Про міжнародні договори України” [65], ст. 10 ЦК України, вони не є частиною

національного цивільного законодавства. У зв'язку з цим при спробі їх застосування на території України можуть виникати певні труднощі.

Варто також зазначити, що норми ЦК України присвячені гарантії, були розроблені на підставі Уніфікованих правил 1992 року. Проте при розробці ЦК України був врахований не тільки міжнародний досвід, але й особливості вітчизняного цивільного обігу. У зв'язку з цим деякі положення Уніфікованих правил 1992 року не ввійшли у ЦК України, а також у Кодексі з'явилися норми, яких немає в Уніфікованих правилах МТП 1992 року.

Так, згідно з п. „а” ст. 2 Уніфікованих правил для гарантій на вимогу гарантом може виступати банк, страхова компанія або будь-яка інша юридична чи фізична особа.

Із визначення гарантії, яке дається у ст. 560 ЦК України випливає, що гарантом може бути тільки банк, інша фінансова установа, страхова організація.

Таким чином, очевидно є відмінність у підходах до визначення кола суб'єктів за міжнародним і національним законодавством.

До обов'язкових умов гарантії, вказаних у ст. 3 Уніфікованих правил для гарантій на вимогу 1992 року належать: найменування гаранта, принципала, бенефіціара; вказівка на основний контракт, в якому передбачена необхідність видачі гарантії; максимальна грошова сума, яка підлягає виплаті і валюта платежу; строк гарантії та ін. умови. Чинний ЦК України такого переліку умов гарантії не містить.

Відповідно до п. „б” ст. 2 Уніфікованих правил для гарантій на вимогу 1992 року обов'язком гаранта є сплата грошової суми, вказаної в гарантії, після пред'явлення письмової вимоги про сплату та інших документів, вказаних у гарантії, які за зовнішніми ознаками відповідають умовам, зазначеним у гарантії.

Згідно з ч. 3 ст. 565 ЦК України, якщо гарант після пред'явлення до нього вимоги кредитора дізнався про недійсність основного зобов'язання або про його припинення, він повинен негайно повідомити про це кредитора і

боржника. Повторна вимога кредитора, одержана після такого повідомлення, підлягає задоволенню.

Крім вище вказаних відмінностей національного законодавства від міжнародного регулювання, можна відмітити і такі виключно національні правила, як норми про сплату винагороди гаранту, про регресні вимоги до принципала та деякі інші. Дані норми були введені у ЦК України не випадково, а згідно з традиціями вітчизняного правового регулювання і потребами внутрішнього обігу.

ООН розпочала роботу в сфері міжнародної уніфікації правил про банківську гарантію у 1990 році. Комісія ООН з права міжнародної торгівлі (ЮНСІТРАЛ) взяла на себе роботу по розробці повноцінної міжнародної Конвенції, яка мала б статус закону у державах, які до неї приєдналися. Перший, невдалий проект документу (Project for Guarantees and Securities as Related to International Payments) з'явився ще у 1970 р. Подальша робота була відновлена лише у 1988 р. Тоді планувалось розробити модельний закон, який повинен був служити еталоном для держав, які приєдналися, у розробці відповідних національних законів (проект називався UNCITRAL Uniform Law on International Guaranty Letters). Згодом проекту було вирішено надати статус міжнародної конвенції прямої дії [66, с. 54].

Конвенція ООН про незалежні гарантії і резервні акредитиви [67] була підписана 11 грудня 1995 р. у Нью-Йорку і вступила в силу 1 січня 2000р. Конвенцію підписали такі держави: Еквадор, Ель-Сальвадор, Кувейт, Панама, Туніс, США та Білорусь.

Відповідно до ст. 2 Конвенції ООН про незалежні гарантії і резервні акредитиви для цілей даної Конвенції зобов'язання означає незалежне зобов'язання, під котрим у міжнародній практиці розуміється незалежна гарантія чи резервний акредитив і яке видається банком або іншою установою, чи особою („гарантом/емітентом”), сплатити бенефіціарові певну суму за простою вимогою або за вимогою з представленням інших документів відповідно до будь-яких документарних умов зобов'язання, які

вказуються чи з котрих впливає, що платіж має бути проведений через невиконання будь-якого зобов'язання або настання іншого зобов'язання, чи в сплату за позичені або авансовані грошові кошти, чи як платіж будь-якої строкової заборгованості принципала або іншої особи [67].

До прийняття Конвенції відносини, пов'язані з банківською гарантією, у міжнародній комерційній практиці регулювались лише загальними нормами міжнародного приватного права, діловими звичаями та іншими документами, які не можна назвати міжнародним договором чи законом. Конвенція ООН відображає міжнародну практику застосування видів забезпечення зобов'язань, у тому числі банківської гарантії. Головна відмінність Конвенції від Уніфікованих правил 1992 року полягає у тому, щоб сконструювати уніфіковані норми, які охоплюють не тільки банківську гарантію, але й “резервний кредит”, який застосовується у США.

Конвенція ООН буде застосовуватись до зобов'язання у випадках:

- 1) якщо це прямо передбачено в зобов'язанні або іншим чином узгоджено між гарантом і особою, на користь якої вона видана (бенефіціаром);
- 2) якщо комерційне підприємство гаранта, під яким у міжнародній практиці розуміється місце знаходження головної контори юридичної особи, а також його представництва, філії знаходяться у державі, яка домовляється;
- 3) в інших випадках, коли правом, яке застосовується, є право держави, яка домовляється, і сторони прямо не виключили своїм договором застосування Конвенції;
- 4) вимога платежу повинна носити документарний характер, тобто повинна, у крайньому випадку, викладатись у письмовій формі, в тому числі у формі телеграми і телексу [66, с. 54-55].

Відмінність гарантії та акредитиву полягає у меті, яку вони переслідують, а саме: акредитиви виконують функцію платежу, а гарантія – функцію забезпечення виконання зобов'язання. Проте дана відмінність

стосується лише комерційних акредитивів. Специфічна ж форма акредитивів – резервні розглядається деякими авторами як інший термін для позначення гарантії.

У зовнішньоекономічних відносинах промислово розвинутих країн банківські гарантії є досить поширеними. Всі крупні зовнішньо-торгівельні операції на даний час у тій чи іншій формі здійснюються при гарантійній підтримці банків.

Соціально-економічні перетворення, які відбулись в Україні, потягнули за собою суттєву модифікацію змісту суспільних відносин, які регулюються цивільним правом. Докорінно змінилось законодавство. Формується судова практика в ході застосування нового цивільного законодавства.

На сучасному етапі розвитку економіки гарантія як вид забезпечення виконання цивільно-правових зобов'язань може активно використовуватись для регулювання майнового обігу, особливо при кредитуванні. Грошові зобов'язання є базовими у кредитних правовідносинах, від їх виконання залежить надійність та платоспроможність комерційних банків. Тому основне завдання банків при здійсненні кредитування - застрахувати себе від недобросовісних позичальників шляхом застосування правових механізмів, які дозволяють найбільш ефективно забезпечити належне виконання зобов'язань.

1. 2. Поняття, ознаки та функції гарантії

Набрання чинності 1 січня 2004 року Цивільним кодексом України стало початком нового етапу розвитку гарантії як самостійного виду забезпечення виконання цивільно-правових зобов'язань. Цей вид забезпечення полягає в тому, що банк, інша фінансова установа, страхова організація (гарант) гарантує перед кредитором (бенефіціаром) виконання боржником (принципалом) свого обов'язку (ст. 560 ЦК України).

ЦК України виділив гарантію у спеціальний інститут, вихідні положення якого наближені до принципів регулювання банківської гарантії, що склались у міжнародній банківській практиці і перш за все в Уніфікованих правилах для гарантій на вимогу 1992 року, які активно використовуються практично у всіх країнах з розвинутою ринковою економікою. Відповідно до п. „а” ст. 2 Уніфікованих правил гарантія на першу вимогу означає будь-яку гарантію чи платіжне зобов'язання банку, страхової компанії чи іншої юридичної чи фізичної особи, видану у письмовій формі і яка містить зобов'язання виплатити грошову суму у випадку пред'явлення письмової платіжної вимоги, складеної згідно з її умовами, а також інших документів (наприклад, рішення суду).

Необхідно розрізняти економічну та юридичну природу гарантії. Оскільки гарантії властива забезпечувальна функція, то з економічної точки зору гарантія є інструментом, який дозволяє попередити або зменшити розміри негативних наслідків, які можуть наступити у майновій сфері кредитора при невиконанні чи неналежному виконанні зобов'язання боржником. Тобто, як вказує М.В. Волошина, банківська гарантія є забезпеченням виконання зобов'язання, яке полягає у видачі зобов'язання зі сплати певної грошової суми уповноваженим органом [68, с. 41].

За своєю правовою природою гарантія, передбачена ЦК України, подібна до банківської гарантії за російським законодавством. У Росії банківська гарантія також не має значного поширення. В інших країнах

застосування банківської гарантії для забезпечення зобов'язань зустрічається досить часто.

З позиції правозастосовчої практики гарантія необхідна перш за все для забезпечення інтересів кредитора у випадку невиконання зобов'язання боржником. Проте це зовсім не означає, що можна зневажати інтереси боржника та гаранта, які також потребують захисту. Відповідно основною проблемою гарантії є узгодження, компроміс інтересів кредитора, боржника і третьої особи (гаранта) при домінуючому становищі кредитора [69, с. 75].

Гарантії можуть використовуватись для забезпечення виконання будь-яких видів договорів. Варто погодитись з Л.О. Єсіповою у тому, що гарантією можуть бути забезпечені будь-які зобов'язання – як ті, що виникли, так і ті, що мають з'явитися у майбутньому [70, с. 4]. Характерною особливістю гарантії є те, що у взаємних зобов'язаннях вона може забезпечувати виконання зобов'язань будь-якої сторони. Наприклад, за договором купівлі-продажу продавець одночасно є і кредитором, і боржником, так як він має не тільки право вимагати сплати грошової суми за товар, але й зобов'язаний передати його покупцеві. Покупець також є одночасно боржником і кредитором, оскільки він зобов'язаний сплатити за товар, а також має право вимагати від продавця передачі товару. У даному випадку гарантією може забезпечуватись як виконання обов'язку продавця з передачі товару, так і виконання покупцем обов'язку з оплати товару.

Об'єктом гарантійного зобов'язання є дія гаранта по здійсненню платежу на користь бенефіціара після пред'явлення ним письмової вимоги в межах строку дії гарантії. У зв'язку з цим не можна погодитись з думкою, відповідно до якої гарантія – це зобов'язання гаранта на прохання свого клієнта, виконати зобов'язання останнього або відповідати за його виконання в солідарному порядку [71, с. 25]. Таким чином, незалежно від характеру обов'язку принципала за забезпечуваним зобов'язанням (передача речі, виконання робіт, надання послуг чи сплата грошової суми) зобов'язання

гаранта за вітчизняним законодавством носить грошовий характер. На відміну від ЦК України із п. „б” ст. 2 Уніфікованих правил для договірних гарантій впливає, що зобов’язання гаранта за гарантією можуть включати в себе не тільки виплату відповідних грошових сум, але й належне виконання невиконаного принципалом зобов’язання шляхом поставки товарів, виконання робіт, надання послуг.

У літературі мають місце різні оцінки гарантії. С.В. Овсейко відносить банківську гарантію до нових і до того невідомих способів забезпечення виконання зобов’язань, який виник у сфері міжнародної торгівлі і тільки згодом почав проникати у сферу внутрішніх господарських відносин окремих країн, а також в їх національне законодавство [72, с. 2-3].

На думку інших авторів гарантія є модифікацією гарантії, передбаченої цивільним законодавством радянського періоду. Такої думки дотримується А.Л. Меламед [73, с. 570, 573-574]. Проте дану позицію не слід вважати абсолютно вірною, оскільки сучасна гарантія принципово відрізняється від гарантії, яка застосовувалась раніше і яка надавалась при кредитуванні вищестоящим органом, і гарантії як різновиду поруки, передбаченої ЦК УРСР 1963 року. Гарантія за ЦК УРСР 1963 року розглядалась як різновид поруки, пристосованої до адміністративно-командної системи управління економічними відносинами. Сучасна гарантія не має нічого спільного з тією гарантією.

Варто вказати на відмінності гарантії від поруки за ЦК УРСР: 1) порука застосовувалась у відносинах між будь-якими суб’єктами, а для гарантії характерна наявність спеціального суб’єкта – соціалістичної організації; 2) відповідно до ст. 192 ЦК УРСР у разі невиконання зобов’язання боржник і поручитель відповідали перед кредитором як солідарні боржники, якщо інше не встановлене договором поруки. Що стосується гарантії, то чинне на той час законодавство не передбачало солідарної відповідальності гаранта і боржника. Відповідно до ст. 191 ЦК УРСР гарант зобов’язувався перед

банком, що надав кредит іншій особі, відповідати за виконання нею свого зобов'язання за кредитним договором. Отже, гарант несе субсидіарну відповідальність, і тому банк має право вимагати у претензійно-позовному порядку вимагати від гаранта сплати основної заборгованості позичальника та сум процентної ставки за наданий кредит тільки у випадку відсутності у боржника грошових коштів, необхідних для належного виконання зобов'язання [74]; 3) поручитель, на відміну від гаранта, мав право зворотної вимоги до боржника.

Н.С. Ковалевська вважає, що банківську гарантію не можна відносити до абсолютно нових інститутів цивільного права, так як банківські гарантії застосовувались і раніше, але тільки при регулюванні зовнішньоекономічних зв'язків [75, с. 223].

На думку другої групи вчених гарант у гарантійному зобов'язанні має право вказати так званий гарантійний випадок, тобто перелік порушень, з настанням яких виникає підстава для пред'явлення вимоги зі сплати гарантом бенефіціару певної грошової суми. Наявність у гарантії переліку "гарантійних випадків" робить її подібною до договору страхування [76, с. 531]. Відповідно до ч. 1 ст. 16 Закону України „Про страхування” [77] договір страхування – це письмова угода між страхувальником і страховиком, згідно з якою страховик бере на себе зобов'язання у разі настання страхового випадку здійснити страхову виплату страхувальнику або іншій особі, визначеній у договорі страхування страхувальником, на користь якої укладено договір страхування (подати допомогу, виконати послугу тощо), а страхувальник зобов'язується сплачувати страхові платежі у визначені строки та виконувати інші умови договору. Страхування може бути у двох формах. Так, позичальник здійснює добровільне страхування відповідальності за непогашення кредиту і надає банку страховий документ (поліс, договір). Така форма забезпечення кредиту гарантує банку повернення кредитів насамперед від тих позичальників, кредитоспроможність яких в перспективі викликає сумнів.

Проте наявність договору страхування не завжди має на меті забезпечити виконання іншого зобов'язання, наприклад, кредитного договору. За загальним правилом договір страхування – самостійний договір, і кредитор страхувальника лише тоді одержує додаткове забезпечення у формі договору страхування, коли він вказаний у договорі страхування як вигодонабувач, а невиконання чи неналежне виконання боржником покладеного на нього зобов'язання включено в коло страхових ризиків [76, с. 531].

Ми погоджуємось з позицією Л.О. Єсіпової, яка вважає, що повне змішування інститутів гарантії та страхування є хибним. В обґрунтування своєї позиції автор вказує, що „із сутності норм ЦК України, присвяченій банківській гарантії, неможливо встановити, чи вміщують вони які-небудь положення, що включають поняття „гарантійних випадків”. І навіть якщо гарант вкаже їх в гарантії в якості підстави пред'явлення бенефіціаром вимоги про виплату грошової суми, то, виходячи із принципу незалежності зобов'язання гаранта по здійсненню платежу від основного зобов'язання, ці гарантійні випадки не повинні мати якогось правового значення для учасників правовідносин, пов'язаних банківською гарантією. Бенефіціару достатньо формально вказати в своїй вимозі до гаранта, в чому саме полягає порушення зобов'язання та настання чи відсутність „гарантійних випадків” не повинні впливати на зобов'язання гаранта” [78, с. 55].

На думку третьої групи авторів, „віднесення банківської гарантії до способів забезпечення виконання зобов'язань має не більше підстав, ніж, наприклад, страхування ризику неповернення позикових коштів” [79, с. 25].

Проте слід виходити з того, що гарантія в міжнародному комерційному обороті, і в чинному вітчизняному цивільному законодавстві віднесена до видів забезпечення виконання зобов'язань. На нашу думку, гарантія є новим, відмінним від інших, видом забезпечення належного виконання цивільно-правових зобов'язань.

Н.С. Ковалевська визначає банківську гарантію як договір на користь третьої особи. „Саме конструкція договору на користь третьої особи дозволяє створити гарантію не як акцесорне зобов’язання, а як основне, оскільки ... при застосуванні договору на користь третьої особи відносини між кредитором і третьою особою у даному договорі не мають значення і залишаються за межами зобов’язання, яке виникає” [80, с. 68].

Відповідно до ст. 636 ЦК України договором на користь третьої особи є договір, в якому боржник зобов’язаний виконати свій обов’язок на користь третьої особи, яка встановлена або не встановлена у договорі.

Право третьої особи вимагати виконання виникає безпосередньо з договору на користь третьої особи. Стосовно гарантії слід відмітити, що принципал і гарант укладають договір про видачу гарантії. На підставі даного договору бенефіціар не набуває права вимагати від гаранта виконати обов’язок з видачі гарантії. Тобто права, які надані ст. 636 ЦК України третій особі, у бенефіціара не виникають.

Боржник за договором на користь третьої особи має право висувати проти вимог третьої особи заперечення, які він би міг висунути проти кредитора. У відносинах гарантії гарант у будь-якому випадку повинен здійснити платіж. Заперечення можуть бути заявлені лише у тому випадку, якщо вимога здійснити платіж суперечить умовам самої гарантії. Отже, гарант не може відмовити бенефіціару у виконанні своїх зобов’язань за гарантією, посилаючись на договір про видачу гарантії і на свої відносини з принципалом.

За договором на користь третьої особи кредитор може скористатись правами, які третя особа набуває за вказаним договором, якщо вона від них відмовилась. Якщо ж бенефіціар відмовляється від прав, які йому надані за гарантією, то згідно зі ст. 568 ЦК України зобов’язання гаранта перед ним припиняється.

Гарант, виконавши своє зобов'язання з виплати обумовленої гарантією грошової суми принципалу, набуває право вимагати від принципала повернути виконане (право регресу). За договором на користь третьої особи боржник, який виконав свої зобов'язання не набуває жодних прав щодо кредитора. Таким чином гарантію не можна кваліфікувати як договір на користь третьої особи.

Аналіз гарантії за українським цивільним правом повинен здійснюватись, виходячи зі змісту конкретних правових норм, включених у текст ЦК України. На наш погляд заслуговують на увагу наступні найбільш важливі ознаки гарантії:

- особливий суб'єктний склад;
- самостійність, незалежність від основного зобов'язання;
- безвідкличність;
- непередаваність прав;
- відплатність.

Охарактеризуємо кожен ознаку гарантії детальніше.

Суб'єктами відносин за гарантією є гарант, принципал і бенефіціар. Гарантом може виступати банк, інша фінансова установа чи страхова організація (ст. 560 ЦК України). Принципал – це особа, яка звертається до гаранта з вимогою про видачу гарантії. Ним є боржник за основним зобов'язанням, виконання якого забезпечується гарантією. І, нарешті, бенефіціаром, тобто особою, яка наділена правом пред'являти вимоги до гаранта, є кредитор у основному зобов'язанні.

Однією із головних відмінних ознак гарантії, яка виділяє її серед інших видів забезпечення виконання зобов'язань, є її самостійність, незалежність від основного зобов'язання.

Слід зазначити, що принцип незалежності гарантійного зобов'язання в значній мірі визначає специфіку змісту правовідносин, які виникають між суб'єктами гарантії. Даний принцип знайшов своє законодавче закріплення у

ст. 562 ЦК України (“Незалежність гарантії від основного зобов’язання”), в якій вказується, що 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.

Правильне розкриття змісту незалежності гарантії має певну теоретичну значимість і практичну цінність. Це пояснюється тим, що гарантія є автономним зобов’язанням, юридично не пов’язаним із забезпечуваням нею основним зобов’язанням, і гарант несе відповідальність перед бенефіціаром незалежно від відповідальності принципала. Установу, котра надала гарантію, цікавить тільки відповідність представлених документів умовам гарантії. Предмет основного договору не має значення для гаранта. Гарант зобов’язаний виконати свої зобов’язання, навіть якщо принципал заперечує проти цього та наявні обставини, що підтверджують справедливість заперечень принципала.

Проте зобов’язання гаранта не може бути абсолютно незалежним від основного зобов’язання. Як вид забезпечення належного виконання зобов’язань, гарантія своїм „народженням” зобов’язана перш за все основному зобов’язанню. Функціональне призначення гарантії подібне до інших видів забезпечення виконання зобов’язань і полягає у юридичному гарантуванні належного виконання первинного зобов’язання. Взаємозв’язок основного зобов’язання з гарантією є неминучим і визначається правовою природою гарантії. Такі суб’єкти гарантії як принципал і бенефіціар, не тільки пов’язані через гаранта відносинами, що виникають із правочинів, спрямованих на встановлення гарантійного зобов’язання. Ці ж особи паралельно є суб’єктами основного зобов’язання, яке опосередковує виникнення гарантії. Відповідно і між вказаними суб’єктами основного зобов’язання (первинного) і суб’єктами гарантії існує прямий зв’язок який полягає у їх фактичному особистісному співпаданні [81, с. 45].

Крім того підставою виникнення обов'язку гаранта здійснити платіж на користь бенефіціара є невиконання принципалом основного зобов'язання. Для банку, який видає гарантію важливо знати умови забезпечуваного зобов'язання, умови його зміни та виконання з тим, щоб визначити у гарантійному зобов'язанні умови, які забезпечують інтереси гаранта.

Наприклад, як зазначає А.Л. Меламед: в банківську гарантію гарант може включити умову про те, що є підставою припинення гарантії:

- зміни зобов'язання, забезпеченого банківською гарантією, які можуть призвести до збільшення відповідальності або до інших несприятливих для гаранта наслідків, якщо ці зміни були зроблені без згоди гаранта;
- переведення боргу по забезпеченому гарантією зобов'язанні на іншу особу, якщо на це не було попередньо одержано згоду гаранта;
- відмова бенефіціара прийняти запропоноване принципалом належне виконання [82, с. 130].

Таким чином, зміст гарантії багато в чому залежить як від приписів закону, так і від умов, підготовлених сторонами і включених у гарантійне зобов'язання.

У міжнародному праві також звертається увага на збереження обмеженого зв'язку банківської гарантії з основним договором. Це проявляється у трьох формах.

З однієї сторони у змісті більшості банківських гарантій прямо вказується, з яким основним договором вона пов'язана. Видаючи гарантію банк вказує відповідне основне зобов'язання (або майбутній договір, який підлягає укладенню).

З іншої сторони зв'язок має непрямий характер. Банківські гарантії будуються на тому, що бенефіціар не має права здійснювати відступлення права вимоги іншій особі. В результаті банківська гарантія стає непрямим пов'язаною з тим основним договором, стороною в якому є вказаний у ній бенефіціар.

Нарешті, третій випадок - зв'язок підтверджений рішенням суду. Практично у всіх країнах, які використовують даний тип банківської гарантії, існує судова практика, коли суди, беруть до уваги особливості поведінки бенефіціарів як учасників основних договорів і на підставі встановлених фактів приймають рішення тимчасово припинити виплати гарантантами відповідної суми.

Фактичні обставини таких справ різноманітні. Проте спільне полягає в тому, що заяви подаються до суду раніше, ніж бенефіціар звернувся до гарантанта з вимогою про виплату грошової суми. Найчастіше з таким проханням звертається принципал, який володіючи інформацією про поведінку бенефіціара в основному договорі і, намагаючись попередити зловживання одержаною гарантією, просить суд дозволити гарантанту тимчасово утриматись від виплати. Рідше в суд з таким проханням зверталися самі банки, коли бачили несприятливий розвиток справ за основним договором. Банки таким чином захищались від досить поширеної серед бенефіціарів практики своєрідного шантажу. Коли строк, на який видана гарантія, наближається до кінця, деякі бенефіціари звертаються до банку з вимогою „плати або продовжи”. У таких випадках банк, який не бажає продовжувати гарантію, звертається за захистом до суду [60, с. 57].

З точки зору банку-гарантанта, незалежність зобов'язання означає, що його роль обмежується перевіркою дотримання бенефіціаром умов виданого зобов'язання. З точки зору принципала, що право гарантанта на регрес до нього не може оспорюватися посиленням на невиконання бенефіціаром умов основного договору. Часто незалежне зобов'язання називають зобов'язанням „на першу вимогу”. Вислів „на першу вимогу” підкреслює відсутність у гарантанта права на заперечення (посилання на невиконання бенефіціаром умов основного договору). Як зазначає Б.М. Гонгало, незалежність банківської гарантії не заперечує її додаткового (акцесорного) характеру. На даний час можливе існування акцесорних зобов'язань у їх традиційному розумінні, а

також допустиме акцесорне зобов'язання, яке дійсне при недійсності основного зобов'язання [30, с. 38].

Принцип незалежності зобов'язання гаранта перед бенефіціаром від основного зобов'язання проявляється у тому, що підставами для відмови у задоволенні вимоги бенефіціара можуть служити виключно обставини, пов'язані з недотриманням умов самої гарантії, які не мають жодного відношення до основного зобов'язання. Варто погодитись з О. Садіковим, який вказує, що заперечення, які відносяться до забезпечуваного гарантією зобов'язання, не допускаються, і це робить банківську гарантію одним із найбільш надійних забезпечувальних заходів цивільного права [83, с. 37].

Що ж стосується інших обставин, які відносяться до основного зобов'язання, зокрема, тих, які свідчать про його виконання боржником, або припинення з інших підстав, або про визнання його недійсним, то вони не можуть бути підставою для звільнення гаранта від виконання зобов'язання, яке випливає з гарантії. Як вірно зазначає В.В. Вітрянський, у подібних випадках гаранту надано право лише відразу повідомити про ці обставини бенефіціару та принципалу [84, с. 8].

Двома складовими незалежності зобов'язання є його абстрактність і безумовність. Абстрактність означає непов'язаність зобов'язання будь-якими умовами основного договору чи інших обставин. При цьому не змінюють суті, і перш за все абстрактності, гарантії документарний характер гарантії і зокрема посилання на основний договір. Не позбавляє зобов'язання ознак абстрактності і те, що документи, які пред'являються тим чи іншим чином доказують факт невиконання зобов'язання. Абстрактність гарантії має і другу сторону, яка означає її незалежність від умов договору між гарантом і принципалом [66, с. 57]. Таким чином, абстрактність гарантії полягає в тому, що вона не пов'язана з умовами договору, для забезпечення якого вона видана, включаючи і той факт, що припинення основного договору не впливає на долю гарантії.

Безумовність зобов'язання у технічному розумінні означає, що воно не є договором, укладеним під відкладальною чи скасувальною умовою. Проте у юридичній практиці виділяють ще й нетехнічне значення безумовної гарантії: це фактично синонім гарантії на першу вимогу [66, с. 57]. Отже, безумовність передбачає відсутність будь-яких умов, в залежність від яких ставиться виконання зобов'язання, крім тих, які вказані у тексті самої гарантії.

Загальновідомо, що передбачені ЦК України види забезпечення виконання зобов'язань наділені рисами акцесорності. Залежність видів забезпечення виконання зобов'язань (вторинних зобов'язань), похідних від основного зобов'язання (первинного) знаходить своє вираження у слідуванні вторинних зобов'язань динаміці первинного зобов'язання. До акцесорних видів забезпечення виконання зобов'язань належать: неустойка, порука, завдаток, застава і притримання.

Проте правило про акцесорність не поширюється на гарантію. Правова унікальність зобов'язання гаранта полягає в тому, що після свого встановлення гарантійне зобов'язання не слідує „долі” основного зобов'язання, а перебуває у своєрідному індивідуально-правовому відокремленому регулюванні, ізольованому від будь-якого впливу зі сторони основного зобов'язання [81, с. 45]. Зв'язок гарантії та основного зобов'язання проявляється у тому, що гарантія видається для забезпечення інтересів принципала за основним договором. Проте дана обставина не тягне залежності гарантії від основного зобов'язання.

У тексті гарантії необхідно чітко вказувати те, що гарант повинен платити саме на вимогу бенефіціара, незалежно від правових відносин за основним договором. Інакше гарантія стане залежною від основного зобов'язання.

Відсутність у банківській гарантії ознак акцесорності щодо основного зобов'язання, на думку Є.О. Суханова означає, що вона:

- 1) не припиняється з припиненням основного зобов'язання і не змінюється при його зміні;
- 2) не визнається недійсною при визнанні недійсним основного забезпечуваного зобов'язання;
- 3) не дає гаранту права посилатися при пред'явленні до нього вимоги бенефіціаром на заперечення, які пов'язані із забезпечуваним зобов'язанням;
- 4) не ставить дійсність зобов'язання гаранта перед бенефіціаром у залежність від будь-яких вимог чи заперечень, заснованих на відносинах принципала з гарантом чи бенефіціаром;
- 5) встановлює, що зобов'язання гаранта сплатити грошову суму повинно бути виконано при повторній вимозі бенефіціара навіть у випадках, коли зобов'язання, забезпечене гарантією, повністю або частково виконане, припинилось на інших підставах або є недійсним [1, с. 91].

У російській юридичній науці було виділено ще й такі прояви незалежності гарантійного зобов'язання від основного:

1. Недійсність основного зобов'язання не тягне за собою недійсність зобов'язання гаранта перед бенефіціаром;
2. Відсутність письмової домовленості між принципалом і гарантом не тягне за собою недійсності гарантійного зобов'язання гаранта перед бенефіціаром;
3. Припинення основного зобов'язання незалежно від підстави не може потягнути за собою припинення гарантії;
4. При переведенні принципалом боргу на іншу особу гарант не звільняється від виконання зобов'язання, а також дані дії боржника не тягнуть за собою припинення зобов'язання гаранта;
5. Виконання принципалом зобов'язання частково або повністю не тягне за собою припинення зобов'язання гаранта;

На строк давності за гарантійним зобов'язанням не впливає сплив строку позовної давності за основним зобов'язанням [69, с. 79].

Вказані ознаки незалежності гарантії від основного зобов'язання властиві також гарантії, яка регулюється вітчизняним законодавством, а саме: 1) недійсність основного зобов'язання не тягне за собою недійсність зобов'язання гаранта перед бенефіціаром; 2) гарантія не припиняється з припиненням основного зобов'язання; 3) виконання принципалом зобов'язання частково або повністю не тягне за собою припинення зобов'язання гаранта; 4) на строк давності за гарантійним зобов'язанням не впливає сплив строку за основним зобов'язанням; 5) зобов'язання гаранта сплатити грошову суму повинно бути виконано при повторній вимозі бенефіціара навіть у випадках, коли основне зобов'язання виконане, припинилось чи є недійсним.

На думку Л.Г. Єфімової, принцип незалежності гарантії від забезпечуваного зобов'язання в деяких випадках має відносний характер. Тобто при наявності доказів припинення основного зобов'язання у зв'язку з його належним виконанням, про що бенефіціару було відомо до пред'явлення письмової вимоги до гаранта, суд може відмовити у задоволенні вимоги бенефіціара [85, с. 52]. Дане виключення повинно ґрунтуватися на чітко визначених обставинах, головною з яких є обман (умисне введення гаранта в оману) зі сторони бенефіціара. Обман повинен бути умисним, тобто бенефіціар у момент пред'явлення повторної вимоги повинен усвідомлювати обманний характер вчинених ним дій, що буде виражатися у пред'явленні гаранту повторної вимоги про сплату грошової суми за гарантією, не дивлячись на одержання належного виконання від принципала за основним зобов'язанням. Гарант повинен володіти доказами належного виконання принципалом основного зобов'язання, а також доказами того, що бенефіціару відомо про цей факт, що у сукупності і дозволяє визнати поведінку бенефіціара як умисну.

Проблема обману у гарантійному зобов'язанні давно відома у міжнародній практиці і має свої підходи у вирішенні. Саме обман, при наявності у банку прямих доказів вчинення бенефіціаром обманних дій, є

єдиним виключенням із принципу незалежності в закордонній банківській діяльності.

Застосування даного положення буде доцільним і у вітчизняній юридичній практиці. Це дасть змогу попередити зловживання кредиторами своїм правом, а також захистити гарантів від необґрунтованих вимог бенефіціарів.

Необхідно звернути увагу на ще одну важливу проблему, пов'язану із співвідношенням зобов'язання гаранта за гарантією та основного зобов'язання. Виникає питання: яким чином впливає виконання чи невиконання основного зобов'язання на долю основного зобов'язання, і зокрема, на обсяг прав і вимог кредитора (бенефіціара) до боржника (принципала)? Суть гарантії полягає ще й у тому, що виконання гарантом зобов'язань зі сплати певної суми грошей кредитору погашає у відповідній частині зобов'язання боржника за основним зобов'язанням. У протилежному випадку виникала б можливість необґрунтованого збагачення кредитора, а це суперечило б природі гарантії як виду забезпечення виконання основного зобов'язання.

За загальним правилом гарантія є безвідкличною, оскільки відповідно до ч. 3 ст. 561 ЦК України вона не може бути відкликана гарантом, якщо в ній не встановлено інше. Тому з моменту набрання чинності гарантією гарант стає зобов'язаною перед кредитором особою. Це означає, що прийнявши на себе таке зобов'язання, гарант вже не має можливості відкликати гарантію і повинен буде нести відповідальність перед бенефіціаром у випадку неналежного виконання зобов'язання боржником (принципалом). Проте у тексті гарантії гарант має право вказати, що дане гарантійне зобов'язання є відкличним. За таких обставин сформульоване вище правило про безвідкличність гарантії не діє.

Виходячи з того, що положення про безвідкличність гарантії є диспозитивним, можна поділити гарантії на відкличні та безвідкличні.

Право на відкликання гарантії може бути безумовним або залежати від настання певних умов (наприклад, визнання принципала банкрутом, зміни змісту забезпечуваного зобов'язання). Право на відкликання гарантії повинно відповідати умовам домовленості принципала і гаранта про видачу гарантії. Якщо гарант, наділений правом відкликання, реалізує його, то з моменту одержання бенефіціаром письмового повідомлення гаранта про відкликання гарантії зобов'язання гаранта, які впливають з неї, припиняються. Проте якщо гарант не використав право на відкликання гарантії, а бенефіціар пред'явив до нього вимогу про виконання зобов'язання, яке впливає із гарантії, то гарант не має права її відкликати, так як його право на відкликання присікається фактом пред'явлення вимоги бенефіціара. Відкликання гарантом гарантії, виданої на умовах безвідкличності, юридично нікчемне і не припиняє зобов'язань гаранта за нею [1, с. 89].

Отже, загальне правило про безвідкличність гарантії необхідне для того, щоб вона могла у повній мірі виконувати забезпечувальні функції. Можливість відкликання повинна бути прямо сформульована в тексті гарантії. Проте відкличні гарантії є не дуже поширеними, оскільки у такому випадку для бенефіціара існує загроза залишитись без забезпечення виконання боржником.

Залежно від того, має чи не має бенефіціар право передавати іншій особі вимоги до гаранта, передбачені в гарантії, гарантії поділяються на передавані і непередавані. За загальним правилом, встановленим ч. 1 ст. 516 ЦК України, заміна кредитора у зобов'язанні здійснюється без згоди боржника, якщо інше не встановлено договором або законом. Проте стосовно гарантії право бенефіціара (кредитора) з передачі права вимоги третім особам фактично обмежене згодою гаранта.

Права бенефіціара за гарантією є непередаваними, тобто належна бенефіціару вимога до гаранта не може бути передана іншій особі. Дане положення закріплене у ч. 5 ст. 563 ЦК України. Проте так само як і правило

про безвідкличність гарантії, правило про непередаваність прав бенефіціара є диспозитивним. Тобто у самій гарантії може бути передбачене право бенефіціара передати свої права іншій особі.

Варто погодитись з думкою О. Свириденко про те, що, однією із істотно нових і необхідних умов банківської гарантії є непередаваність права вимоги за гарантією іншій особі, якщо в ній не встановлено інше. Це дозволяє забезпечити та захистити інтереси гаранта нарівні з кредитором, оскільки заміна кредитора у банківській гарантії допускається тільки зі згоди боржника, яким виступає гарант [86, с. 178].

На думку Б.Д. Завідова „відступлення права вимоги допустиме тільки зі згоди гаранта (боржника), вираженої безпосередньо в тексті гарантії при її підписанні або згодом, але до пред'явлення вимоги гаранта до бенефіціара. Гарант може мати власний інтерес у збереженні гарантійного зобов'язання, хоча б тому, що він отримує при видачі гарантії винагороду. Проте, якщо гарантія все-таки допускає передачу права вимоги бенефіціара і така передача здійснюється, слід керуватися загальними правилами ЦК про цесію, які не суперечать сутності гарантії як одностороннього правочину” [87, с. 7].

Ми погоджуємось з тим, що умова, яка стосується передачі прав за гарантією третій особі, повинна бути включена в текст гарантії, проте домовленість сторін з цього питання, досягнута після вступу гарантії в дію, не буде мати законної сили.

Не будучи віднесеною законом до цінних паперів, гарантія є важливим фінансовим документом. Оборотоzdатність її, в той же час, досить обмежена, так як здійснення операцій з гарантіями (наприклад, їх перепродаж) залежить від зацікавленості гаранта в даних операціях.

Обов'язок гаранта перед бенефіціаром виникає в результаті передачі йому документу, в якому вона виражена. У зв'язку з цим у літературі висловлена думка, що вказаний документ є цінним папером. Г.О. Аванесова стверджує, що правовий режим гарантії є аналогічним правовому режиму

оборотного цінного паперу, який може бути виданий і на пред'явника. На підставі цього Г.О. Аванесовою зроблено висновок про те, що:

- банківській гарантії властива функція відчужуваного способу забезпечення і вона повинна передаватись по індосаменту;
- зобов'язання за банківською гарантією матеріалізуються у документі, хоча здійснення відповідних прав заявника можливе як при пред'явленні банківської гарантії, так і без нього;
- у банківській гарантії необов'язкова вказівка бенефіціара. Кредитор за банківською гарантією – будь-який держатель документа [88, с. 22].

У вітчизняному цивільному праві таке положення не може бути застосоване. Це пояснюється тим, що по-перше, чинне законодавство не визначає гарантію як оборотоздатний документ. У ч. 5 ст. 563 ЦК України закріплено правило про непередаваність прав за гарантією. І лише в силу диспозитивності цивільно-правового методу регулювання вказано, що інше може бути встановлено гарантією. По-друге, індосамент може бути застосований щодо ордерних цінних паперів. Гарантія згідно з чинним законодавством не є цінним папером. По-третє, вказівка на те, що у гарантії не обов'язково вказувати бенефіціара, не відповідає чинному законодавству. Насамперед, це впливає зі змісту ст. 560 ЦК України, де зазначається, що гарант гарантує перед кредитором (бенефіціаром) виконання боржником (принципалом) свого обов'язку. Крім того, у п. 3 глави 2 розділу 2 Положення про порядок здійснення банками операцій за гарантіями в національній та іноземних валютах [89] серед реквізитів, які має містити гарантія, обов'язковою є вказівка на бенефіціара. Звідси впливає, що принципал покладає на гаранта обов'язок видати гарантію не на пред'явника, а на ім'я конкретної особи – кредитора за основним зобов'язанням. Саме у цьому полягає конкретний інтерес принципала.

Зобов'язання гаранта повинно оформлятись у письмовій формі. На думку С.В. Сарбаша недотримання письмової форми банківської гарантії

тягне за собою неможливість посилатися у підтвердження правочину та його умов на покази свідків, але не позбавляє права наводити письмові та інші докази [90, с. 95]. Проте, варто зазначити, що дане положення не можна застосовувати до гарантії, виданої згідно з ЦК України. Адже, відповідно до ст. 547 ЦК України правочин щодо забезпечення виконання зобов'язання вчиняється у письмовій формі. Правочин щодо забезпечення виконання зобов'язання, вчинений із недодержанням письмової форми, є нікчемним. Варто зазначити, що правило ст. 547 ЦК України стосовно нікчемності правочину щодо забезпечення виконання зобов'язання у разі недотримання є винятком із загального правила, встановленого ст. 218 ЦК України, відповідно до якого недодержання письмової форми правочину зазвичай не спричиняє його недійсність. Таким чином, оскільки гарантія є видом забезпечення виконання цивільно-правових зобов'язань, то недотримання умови щодо її форми, спричиняє нікчемність даного правочину.

Аналогічні вимоги до складання гарантії містяться у п. „с” ст. 2 Уніфікованих правил для гарантій на вимогу. У п. „d” вказаних Правил прямо вказано, що під письмовою формою слід розуміти електронну документацію, а також телеграми, телекси, телефакси. Вимоги до письмового правочину встановлені ст. 207 ЦК України. Зокрема правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо його зміст зафіксований в одному або кількох документах, у листах, телеграмах, якими обмінюються сторони. Правочин також вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо воля сторін виражена за допомогою телетайпного, електронного або іншого технічного засобу зв'язку.

Слід зазначити, що електронний документообіг є одним із пріоритетних напрямів у галузі розвитку інформаційних технологій і сучасного ринкового середовища. Укладення правочинів електронним шляхом обумовлено перш за все зручністю та значною економією часу і коштів. Згадані вище правовідносини врегульовані Законом України „Про електронні документи та електронний документообіг” [91] та Законом України „Про електронний

цифровий підпис” [92]. Даними законами в правове поле введено таке поняття, як “електронна форма документа”.

Як випливає зі змісту ст. 207 ЦК України документ у письмовій формі може мати електронний вигляд поряд із паперовим. Кожен електронний документ є письмовим, але не всякий письмовий документ є електронним. Таким чином, можна говорити про те, що електронна форма документа є різновидом письмової форми.

Відповідно до ч. 1 ст. 5 Закону України „Про електронні документи та електронний документообіг” електронний документ – документ, інформація в якому зафіксована у вигляді електронних даних, включаючи обов’язкові реквізити документа.

Оригіналом електронного документа вважається електронний примірник документа з обов’язковими реквізитами, у тому числі з електронним цифровим підписом автора (ч. 1 ст. 7 Закону України „Про електронні документи та електронний документообіг”).

Ч. 2 ст. 207 ЦК України наголошує на тому, що правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо він підписаний його стороною (сторонами). Обов’язковим реквізитом електронного документа є електронний підпис, який використовується для ідентифікації автора електронного документа. Згідно зі ст. 1 Закону України „Про електронний цифровий підпис” електронний підпис – дані в електронній формі, які додаються до інших електронних даних або логічно з ними пов’язані та призначені для ідентифікації підписувача цих даних. Законодавством встановлені вимоги до електронного підпису. Електронний підпис – набір цифр і знаків, який прикріплюється у вигляді окремої коп’ютерної програми до електронного документа. Право на надання послуг цифрового підпису має тільки центр сертифікації ключів.

Електронні документи відправляються та передаються за допомогою засобів інформаційних, телекомунікаційних, інформаційно-

телекомунікаційних систем або шляхом відправлення електронних носіїв, на яких записано цей документ (ст. 10 Закону України „Про електронні документи та електронний документообіг”).

Стосовно гарантії виникає наступне питання: якою домовленістю повинна бути визначена форма, в якій буде надана гарантія – домовленістю принципала і гаранта, домовленістю принципала і бенефіціара чи домовленістю бенефіціара та гаранта?

Оскільки бенефіціар зацікавлений у вирішенні даного питання, він може відмовитись прийняти гарантію, укладену інакше, ніж в простій письмовій формі. Такий варіант не влаштовує принципала. Адже у цьому випадку постраждають його інтереси.

Тому можливі два варіанти вирішення даного питання:

1. Принципал і бенефіціар визначають у основному договорі форму гарантії;
2. Форма гарантії визначається у договорі про видачу гарантії.

Конвенція ООН про незалежні гарантії та резервні акредитиви також передбачає можливість видачі зобов'язання у формі електронного документу. Хоча практика видачі електронних зобов'язань давно стала нормою, зустрічаються ситуації, коли електронний варіант є попереднім, а основний екземпляр пересилається поштою. У такому випадку у тексті зобов'язання повинна бути зроблене застереження.

Західна юридична практика, особливо у країнах англо-американської системи права, розрізняє поняття „гарантія” та „гарантійний лист”. При цьому гарантія розглядається як первинне зобов'язання сплатити визначену грошову суму в якості забезпечення виконання основного контракту, а гарантійний лист – як вторинне зобов'язання [69, с. 74].

У міжнародній торгівлі гарантія, як зазначалось вище, видається у формі гарантійного листа, під яким розуміється документ, в якому банк бере на себе обов'язок у випадку настання обставини, вказаної в даному документі,

виконати грошове зобов'язання у розмірі і у строк, вказаний в гарантії, на користь зазначеної особи (бенефіціара). Гарантійний лист адресується безпосередньо бенефіціару, а інколи – банку, постійним клієнтом якого є бенефіціар.

Банківська гарантія оформляється шляхом видачі (направлення) так званого „гарантійного листа” або документа, названого „Гарантія”. Перше із вказаних найменувань документа, який містить умови гарантії, є не дуже вдалим. Іноді гарантійним листом іменують документ, який не має заголовку, виконаний на бланку банку-гаранта, містить вказівку бенефіціара і умови гарантії. Проте, існує думка про неправомочність підміни понять „банківська гарантія” та „гарантійний лист банку”. У банківській практиці минулих років гарантійний лист був досить поширеним серед господарюючих суб'єктів, і представляли такі зобов'язання не тільки банківські інститути, а самі господарюючі суб'єкти один одному або їх вищестоящі органи. Проте у сучасній практиці господарювання гарантійним листам банку не був наданий статус банківських гарантій, що призвело до негативних наслідків [93, с. 20].

Проте варто погодитись з думкою Б.М. Гонгало, який зазначає, що набагато гірше, якщо будуть оформлятися “договори банківської гарантії”, наявність яких породжує ілюзію, ніби між гарантом і бенефіціаром існують договірні відносини. Втілення гарантії у формі, властивій дво- або багатостороннім правочинам, суперечить сутності відносин бенефіціара та гаранта [30, с. 114-115]. Отже, видача гарантії – це односторонній правочин, який породжує одностороннє зобов'язання гаранта, і тому гарантія дійсна навіть у тих випадках, коли вона видана на підставі усного прохання принципала.

На думку англійських вчених, банківська гарантія є договором, тобто двостороннім правочином, коли домовленість про гарантування будь-якого виду зобов'язання укладається між гарантом і бенефіціаром. Проте такий договір носить односторонній характер, так як обов'язок сплатити гарантійну

суму покладається виключно на гаранта. Дана позиція обґрунтовується наступними положеннями. По-перше, у міжнародній комерційній практиці банк-гарант видає гарантію на користь бенефіціара, одержавши інструкції від принципала. Фактично банк-гарант направляє текст гарантії бенефіціару, і, якщо після спливу вказаного строку від нього не надійде заперечень, вважається, що домовленість досягнута. По-друге, встановлення договірних відносин передбачає надання зустрічного задоволення. У протилежному випадку відносини не виникають. Стосовно банківської гарантії зустрічне задоволення полягає у згоді бенефіціара вступити у відносини з принципалом, і відповідно бенефіціар, який прагне укласти будь-який договір з принципалом і, який вимагає від принципала надання гарантії, одержавши таку гарантію, укладає договір. Тим самим вимога про надання зустрічного задоволення вважається дотриманою [69, с. 77].

Подібної позиції притримується Ю. Байгушева, яка вважає, що банківська гарантія є договором між гарантом і бенефіціаром, а не одностороннім правочином гаранта [94, с. 70].

Якщо уявити, що гарантія – це договір між гарантом і бенефіціаром, необхідно визнати, що для виникнення гарантійного зобов'язання необхідне одержання гарантом прямо вираженої згоди бенефіціара з умовами гарантії, до того ж без жодних змін цих умов. Зміни, які вносить бенефіціар в умови гарантії, не слід вважати зустрічною офертою. Адже у протилежному випадку власне гарантією слід вважати документ, направлений бенефіціаром гаранту, а першу гарантію – пропозицією до оферти, що не відповідає змісту ст. 560 ЦК України. Здійснення бенефіціаром після одержання гарантії дій по виконанню основного зобов'язання також не може розглядатись в якості акцепту гарантії, оскільки такі дії вчиняються щодо третьої особи і на іншій правовій підставі – договорі між ним та принципалом. Крім того у ст. 561 ЦК України сформульований принцип про безвідкличність гарантії. Якщо б банківська операція з видачі гарантії представляла собою договір, то дана

норма була б недоречною, оскільки згідно зі ст. 652 ЦК України договір може бути розірваний за згодою сторін або за рішення суду.

Таким чином гарантію слід розглядати як одностороннє зобов'язання гаранта, яке виникає в результаті видачі ним гарантії. Проте слід зазначити, що хоча односторонній характер гарантії свідчить про те, що обов'язки за гарантією виникають саме у гаранта, дане положення не означає, що у принципала відсутні будь-які зобов'язання перед гарантом.

Відповідно до ст. 567 ЦК України гарант має право на оплату послуг, наданих ним боржникові. Таким чином, ця стаття встановлює обов'язок принципала сплатити гаранту винагороду за видачу гарантії. Проте обов'язок гаранта перед бенефіціаром не може залежати від відносин, які виникають між ним і принципалом, якщо інше не передбачено в гарантії.

Умова щодо можливості впливу відносин між гарантом і принципалом на зобов'язання, яке складає зміст гарантії, допускається, наприклад, при визначенні умови вступу в силу гарантії. Гарантія вступає в силу з моменту її видачі, проте у гарантії може бути передбачений інший, більш пізній строк вступу її в дію.

Стосовно банківської гарантії у практиці міжнародного обігу виробилось правило, хоча й не імперативне, згідно з яким банківська гарантія є строковим зобов'язанням. У зв'язку з цим гарантійний лист повинен чітко визначати дату закінчення строку дії гарантії. Важливо, щоб строк дії гарантії був достатнім для того, щоб бенефіціар мав достатньо часу для пред'явлення вимоги до банку у випадку, якщо принципал не виконає свого зобов'язання в установленій у договорі строк. Якщо сторони основного договору продовжують строк його дії, необхідно також (за згодою гаранта) продовжувати і строк дії гарантії. Умову про можливість продовження строку дії гарантії у такому випадку доцільно передбачати у договорі про видачу гарантії.

Відповідно до ч. 2 ст. 561 ЦК України гарантія є чинною від дня її видачі, якщо в ній не встановлено інше. Таким чином, для виникнення гарантійного зобов'язання не вимагається повідомлення гаранта про прийняття бенефіціаром гарантії, якщо гарант не поставив виникнення своїх обов'язків у залежність від такого повідомлення. Проте, існують випадки, коли бенефіціар з будь-яких причин не одержав письмово оформлену гарантію. Зокрема, така ситуація може виникнути при знаходженні гаранта і бенефіціара у різних населених пунктах значно віддалених один від одного. Для подібної ситуації необхідне законодавче врегулювання даного питання шляхом доповнення ст. 561 ЦК України. А саме ч. 2 даної статті викласти у наступній редакції: „Гарантія є чинною від дня її видачі, якщо в ній не встановлено інше. До видачі гарантії прирівнюється передача її підприємству зв'язку або ввід електронного документу в інформаційну систему відправника”. Таке доповнення дозволить у майбутньому уникнути можливих конфліктів.

Датою видачі гарантії вважається день надіслання бенефіціару або банку бенефіціара, або авізуючому банку повідомлення із зазначенням умов гарантії або дата, зазначена на поштової квитанції, що свідчить про надіслання гарантії поштовим зв'язком, або день передання її представнику бенефіціара або принципала для подальшого передання її бенефіціару. У випадку, якщо у гарантії будуть зафіксовані відкладальні умови набрання нею чинності, пов'язані з виконанням зобов'язань принципала перед гарантом, гарантія є дійсною з моменту належного виконання цих зобов'язань. Так, наприклад, як відкладальна умова може бути передбачена виплата принципалом винагороди гаранту, у зв'язку з чим гарантія буде чинною тільки з моменту виплати гаранту вказаної винагороди. Проте на практиці виникає питання, чи доцільно вказувати таку умову як відкладальну. Адже бенефіціар навряд чи захоче одержати гарантію, набуття чинності якої поставлене у залежність від виплати винагороди гаранту. Тому

з метою захисту інтересів бенефіціара слід вважати неможливим включення в гарантію подібної умови.

Згідно зі ст. 3 Уніфікованих правил для гарантій на вимогу 1992 року всі гарантії повинні містити наступні обов'язкові умови:

- 1) найменування принципала;
- 2) найменування бенефіціара;
- 3) найменування гаранта;
- 4) посилання на основний контракт, в якому передбачена необхідність видачі гарантії;
- 5) максимальну грошову суму, що підлягає виплаті і валюту платежу;
- 6) строк, на який видана гарантія, або подія, з настанням якої припиняється гарантійне зобов'язання;
- 7) умови, на підставі яких здійснюється платіж;
- 8) положення, спрямоване на скорочення суми гарантійних виплат.

У главі 2 розділу 2 Положення про порядок здійснення банками операцій за гарантіями в національній та іноземній валютах встановлено, що гарантія має містити такі реквізити:

- назву документа – „Гарантія”;
- номер, дату та місце складання;
- повну або скорочену назву принципала;
- назву валюти, в якій надається гарантія;
- суму гарантії цифрами та словами і валюту платежу;
- дату, номер і назву договору або іншого документа, який згідно із законодавством України має силу договору, або посилання на тендерну документацію про проведення тендера, в яких передбачена вимога щодо надання гарантії;
- назву бенефіціара;
- назву банку бенефіціара;
- назву банку-гаранта;

- термін дії або строк дії гарантії чи обставини, за яких строк дії гарантії вважається закінченим;
- умови, за яких надається право вимагати платіж;
- умови щодо зменшення/збільшення суми гарантії;
- умови, за яких можна вносити зміни до тексту гарантії принципалом, бенефіціаром, банком-гарантом;
- підпис і відбиток печатки банку-гаранта або електронні цифрові підписи (у разі надання гарантії за допомогою систем „клієнт-банк”, „клієнт-Інтернет-банк”, „електронний банкінг”);
- інші умови.

Як видно із аналізу даних нормативних актів, більш детально умови гарантії висвітлені саме у Положенні. Така деталізація умов гарантії дає можливість конкретизувати права та обов'язки сторін гарантійного зобов'язання.

На думку Г.О. Аванесової у гарантії обов'язково повинна міститись вказівка на: 1) найменування гаранта; 2) суму, на яку видана гарантія; 3) строк, на який вона видана. Відсутність даних умов призводить до визнання гарантійного зобов'язання недійсним [88, с. 15].

Л.Г. Єфімова вважає, що перелік умов банківської гарантії, без узгодження яких правочин не можна вважати вчиненим, слід доповнити, шляхом включення в нього: 1) найменування бенефіціара; 2) найменування принципала; 3) посилання на забезпечуване зобов'язання [95, с. 276]. Такої ж позиції дотримується і вітчизняний законодавець, який опирається, поперше, на визначення гарантії, яке міститься у ст. 560 ЦК України, в якому має значення не тільки найменування гаранта, але й принципала та бенефіціара. Цивільне законодавство не визначає гарантію як документ на пред'явника, проте у ст. 563 ЦК України сформульовано положення, яке допускає можливість передачі прав за гарантією. Оскільки гарантія видається на прохання принципала, то у випадку відсутності такого прохання, немає

підстав для видачі гарантії. Оскільки законодавець не визначив форму такого прохання, то у випадку, якщо воно буде виражене в усній формі, для бенефіціара неможливо визначити, чи має гарантія підстави. Зокрема, можлива ситуація, коли бенефіціар має однакові договори з різними боржниками, і один з цих договорів забезпечений гарантією. Оскільки договори відрізняються лише найменуванням основного боржника, то бенефіціар може скористатися гарантією, в якій відсутнє найменування принципала, для забезпечення виконання того зобов'язання, яке не було забезпечене гарантією.

У тексті гарантії необхідно також вказувати найменування бенефіціара. Це пояснюється тим, що метою договору про видачу гарантії є надання конкретній особі гарантії виконання зобов'язання. Крім того принципал зацікавлений у тому, щоб гроші одержав саме його кредитор, а не будь-яка інша особа. У зв'язку з цим не можна погодитись з позицією Н.Ю. Рассказової, яка вважає, що можлива видача гарантії на пред'явника. Свою думку автор пояснює тим, що гаранту байдуже, кому платити за банківською гарантією, так як його цікавить лише надійність принципала і суть того зобов'язання, виконання якого просить забезпечити принципал. У зв'язку з цим видається необов'язковою вказівка найменування бенефіціара у тексті банківської гарантії [58, с. 26-27].

Крім того у гарантії необхідно чітко вказувати особу гаранта, до якого бенефіціар зможе пред'явити вимогу про виплату грошової суми у випадку, коли боржник не виконав основне зобов'язання. Вказівка на найменування гаранта спрямована на захист прав бенефіціара.

По-друге, гарантія повинна забезпечувати належне виконання принципалом свого зобов'язання перед бенефіціаром (основне зобов'язання). Таким чином, мета гарантії – забезпечувальна. Якщо у тексті гарантії не буде посилання на забезпечуване зобов'язання, а також на принципала та

бенефіціара, то виникне можливість використовувати гарантію для інших цілей.

Важливе значення має строк дії гарантії. При відсутності у документах, які містять гарантійне зобов'язання, вказівки про строк, на який воно видане, гарантійне зобов'язання не виникає. Як вказує Л.Г. Єфімова, часто він визначається шляхом вказівки на дію гарантії до фактичного виконання забезпечуваного зобов'язання. Вважається, що наведена умова не є умовою про строк і відповідно така гарантія є недійсною через відсутність істотної умови [85, с. 56]. Крім того таке формулювання визначення строку позбавляє гарантію властивої їй незалежності. Гарант, перш ніж здійснити платіж за гарантією, якщо вона містить подібну умову про строк, повинен бути впевнений, що основне зобов'язання ще не виконане. Якщо ж він здійснить платіж, а забезпечене гарантією зобов'язання фактично виконане, то виходить, що гарант прийняв до оплати гарантію, яка вже є недійсною.

Відомі випадки видачі гарантій, строк дії яких спливав у встановлений домовленістю боржника і кредитора день виконання зобов'язання, яке забезпечувалось гарантією. До настання цього дня ще неможливо вимагати від гаранта виконання свого зобов'язання, оскільки бенефіціар не зможе вказати, у чому полягає порушення принципалом основного зобов'язання. Після спливу строку вже не можна заявити до гаранта відповідну вимогу, оскільки зобов'язання гаранта припинилось. Аналогічно може бути охарактеризований випадок, коли строк дії гарантії припиняється раніше строку виконання основного зобов'язання. За таких обставин гарантія повинна визнаватись недійсною, оскільки при її видачі була відсутня забезпечувальна функція щодо основного зобов'язання.

Отже, як впливає зі змісту ч. 4 ст. 563 і ч. 1 ст. 565 ЦК України строк, на який видана гарантія, є істотною умовою гарантійного зобов'язання. При його відсутності гарантійне зобов'язання необхідно вважати таким, що не виникло.

Строк дії гарантії – строк існування права бенефіціара на пред'явлення вимоги до гаранта. Він має присікальний характер і не може бути поновлений судом у випадку його пропуску. Оскільки цей строк не підлягає поновленню судом, це означає, що після закінчення строку дії гарантії її забезпечувальна функція припиняється, і гарант не відповідає перед кредитором за порушення зобов'язання боржником. Тому, якщо бенефіціар бажає скористатися своїм правом, він повинен пред'явити гаранту вимогу про платіж саме протягом цього строку. До того ж у строк дії гарантії повинна бути пред'явлена тільки перша вимога про платіж. Якщо бенефіціар змушений пред'явити повторну вимогу до гаранта, вона може бути заявлена і за межами строку дії гарантії.

За ЦК Російської Федерації [96] строк також є істотною умовою гарантії. А от у Банківському кодексі Республіки Білорусь [97] питання про строк вирішується по-іншому. У ст. 177 БК РБ встановлено, що зобов'язання гаранта перед бенефіціаром припиняється: „ ... після спливу шести років з дати видачі гарантії, якщо у ній не вказана дата закінчення строку її дії, або якщо платіж за гарантією обумовлений настанням будь-якої події, або якщо вказівка про незастосування строку дії гарантії не включена в її текст”. Отже, як бачимо, строк банківської гарантії за законодавством Республіки Білорусь не є її істотною умовою, тобто гарантія може бути видана без вказівки на нього, і при цьому вона буде дійсною.

На практиці виникають питання продовження строку дії гарантії. Це стосується випадків, коли одна із сторін не виконує свої зобов'язання, а інша надає їй відстрочку виконання. У даній ситуації кредитор також хоче забезпечити виконання контрагентом зобов'язання. Бенефіціар має право просити гаранта про продовження строку дії гарантії. Проте, у зв'язку з тим, що гарантія видається на прохання принципала, необхідно повідомити його про вимогу бенефіціара продовжити строк дії гарантії. Рішення про продовження строку дії гарантії приймає гарант.

В результаті видачі гарантії виникає одностороннє зобов'язання гаранта перед бенефіціаром (кредитором). Відповідно до вказаного зобов'язання гарант повинен на вимогу принципала сплатити бенефіціару обумовлену грошову суму. Цей обов'язок спрямований на належне виконання принципалом свого обов'язку перед бенефіціаром за забезпечуваним договором.

У самій гарантії необхідно вказати суму гарантії. Відсутність у гарантії вказівки на суму, на яку вона видана, робить відповідальність гаранта практично необмеженою, а це не відповідає його інтересам. Вказана у гарантії сума є остаточною та максимальною, на яку може розраховувати бенефіціар при пред'явленні вимоги до гаранта. Вона не залежить від фактичних збитків бенефіціара, які виникли внаслідок реалізації кредитного ризику у відносинах між бенефіціаром та принципалом [98, с. 171].

Укладення договорів гарантії у практиці міжнародної торгівлі іноді здійснюється на підставі примірних формулярів договорів (частіш за все у формі гарантійного листа), розроблених банками, які вони зазвичай представляють для акцепту своїм клієнтам. Проте, у зв'язку з тим, що цілі видачі банківської гарантії можуть істотно відрізнитись, положення тексту проформи банківської гарантії, як правило, адаптують до умов конкретного правочину. При цьому слід пам'ятати, що основним джерелом виникнення договору банківської гарантії, зокрема, між банком та експортером, є умови договору, укладеного між експортером та імпортером.

Розглядаючи правову природу гарантії як виду забезпечення виконання зобов'язань варто звернути увагу на функції, які вона виконує. Функція від латинського „functio” – здійснення, виконання. У науці поняття „функція” використовується у різноманітних значеннях. Даний термін є багатозначним. Він використовується для характеристики будь-яких динамічних структур, що обумовлено специфікою пізнавальних завдань тих наук, які використовують даний термін (математика, біологія, соціологія,

юриспруденція). Проте так чи інакше у більшості випадків з функцією пов'язується спрямований вплив системи (структури, цілого) на певні сторони зовнішнього середовища [99, с. 53].

Юридичний зміст категорії „функція” має подвійний, але внутрішньо узгоджений зміст: роль, яку виконує певний правовий інститут, та конкретні напрями правового впливу на поведінку суб'єктів правовідносин. При визначенні функцій гарантії слід звернути увагу на особливості правовідносин, які при цьому виникають. Традиційно функції правовідносин зводяться до наступних: вони, по-перше, фіксують коло осіб, на яких у той або інший момент поширюється дія даних юридичних норм; по-друге, закріплюють конкретну поведінку, якій повинні відповідати дії осіб; по-третє, є умовою для можливого приведення у дію спеціальних юридичних засобів забезпечення суб'єктивних прав та обов'язків [100, с. 82, 93; 101, с. 522].

Ми погоджуємось з авторами, які вважають, що гарантія страхує партнерів від невиконання договорів, що може мати місце внаслідок політичної або економічної ситуації в країні контрагента. Використовуючи такий інструмент експортери та імпортери можуть звести до мінімуму проблеми та труднощі, які виникають у міжнародній торгівлі, а саме:

- експортер страхує себе від неплатоспроможності іноземного партнера, політичної та економічної нестабільності в країні імпортера;
- імпортеру надається можливість одержати товар у строки та на умовах, обумовлених у контракті, а в разі невиконання цих умов – отримати гарантовану пеню;
- банку видача гарантії дає змогу отримати додатковий дохід, збільшити кількість клієнтів [41, с. 48].

Виділяють наступні функції гарантії:

1. Забезпечення виконання фінансових та нефінансових зобов'язань завдяки наданню кредитору (бенефіціару) компенсації у випадку невиконання зобов'язань боржником (принципалом).

Давши згоду на емісію гарантії, банк бере на себе обов'язок щодо бенефіціара здійснити платіж, але за рахунок принципала (одразу після сплати за гарантією у банку виникає право регресу).

2. Розподіл ризиків між сторонами, які підписали основний контракт. Розподіл ризиків залежить від механізму оплати гарантії: наприклад, гарантія з оплатою за першою вимогою, яку найбільш часто використовують у міжнародній торгівлі, повністю виключає ризики для бенефіціара.

3. Стимулювання боржника (принципала) до точного і своєчасного виконання своїх зобов'язань під загрозою пред'явлення гарантії до оплати.

4. Захист імпортера від ризиків, пов'язаних з авансовими чи проміжними платежами на користь експортера.

5. Сигнальна функція гарантії свідчить про фінансове становище принципала і його здатність виконати зобов'язання. Відмова обслуговуючого банку від емісії гарантії з високим ступенем вірогідності свідчить про недостатньо стійке фінансове становище сторони за договором [102, с. 45].

Розглянемо функції гарантії як виду забезпечення виконання цивільно-правових зобов'язань детальніше.

Гарантія належить до видів забезпечення виконання зобов'язання, спрямованих на захист інтересів кредитора при порушенні зобов'язання боржником. Такий висновок випливає зі змісту абзацу 2 ст. 560 ЦК України, згідно з яким гарант відповідає перед кредитором за порушення зобов'язання боржником. На перший погляд редакція цього абзацу дає підстави тлумачити закріплену в ньому норму таким чином, що гарант несе відповідальність за порушення зобов'язання боржником, проте це не так, оскільки гарант зобов'язується сплатити кредитору принципала (боржника) передбачену умовами гарантії грошову суму (ч. 1 ст. 563 ЦК України).

Забезпечувальна функція гарантії полягає у тому, що вона (гарантія) забезпечує належне виконання принципалом його обов'язку перед бенефіціаром (основного зобов'язання). На думку Д.М. Михайлова забезпечувальна функція гарантії базується на таких чинниках:

- Легітимація. Банківська гарантія є свідченням здатності принципала виконувати роботу, оскільки банк бере на себе безвідкличне зобов'язання виконати платіж. Він візьме на себе таке зобов'язання лише у випадку, коли ретельно перевірить репутацію та платоспроможність свого клієнта;
- Мотивація. Принципалу загрожує втрата гарантійної суми, якщо він не виконає свої обов'язки або виконає їх неналежним чином.
- Компенсація. Якщо принципал порушує свої зобов'язання за забезпеченою угодою, бенефіціар має право вимагати виплати гарантійної суми. Тим самим він зможе повністю або частково компенсувати фінансові наслідки невиконання договору [103, с. 132].

Забезпечувальна функція гарантії проявляється також у тому, що виконання гарантом зобов'язання зі сплати грошових коштів бенефіціару погашає основне зобов'язання принципала перед бенефіціаром у відповідній частині. Після виконання гарантійного зобов'язання принципал звільняється у цій частині від виконання основного зобов'язання, оскільки у нього виникає обов'язок по відшкодуванню виплачених сум гаранту.

Мета гарантії – компенсація кредитору (бенефіціару) втрат, пов'язаних з невиконанням зобов'язання зі сторони боржника (принципала). При цьому право бенефіціара вимагати виплати гарантійної суми визначається виключно вказаними в гарантії строками і умовами [102, с. 45]. Компенсаційна функція полягає у створенні додаткових можливостей задоволення інтересів кредитора, які випливають із зобов'язання, у випадку його порушення боржником. Отже, гарантія є інструментом найбільш

швидкого та повного відшкодування збитків бенефіціара у випадку невиконання чи неналежного виконання принципалом своїх обов'язків.

Виділяють також розподільчу функцію гарантії, яка регулює розподіл ризиків між сторонами, які підписали основний контракт, який залежить від механізму виплати гарантійної суми [69, с. 88]. Так, гарантія з оплатою на першу вимогу в значній мірі виключає ризики для бенефіціара. Це пояснюється тим, що гарант повинен здійснити платіж на користь бенефіціара без додаткових умов, тобто на першу вимогу.

На відміну від гарантії на вимогу умовна гарантія характеризується певним ризиком для кредитора. Це полягає у тому, що вона передбачає наявність певних умов, необхідних для її використання. Так, для того, щоб одержати кошти за гарантією кредитор повинен довести, що він виконав свої зобов'язання за договором. У протилежному випадку у задоволенні його вимоги може бути відмовлено.

Особливість розподілу ризиків властива для гарантії з представленням підтвердження від третьої сторони та гарантії з представленням судового рішення. Гарантією з підтвердженням можуть служити різноманітні документи (товаророзпорядчі документи, висновок експертизи про наявність дефектів товару та ін.). Що стосується даного виду гарантії, то ризики бенефіціара значно зменшуються, проте виникає ризик неможливості документального підтвердження права бенефіціара на одержання платежу.

Гарантія з представленням судового рішення полягає у тому, що бенефіціар повинен представити судові рішення, яке підтверджує відповідальність принципала перед бенефіціаром. Судове рішення приймається в результаті розгляду спору між сторонами договору без участі банку, при цьому обов'язок банку зі сплати гарантійної суми виникає не з моменту набранням рішенням законної сили, а після представлення цього рішення бенефіціару. Дана гарантія не надає переваг бенефіціару порівняно з порукою [102, с. 46].

Як зазначає Л.О. Єсіпова, мета гарантії кореспондує загальному призначенню всіх способів забезпечення зобов'язання – гарантування інтересів кредитора щодо виконання основного зобов'язання, а також стимулюванню боржника до належної поведінки в зобов'язальних відносинах [104, с. 72].

Стимулююча функція гарантії проявляє себе у тому випадку, коли боржник зацікавлений у довгостроковому співробітництві з кредитором, оскільки враження про платоспроможність боржника складається при здійсненні ним неодноразового належного виконання основного зобов'язання. За цієї умови можна говорити про стимулюючу функцію гарантії.

Не можна погодитись з Б.М. Гонгалом, який вважає, що гарантія не стимулює боржника до належного виконання зобов'язання, а спрямована лише на захист майнових інтересів кредитора. Проте, визнаючи види забезпечення зобов'язань частиною системи правових забезпечувальних заходів, Б.М. Гонгало суперечить сам собі, коли вказує, що „вже тільки наявність забезпечувальних заходів стимулює осіб, зобов'язаних до виконання своїх обов'язків” [30, с. 20]. Отже, наявність будь-якого виду забезпечення виконує стимулюючу функцію. Дана функція проявляється в опосередкованому стимулюванні боржника до належного і реального виконання зобов'язання, попередженні порушення договірної дисципліни. Частіш за все боржник впевнений, що зобов'язання перед кредитором виконає гарант при настанні факту невиконання. Гарант, який виконав зобов'язання, одержує право кредитора за цим зобов'язанням. Відповідно до ч. 1 ст. 569 ЦК 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. Таким чином, гарантія стимулює боржника виконати основне зобов'язання належним чином, інакше, у випадку сплати гарантом гарантійної суми йому доведеться

відшкодувати збитки не тільки свого кредитора, але й збитки гаранта, пов'язані з виплатою обумовленої гарантією суми.

Захисна функція передбачає захист інтересів бенефіціара від ризиків, пов'язаних з недобросовісним і неналежним виконанням принципалом своїх обов'язків за основним контрактом. Дану функцію можна пояснити наступним чином: кредитор, вступаючи у правовідносини з боржником, прагне їх належного та реального виконання. Проте можливі ситуації, коли зобов'язання з певних причин не виконується взагалі або виконується неналежним чином. У зв'язку з цим кредитори прагнуть захистити себе від можливих наслідків невиконання зобов'язання боржником. З цією метою може використовуватись гарантія, яка відповідно до ст. 560 ЦК України гарантує виконання боржником свого обов'язку, тим самим забезпечуючи інтереси кредитора. У випадку пред'явлення бенефіціаром вимоги до гаранта, останній виплачує грошові кошти бенефіціару. Майнові наслідки, до яких призводить використання гарантії, полягають для кредитора у можливості одержати грошову компенсацію за рахунок гаранта, а для боржника – в обов'язку відшкодувати гаранту сплачені грошові кошти згідно з умовами договору, укладеного між боржником і гарантом.

Сигнальна функція свідчить про фінансове становище принципала і його здатність виконати свої зобов'язання за основним контрактом, так як згода банку видати гарантію свідчить з високим ступенем вірогідності про досить стабільне фінансове становище принципала [69, с. 81]. Дана функція знайшла відображення у Положенні про порядок здійснення банками операцій за гарантіями в національній та іноземних валютах [89]. Вона полягає у тому, що боржник, який хоче отримати гарантію банку разом з іншими документами подає фінансові звіти за останні звітні періоди. Банк-гарант розглядає подані документи, рівень забезпечення гарантії та приймає рішення про видачу гарантії або про відмову в її видачі. Таким чином, банк видасть гарантію лише тому боржникові, який зможе повернути кошти, сплачені за гарантією.

Реалізація компенсаційної функції забезпечується самостійним економічним становищем учасників правовідносин, які впливають з договору гарантії. Більшість видів забезпечення виконання зобов'язань переслідують мету відновлення майнового становища сторін, яке існувало до вчинення правопорушення. У зв'язку з цим функція захисту цивільного права проявляється головним чином у формі компенсаційної функції [105, с. 52]. Наявність компенсаційної властивості гарантії як виду забезпечення виконання зобов'язання впливає із специфічних властивостей цивільно-правового регулювання – майнових відносин. Таким чином, гарантія у більшості випадків виконує компенсаційну функцію у кредитних правовідносинах, і лише у деяких випадках стимулюючу.

Проведений аналіз норм чинного ЦК України, що регулюють відносини гарантії, дає підстави для висновку, що цей вид забезпечення зобов'язань знайде широке застосування у договірних відносинах завдяки високій ефективності забезпечувальної функції, спрямованої на захист інтересів кредитора у разі порушення зобов'язання боржником.

Викладені вище характеристики гарантії роблять її одним із найбільш надійних видів забезпечення виконання зобов'язань. У цьому її привабливість для кредиторів, що може послужити причиною широкого, в подальшому, застосування гарантії в майновому обігу, тим більше, що в інших країнах вона застосовується досить часто.

1. 3. Види гарантії

Для повного та чіткого визначення правової природи гарантії необхідно розглянути також і її види. На практиці застосовуються різні види гарантії. Це зумовлено, перш за все, особливостями ринкових відносин. Так залежно від способу видачі розрізняють прями та зустрічні гарантії (контргарантії).

Пряма гарантія за своєю природою є самостійним зобов'язанням, незалежним від основного договору чи тендеру, на яких вона ґрунтується, тому гарант жодним чином не пов'язаний таким договором, не дивлячись на те, що посилання на нього міститься у тексті гарантії [49, с. 26]. Обов'язок гаранта – сплатити грошову суму, зазначену в гарантії, після пред'явлення письмової вимоги та інших документів, вказаних у гарантії, які за зовнішніми ознаками відповідають умовам, описаним у гарантії.

Пряму гарантію видає банк-гарант за дорученням принципала безпосередньо бенефіціару. Такий спосіб отримання гарантії є менш вигідним для бенефіціара-нерезидента через складність перевірки її справжності та правомірності, відсутності оперативного зв'язку з банком-гарантом. Законодавство багатьох держав встановлює, що банки-резиденти мають право складати гарантію на користь резидентів-бенефіціарів. Саме тому, як зазначає М. Андріанов, виникає необхідність передати замовлення щодо видачі гарантії банку за місцем знаходження бенефіціара [106, с. 40].

Непряма гарантія надається бенефіціару гарантом за дорученням контргаранта. Така гарантія видається, якщо бенефіціар хоче отримати гарантію від банку із високим фінансовим рейтингом [41, с. 51].

Зустрічні гарантії видаються за наступною схемою. Згідно з умовами основного договору, для забезпечення виконання зобов'язань за яким служить гарантія, принципал зобов'язується видати на користь бенефіціара звичайну гарантію банку тієї держави, де знаходиться бенефіціар. Не маючи можливості безпосереднього контакту із закордонним банком, принципал звертається з проханням до банку у своїй країні (інструктуюча сторона).

Гарантія, видана банком-гарантом на користь бенефіціара, іменується „первинною”, а інструкуючою стороною для забезпечення зобов’язання перед банком-гарантом – „контргарантією” або „зустрічною гарантією”.

Відповідно до п. „с” ст. 2 Уніфікованих правил для гарантій на вимогу контргарантія означає будь-яку гарантію чи платіжне зобов’язання емітента, яка видана у письмовій формі і містить зобов’язання виплатити грошову суму у випадку пред’явлення письмової вимоги, складеної згідно з її умовами, а також інших документів, які за зовнішніми ознаками відповідають умовам, описаним у ній [62].

Контргарантія виникає, коли бенефіціар вимагає надання гарантії певного визначеного банку, переважно у країні свого знаходження. До того ж, користування послугами місцевого банку для бенефіціара часто необхідно через національні юридичні та митні формальності, передбачені законодавством держави бенефіціара. У такому разі до операції підключається четвертий учасник, і гарантія надається бенефіціару місцевим банком за запитом банку-принципала.

Таким чином, учасники угоди наступні: принципал; банк-гарант; банк, що проводить авізування бенефіціарові отриманої від банку-гаранта гарантії; бенефіціар.

У вказаній ситуації банк бенефіціара додатково до банку принципала бере на себе самостійне зобов’язання на користь одержувача гарантії, тобто відбувається своєрідне підтвердження гарантії.

Первинний банк складає безпосередню гарантію, яку вторинний банк підтверджує авалюванням (приєднанням до відповідальності). Якщо обирається форма підтвердження гарантії, обидва банки несуть відповідальність щодо отримувача гарантії як солідарні боржники.

За своєю природою контргарантія не залежить від гарантії, на яку вона посилається, та від умов договорів, які покладені в її основу. Банк-гарант незалежно від банку-контргаранта самостійно визначає необхідність оплати

гарантії при надходженні письмової вимоги від бенефіціара та виконання ним усіх умов гарантії [41, с. 51].

Відповідно до контргарантії бенефіціар просить принципала надати гарантію виконання, принципал одержує таку гарантію від банку у своїй країні, який, проте, представляє гарантію не безпосередньо покупцеві, а банку в країні покупця, який, в свою чергу, надає покупцеві зустрічну гарантію [107, с. 70].

З точки зору можливості реалізації гарантії можуть бути умовними і безумовними (гарантіями на вимогу).

Відповідно до розділу I Положення про порядок здійснення банками операцій за гарантіями в національній та іноземній валютах **умовна гарантія** – гарантія, за якою банк-гарант у разі порушення принципалом свого зобов'язання, забезпечуваного гарантією, сплачує кошти бенефіціару на підставі вимоги бенефіціара та в разі виконання ним відповідних умов або подання документів, зазначених у гарантії [89].

Таким чином, при видачі умовної гарантії сплата бенефіціару обіцяної суми ставиться у залежність від надання ним певних документів, які свідчать про невиконання чи неналежне виконання принципалом договірних зобов'язань. Такими документами можуть бути рішення суду, висновки експертних комісій, інженерів (щодо будівельних контрактів), банків. Отже, у випадку умовних гарантії бенефіціар зобов'язаний доказати своє право на одержання гарантійної суми.

Безумовна гарантія – гарантія, за якою банк-гарант у разі порушення принципалом свого зобов'язання, забезпеченого гарантією, сплачує кошти бенефіціару за першою його вимогою без подання будь-яких інших документів або виконання будь-яких інших умов [89]. Таким чином, при безумовній гарантії банк-гарант виконує свої зобов'язання перед бенефіціаром без додаткових умов, тобто здійснює платіж на його користь на першу вимогу. Тому такі гарантії ще називаються гарантіями на вимогу. Цей

вид гарантії найбільш вигідний для бенефіціара, оскільки максимально забезпечує його інтереси, але менш вигідний для принципала. Безумовні гарантії використовуються банком, як правило, для крупних постійних клієнтів.

Згідно з умовами такої гарантії від гаранта не вимагається вирішення питання про виконання принципалом своїх зобов'язань за основним договором, в якому гарант участі не бере. Для одержання бенефіціаром платежу за такою гарантією достатнім є пред'явлення простої письмової вимоги чи інших вказаних у гарантії документів [107, с. 70]. Проте, якщо вимога заснована на обмані і стороні про це відомо, банк не повинен платити, а зобов'язаний внести спірну суму в депозит суду і надати сторонам можливість у судовому порядку вирішити питання про право на цю суму [108, с. 230].

За загальним правилом гарантія, відома ЦК України, розглядається як вид безумовної гарантії. Проте відповідно до ч. 2 ст. 563 ЦК України в ній можуть бути вказані документи, котрі необхідно додати до письмової вимоги бенефіціара про здійснення платежу за гарантією. Таким чином, внутрішнє законодавство України допускає появу умовних гарантій.

За ступенем гарантованості оплати сум за гарантією вони поділяються на відкличні і безвідкличні.

Відклична гарантія – гарантія, умови якої можуть бути в будь-який час змінені і вона може бути відкликана банком-гарантом за заявою принципала без попереднього повідомлення бенефіціара [89]. На практиці цей вид гарантії, як правило, не використовується, тому що бенефіціари не погодяться на гарантію, яка може бути анульована без їхньої згоди.

Безвідклична гарантія – гарантія, умови якої не можуть бути змінені і вона не може бути припинена банком-гарантом згідно із заявою принципала без згоди та погодження з бенефіціаром [89]. Гарантія, яка регулюється ЦК України, за загальним правилом, є безвідкличною (ч. 3 ст. 561 ЦК України).

У міжнародному комерційному обороті переважно виділяють наступні види договірних гарантій.

Тендерна (або конкурсна) гарантія (tender guarantee) відповідно до п. „а” ст. 2 Уніфікованих правил для договірних гарантій означає зобов’язання, видане банком, страховою компанією або іншою стороною („гарант”) на прохання учасника торгів („принципала”) чи іншої сторони, уповноваженої на це принципалом („інструктуюча сторона”), стороні, яка оголосила торги („бенефіціар”), за яким гарант зобов’язується – у випадку невиконання принципалом своїх обов’язків, які випливають із представлення пропозиції, здійснити платіж бенефіціару у межах вказаної грошової суми [61]. Тендерна гарантія призначена для забезпечення організації, котра проводить тендер, відшкодування її збитків у випадку відмови учасника тендеру від участі у конкурсі протягом строку дії його конкурсної пропозиції або у випадку виграшу таким учасником тендеру і його відмови від укладення договору. Якщо умовою участі у тендері є надання банківської гарантії, експортер, який діє як особа, за дорученням якої надається банківська гарантія, укладає з банком договір про надання гарантії на користь організації, яка проводить тендер.

Розмір тендерної гарантії може складати від 1 до 5 % від суми тендеру.

Строк дії такої гарантії до підписання контракту чи надання гарантії якісного виконання, як правило, від 3 до 6 місяців. Якщо у гарантії не вказана дата для одержання гарантом претензій, то такий строк відповідно до п. „а” ст. 4 Уніфікованих правил для договірних гарантій становить шість місяців від дати видачі гарантії.

Отже, метою тендерної гарантії є запобігання некваліфікованим чи несерйозним пропозиціям, скорочення додаткових витрат, пов’язаних з оцінкою наданих проектів, та витрат на нове розміщення замовлення.

Тендерна гарантія може бути видана як на користь імпортера, так і на користь експортера залежно від того, хто має стабільнішу позицію на ринку.

Імпортёр організує тендер на купівлю у нього замовлення, а експортёр продає свої послуги або продукцію на тендері на умовах, вигідних для нього. Тендерні гарантії застосовуються і у вітчизняному цивільному обороті. Так відповідно до Положення про порядок підготовки та проведення відкритих торгів тендерна гарантія — грошовий внесок у розмірі, що встановлюється Фондом у документації про торги (але не більше 50 тис.доларів США), і вноситься претендентом як засіб забезпечення добросовісності дотримання ним своїх пропозицій на період, установлений умовами тендера. Даним Положенням визначається також поняття банківської гарантії, яка застосовується при проведенні тендеру, а саме: банківська гарантія — документ, виданий учаснику тендера його основним обслуговувальним банком, який гарантує оплату учасником у встановлений Фондом термін продажної ціни пакета акцій [109].

Крім того, Положенням про порядок проведення конкурсів з продажу пакетів акцій акціонерних товариств передбачено можливість видачі конкурсних гарантій. Згідно з даним Положенням конкурсна гарантія учасника — визначений згідно з умовами відповідного конкурсу внесок у вигляді грошових коштів у розмірі 10 відсотків від початкової вартості пакета акцій [110].

Гарантія виконання (perfomance bond) згідно з п. „б” ст. 2 Уніфікованих правил для договірних гарантій означає зобов’язання, видане банком, страховою компанією чи іншою стороною („гарант”) на прохання постачальника товарів чи послуг, чи іншого підрядника („принципал”), або згідно з інструкціями банку, страхової компанії чи іншої сторони, уповноваженої на це принципалом („інструктуюча сторона”) покупцю чи замовнику („бенефіціар”), за яким гарант зобов’язується – у випадку неналежного виконання принципалом умов контракту, укладеного між принципалом і бенефіціаром („контракт”) – здійснити платіж бенефіціару в межах вказаної суми грошей або, якщо це передбачено у гарантії, на вибір

гаранта, забезпечити виконання контракту [61]. Гарантія виконання забезпечує належну поставку товару, виконання робіт чи надання послуг, наприклад, в частині дотримання строків поставки, усунення недоліків проданого товару і т. д.

Гарантія виконання є зобов'язанням, виданим банком, страховою компанією чи іншою стороною (гарант) на прохання постачальника товарів чи послуг чи іншого підрядника (принципал) покупцю чи замовнику (бенефіціар).

Зазвичай такі гарантії охороняють інтереси імпортера (покупця чи замовника) і використовуються частіш за все при поставці комплексних об'єктів. Надаючи таку гарантію на прохання продавця, банк зобов'язується, виплатити покупцю, якому завдані збитки, гарантовану суму у випадку, якщо постачальник не виконає своїх зобов'язань поставки за контрактом.

У тексті даної гарантії слід передбачити необхідність пред'явлення спеціального документу, який би підтверджував невиконання зобов'язань експортером та на підставі якого необхідно буде виконати платіж за гарантією.

Строк дії гарантії виконання триває до повного виконання контракту. У більшості випадків цей строк відповідає строку дії контрактної гарантії на якісну роботу машини чи установки. Він може сягати двох і більше років [111, с. 40]. У тому випадку, якщо у гарантії не вказана кінцева дата для одержання гарантом претензії, то згідно з п. „б” ст. 4 Уніфікованих правил для договірних гарантій такий строк становить шість місяців від передбаченої у договорі дати поставки чи завершення робіт чи їх пролонгації, або один місяць після спливу експлуатаційного періоду (гарантійного періоду), передбаченого у контракті, якщо такий період покривається гарантією виконання.

Проте якщо робота або поставка до закінчення строку гарантії не можуть бути виконані повністю, принципал або бенефіціар можуть продовжити

строк дії гарантії виконання. У такому разі банк-гарант не може відмовитись від пролонгації, оскільки у протилежному випадку він буде зобов'язаний сплатити гарантовану суму.

Розмір гарантії зазвичай складає до 10 % від суми контракту.

Гарантія повернення платежів (advance payment guarantee, letter of indemnity) згідно з п. „с” ст. 2 Уніфікованих правил для договірних гарантій означає, що зобов'язання, видане банком, страховою компанією чи іншою стороною („гарант”) на прохання постачальника товарів чи послуг чи іншого підрядника („принципал”) або згідно з інструкціями банку, страхової компанії чи іншої сторони, уповноваженої на це принципалом („інструктуюча сторона”) покупцю чи замовнику („бенефіціар”), за яким гарант зобов'язується – у випадку невиконання принципалом зобов'язань відшкодувати, згідно з умовами контракту між принципалом і бенефіціаром („контракт”) будь-яку суму чи суми, авансовані чи виплачені бенефіціаром принципалу і так чи інакше не повернені йому, - здійснити платіж бенефіціару у межах вказаної грошової суми [61]. Гарантія повернення платежів також забезпечує імпортера (покупця чи замовника), який отримує гарантію того, що у випадку невиконання зобов'язання експортером йому буде повернуто внесений аванс. Розмір гарантії зазвичай відповідає сумі авансу. Сума гарантії зменшується пропорційно вартості вже здійснених поставок. Доказом здійснених поставок може служити правильне використання документарного акредитиву.

Строк дії гарантії обмежується моментом поставки предмета контракту. Відповідно до чинного вітчизняного законодавства він повинен бути меншим або не перевищувати строк, встановлений для здійснення експортно-імпорتنних операцій. Якщо у гарантії не вказана кінцева дата для одержання гарантом претензії, то відповідно до п. „с” ст. 4 Уніфікованих правил для договірних гарантій такий строк становить шість місяців від передбаченої у контракті дати поставки чи завершення робіт чи їх пролонгації.

Як правило, ця гарантія оформляється до отримання авансу, а набуває чинності тільки після зарахування суми авансу на рахунок, зазначений експортером. Усі ці умови повинні бути передбачені в тексті самої гарантії.

Гарантію повернення платежів рекомендується використовувати клієнтам банку при здійсненні імпорتنих операцій, якщо зовнішньоекономічним контрактом передбачено відстрочення поставок товару нерезидентом на умовах попередньої оплати резидентом.

Відповідно до ст. 5 Уніфікованих правил для договірних гарантій, якщо до закінчення строку дії гарантії гарант не одержав претензії, або якщо претензія, яка впливає з гарантії, була врегульована шляхом повного задоволення всіх прав бенефіціара за гарантією, гарантія втрачає силу.

Зокрема тендерна гарантія втрачає силу, як тільки бенефіціар, шляхом видачі підряду, прийме пропозицію принципала, і якщо це передбачено письмовим контрактом чи якщо контракт не був підписаний, але це передбачено умовами тендера, як тільки принципал пред'явив гарантію виконання або, якщо така гарантія не вимагається, як тільки контракт буде підписаний принципалом. Тендерна гарантія втрачає також силу у випадку, коли підряд, до якого вона відноситься, видається іншому учаснику тендеру, незалежно від того, виконає цей учасник тендера вимоги, передбачені параграфом 2 (а) ст. 5 Уніфікованих правил для договірних гарантій, чи ні. Тендерна гарантія втрачає силу також у випадку, якщо бенефіціар прямо заявить, що не має наміру видавати підряд.

Згідно з Уніфікованими правилами для договірних гарантій 1978 року в міжнародній практиці могли використовуватись три види гарантій вказаних вище. Основною ознакою Правил було те, що вимога за гарантією могла бути задоволена лише у випадку, якщо вона заснована на невиконанні чи неналежному виконанні принципалом своїх договірних зобов'язань. Сторони у контракті могли визначити необхідні документарні докази (документацію). Документація повинна була бути такою, щоб дозволяла гаранту самому

перевірити, відповідає представлена документація зазначений в гарантії чи ні [63, с. 47]. Якщо бенефіціару потрібна була гарантія, яка підлягає оплаті на першу вимогу, чи у гарантії не був вказаний перелік необхідної документації бенефіціар повинен представити:

а) за тендерною гарантією – свою заяву з вказівкою про прийняття пропозиції принципалом і про те, що принципал після цього або не підписав контракт, або не представив гарантію виконання відповідно з умовами тендеру, а також адресовану принципалу заяву, яка підтверджує згоду на розгляд будь-якого спору за будь-якою претензією про повернення йому бенефіціаром всієї або частини суми, виплаченої за гарантією, в суді чи арбітражі, вказаному в тендерних документах, а при відсутності такої домовленості – в арбітражі згідно з Правилами про Арбітражний суд Міжнародної Торговельної Палати чи відповідно з Арбітражним регламентом ЮНСІТРАЛ за вибором принципала.

б) у випадку гарантії виконання чи гарантії повернення платежів – рішення суду або арбітражу, яке задовольняє позов, або письмову згоду принципала з претензією та з сумою, яка підлягає виплаті.

Таким чином, відповідно до Правил передбачалось, що учасники міжнародного торгівельного обігу в якості забезпечення будуть користуватися зобов'язанням третьої сторони (гаранта), згідно з яким гарант зобов'язується здійснити платіж бенефіціару тоді, коли переконається, що принципал не виконав свого зобов'язання за контрактом.

Гарантія оплати (payment guarantee) забезпечує платіж за будь-якими договорами (зокрема за кредитним договором), але частіш за все використовується при експортних операціях. У цьому випадку банк гарантує своєчасну оплату заборгованості експортеру за поставлений товар, виконану роботу чи надану послугу. Такий вид гарантії застосовується також як забезпечення у разі, коли між експортером та імпортером застосовується форма розрахунків засобами документарного інкасо. До цього виду також

відносять випадки гарантії вексельної поруки (авалю) або своєчасного відкриття документарного акредитива [106, с. 38].

Існує декілька варіантів такої гарантії. Гарантія може стосуватися повної оплати поставки товару чи надання послуги. Постачальник посилається, як правило, на гарантію, заявляючи в письмовій формі про те, що він поставив товар, але не одержав плату у встановлений строк.

Другий варіант полягає в частковому гарантуванні контракту строком на один рік, укладеного між покупцем і продавцем на поставку споживчих товарів чи послуг. Партнери домовляються, наприклад, що поставки будуть здійснюватись і оплачуватись щомісячно шляхом банківського переводу після пред'явлення фактури протягом 10 днів після її одержання. Замість того, щоб мати документарний акредитив на всю суму, сторони можуть прийняти рішення скласти гарантію на випадок несплати, забезпечуючу гарантію поставок на протязі 1 – 3 місяців.

Зобов'язання банку діє до повного виконання контракту. Проте гарантію можна задіяти, якщо покупець не виконав зобов'язання з оплати за одну місячну поставку [111, с. 41].

Окрім перелічених і розглянутих видів гарантії у практиці міжнародної торгівлі також зустрічаються й інші види гарантій.

Гарантія притримання (retention guarantes) зазвичай супроводжує контракти на будівництво, які передбачають проміжні платежі при виконанні певного обсягу робіт чи етапу будівництва. Проміжні платежі дають підрядчику можливість фінансувати свою діяльність. Замовник притримує певний процент від платежів (як правило, до 10) в якості гарантійного забезпечення на випадок виявлення скритих дефектів на більш пізніх етапах роботи. Одержання підрядчиком проміжних платежів у повному обсязі можливе у випадку пред'явлення ним гарантії притримання [102, с. 47].

Митна гарантія (customs guarantees) служить для забезпечення оплати митних платежів. Найчастіше застосовується при ввезенні товарів, в митному

режимі тимчасового ввезення чи транзиту в якості забезпечення вивозу товарів за межі митної території держави. При режимі тимчасового ввозу імпорнтне мито не застосовується, проте, якщо ввезені товари чи обладнання не покинули країну до встановленого строку, звільнення від імпорнтного мита відкликається, а гарантія пред'являється до оплати. Подібне правило міститься у ст. 264 Митного кодексу України [112]. Відповідно до ч. 3 даної статті у разі виникнення потреби в уточненні заявленої митної вартості товарів або в разі незгоди декларанта з митною вартістю, визначеною митним органом, декларант має право звернутися до митного органу з проханням випустити товари, що декларуються, у вільний обіг під гарантію уповноваженого банку або сплатити податки і збори (обов'язкові платежі) згідно з митною вартістю цих товарів, визначеною митним органом.

Судова гарантія (judicial guarantees) передбачена законодавствами ряду держав і служить для забезпечення витрат процесу і сторін в ході судового провадження. Якщо на вимогу позивача в якості заходу забезпечення позову накладений арешт на майно чи грошові кошти відповідача, відповідач може запропонувати судову гарантію замість арешту. Судові гарантії підлягають оплаті після пред'явлення рішення суду (мирової угоди), яке підтверджує право позивача на одержання відповідних сум з відповідача. Сума гарантії зазвичай відповідає ціні позову або вартості арештованого майна. Як зазначає К. Трофімов, судова гарантія, будучи надійним способом забезпечення позову, разом з тим надає відповідачу можливість вести нормальну господарську діяльність під час розгляду позову, що може складати досить тривалий період часу [102, с. 47].

Гарантія коносаменту (гарантія за втрачений коносамент) передбачає виконання зобов'язань перевізником вантажу (відшкодування збитків) у випадку передачі ним товару без коносаменту, який означає передачу прав на вказаний товар. Застосовується для розрахунків акредитивом. Часто виникає ситуація, коли товар вже знаходиться у порту, а окремі екземпляри чи повний комплект коносаментів може загубитися або запізнитися в процесі

пересилання. У такому разі банк може надати гарантію власнику транспортного засобу чи експедитору, якщо з'ясується, що одержувач товару не мав на це прав [106, с. 38].

Гарантія може виступати також у формі **консорціумної гарантії**, за допомогою якої група осіб (членів консорціуму) фактично забезпечує зобов'язання даної групи шляхом одержання головним гарантом консорціуму відповідних банківських гарантій від членів групи. Тобто під консорціумною гарантією розуміється банківська гарантія, яка видається бенефіціару декількома гарантами через основний банк-гарант [49, с. 28].

У міжнародній практиці гарантія як вид забезпечення виконання зобов'язання представляє собою досить широке поняття і може видаватись не тільки банком. Вона може поєднувати ознаки, як властиві нашому праву, так і іншим способам забезпечення виконання вимог кредиторів, таким як:

- гарантія виплати заборгованості по орендній платі, за несплату якої майно підлягає арешту;
- гарантія виплати боргу частковими платежами, беручи до уваги, що кредитор все ще відмовляється від судового переслідування або не дає йому хід (штрафний характер);
- гарантія зі сторони декількох осіб з надання обмежених сум;
- гарантія зі сторони декількох поручителів з виплати суми заставної з обмеженням відповідальності кожного поручителя [113, с. 20].

Банківський кодекс Республіки Білорусь виділяє також підтверджену гарантію. Відповідно до ст. 166 даного Кодексу видана гарантія може бути підтверджена в повній сумі або частково іншим банком чи іншою небанківською кредитно-фінансовою організацією (підтверджена гарантія). Підтверджуюча сторона поряд з гарантом несе перед бенефіціаром солідарну відповідальність у межах підтвердженої суми, якщо інше не передбачене умовами гарантії [97]. У міжнародній практиці підтверджені гарантії зустрічаються дуже рідко.

На практиці виділяють особливий вид гарантії – супергарантію. Супергарантія видається в інтересах бенефіціара, який бажає одержати крім гарантії банку боржника, на тих самих умовах також гарантію більш відомого і надійного банку, а банк-гарант приймає зобов'язання перед супергарантом компенсувати йому ті суми, які він буде зобов'язаний сплатити згідно із зобов'язанням, заснованим на супергарантії [107, с. 70]. Іншими словами супергарантія – це гарантія гарантії.

У випадку високих ризиків і/або значної суми можлива видача синдикатної гарантії. Провідний банк видає гарантію на повну гарантійну суму, а ця гарантія забезпечується зустрічними гарантіями банків – учасників синдикату. У випадку гарантійного платежу провідний банк у порядку регресу стягує суми, вказані у зустрічних гарантіях, з банків – учасників синдикату.

Таким чином, можна зробити висновок, що розмежування видів гарантії має значення для учасників відносин за гарантією і допомагає їм обрати той вид гарантії, який найкраще забезпечить їхні інтереси.

Висновки до розділу 1

1. Проаналізувавши історію виникнення та становлення гарантії ми дійшли висновку, що причинами виникнення гарантії були: об'єктивна необхідність у забезпеченні міжнародних договорів між юридичними особами, а також недостатня надійність існуючих видів забезпечення виконання зобов'язань.

Дослідивши процес становлення гарантії у вітчизняному законодавстві, можна виділити відмінні риси гарантії, яка існувала до прийняття ЦК України 2003 року, та сучасної гарантії: 1) гарантія може забезпечувати зобов'язання не тільки юридичних осіб, але й зобов'язання за участю фізичних осіб; 2) гарантом за ЦК УРСР 1963 року виступала тільки вищестояща щодо боржника організація. На даний час гарантом може виступати банк, інша фінансова установа і страхова організація; 3) сфера застосування гарантії обмежувалась забезпеченням, як правило, тільки зобов'язань за кредитними договорами. Зараз сторони самостійно обирають, яким чином забезпечити виконання зобов'язання, і, відповідно, вільні у виборі виду забезпечення, що свідчить про відсутність меж застосування гарантії; 4) згідно з ЦК УРСР 1963 року гарант ніс субсидіарну відповідальність, яка наступала у випадку відсутності у боржника коштів для погашення заборгованості. Відповідно до ЦК України бенефіціар має право пред'являти вимогу про сплату за гарантією незалежно від платоспроможності боржника; 5) крім того у гаранта, яким виступала вищестояща організація, було відсутнє право регресу до боржника. На даний час, відповідно до ст. 569 ЦК України гарант має право на зворотну вимогу (регрес) до боржника.

2. Гарантією слід вважати письмове зобов'язання банку або іншої фінансової установи, яке посвідчує право кредитора вимагати виплату певної грошової суми, визначеної гарантією, у випадку невиконання чи неналежного виконання боржником зобов'язань за основним договором. Гарантії як виду забезпечення виконання зобов'язань властиві наступні

ознаки: особливий суб'єктний склад, незалежність від основного зобов'язання, безвідкличність, непередаваність прав, відплатність.

3. Основною відмінною ознакою гарантії є її незалежність, яка характеризується двома складовими – абстрактністю та безумовністю. Принцип незалежності проявляється у тому, що підставою для відмови в задоволенні вимог кредитора можуть бути тільки підстави, пов'язані із недодержанням самої гарантії, які не пов'язані з основним зобов'язанням.

Проте принцип незалежності гарантії від основного зобов'язання має відносний характер. Оскільки метою гарантії є забезпечення належного виконання основного зобов'язання, то своїм виникненням вона зобов'язана перш за все саме цьому зобов'язанню. Крім того, саме невиконання чи неналежне виконання принципалом основного зобов'язання є підставою виникнення обов'язку гаранта здійснити платіж на користь бенефіціара. Відносний характер незалежності гарантії від основного зобов'язання проявляється також в тому, що при наявності доказів припинення основного зобов'язання у зв'язку з його належним виконанням, якщо бенефіціару було про це відомо до пред'явлення письмової вимоги до гаранта, суд може відмовити у задоволенні такої вимоги.

4. Обґрунтовано, що правило про можливість відкликання гарантії повинно бути передбачене у домовленості про видачу гарантії. Право на відкликання гарантії повинно бути реалізоване гарантом до моменту пред'явлення бенефіціаром вимоги про виконання зобов'язання.

5. Бенефіціар не має права передавати іншій особі право вимоги до гаранта. Проте норма ч. 5 ст. 563 ЦК України є диспозитивною. Отже, умова про передачу прав за гарантією повинна бути включена в текст гарантії, і сторони повинні досягнути згоди з даного питання до моменту вступу гарантії в силу.

6. Щодо моменту набрання гарантією чинності автором запропоновано внести зміни у ч. 2 ст. 561 ЦК України і викласти її у наступній редакції:

„Гарантія є чинною від дня її видачі, якщо в ній не встановлено інше. До видачі гарантії прирівнюється передача її підприємству зв'язку або ввід електронного документа в інформаційну систему відправника”. Таке доповнення дозволить уникнути конфліктів, зокрема у тих випадках, коли бенефіціар і гарант знаходяться у різних населених пунктах.

7. У тексті гарантії обов'язково необхідно вказувати: найменування, гаранта, бенефіціара, принципала; основне зобов'язання, яке забезпечується гарантією; строк дії гарантії; максимальну суму гарантії.

8. Гарантії як виду забезпечення виконання зобов'язань властиві такі основні функції: забезпечувальна, компенсаційна, стимулююча. Варто зазначити, що гарантія опосередковано стимулює боржника до належного виконання зобов'язання. Крім вказаних функцій гарантія здійснює також попереджувальну, сигнальну, захисну, розподільчу функції.

9. У міжнародному праві використовуються різноманітні види гарантії, яким властиві певні особливості. Розмежування різних видів гарантії має значення для учасників гарантійних правовідносин, оскільки допомагає їм обрати той вид гарантії, який оптимально забезпечить їхні інтереси. Проте Уніфіковані правила МТП для договірних гарантій виділяють три основні види гарантій: гарантію виконання, гарантію повернення платежів і тендерну гарантію. Дані гарантії не суперечать вітчизняному цивільному законодавству і можуть використовуватись для забезпечення виконання зобов'язань. Вибір конкретного виду гарантії залежить від особливостей забезпечуваного зобов'язання.

РОЗДІЛ 2

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ГАРАНТА І ПРИНЦИПАЛА ПРИ ВИДАЧІ ГАРАНТІЇ

2.1. Правова природа договору про видачу гарантії

Гарантію можна розглядати у декількох аспектах. По-перше, відповідно до ст. 546 ЦК України гарантія є одним із видів забезпечення виконання цивільно-правових зобов'язань. Вона розуміється як одностороннє зобов'язання, в силу якого гарант зобов'язується перед кредитором третьої особи (бенефіціаром) сплатити на його вимогу грошову суму. По-друге, гарантію можна розглядати як документ (гарантійний лист). Відповідно до розділу I Положення про порядок здійснення банками операцій за гарантіями в національній та іноземних валютах гарантійний лист – це гарантія, що оформлена належним чином на паперовому носії [89]. Крім того, гарантія може розумітися і як правочин. Гарантія – це односторонній правочин, який „видається”, а не договір, який укладається [114, с. 298].

Л.О. Єсіпова розглядає гарантію як складне за своїм юридичним змістом правовідношення, яке не зводиться тільки до одного зобов'язання гаранта перед кредитором, а включає в себе цілий комплекс зобов'язань між учасниками відносин щодо гарантії. Такі відносини поділяються на дві групи: внутрішні, що пов'язують боржника та гаранта, та зовнішні – між гарантом та кредитором (що і є гарантією у вузькому розумінні). Разом з тим, головними із цих зобов'язань є правовідносини між гарантом і кредитором [70, с. 9].

Розглядаючи правову природу гарантії, слід звернути увагу на одну особливість даного правового інституту – видача гарантії є тим юридичним фактом, який породжує гарантійне зобов'язання між бенефіціаром і гарантом. Під видачею гарантії слід розуміти передачу гарантом тим чи іншим способом (поштою, телетайпом, та ін.) належним чином оформленої гарантії принципалу чи бенефіціару. Для виникнення гарантійного

зобов'язання не вимагається повідомлення гаранта про прийняття бенефіціаром гарантії, якщо інше прямо не передбачено в тексті гарантійного зобов'язання.

У зв'язку з видачею гарантії виникають правовідносини, які включають: 1) зобов'язання між гарантом і принципалом з приводу видачі гарантії і 2) гарантію як одностороннє зобов'язання гаранта перед бенефіціаром. На думку окремих авторів відносини між гарантом і принципалом (боржником в основному зобов'язанні), в силу яких гарант приймає на себе зобов'язання надати гарантії, виходять за межі гарантії (гарантійного зобов'язання) та можуть ґрунтуватися на договорі про надання платної послуги, договорі про надання безвідплатної послуги, на інших відносинах, хоча б вони належно юридично не були оформлені [114, с. 297]. Такий підхід не є безспірним. На нашу думку гарантійне зобов'язання є ширшим поняттям порівняно з гарантією, оскільки воно включає ще й відносини між принципалом і гарантом при укладенні договору про видачу гарантії. Тому можна говорити, що відносини між гарантом і принципалом виходять за межі саме гарантії, але не за межі гарантійного зобов'язання.

Видачі гарантії передують юридично оформлені відносини між гарантом і боржником. Варто погодитись з позицією вчених, які вважають, що „...видачі банківської гарантії передуює процес узгодження волевиявлення двох сторін, який в „ідеалі” завершується складанням письмового документа, що містить умови видачі гарантії (розмір, порядок, строки видачі гарантії та виплати винагороди, права гаранта на пред'явлення регресних вимог до принципала)”[115, с. 48]. Інструментом встановлення юридичного зв'язку між суб'єктами є договір як домовленість, що створює відповідне зобов'язання між гарантом і принципалом, визначає порядок і послідовність вчинення ними необхідних дій. Юридичний та економічний зміст договору про видачу гарантії полягає у тому, щоб сторони визначили у ньому всі умови договору про видачу гарантії, встановили природу майбутніх відносин, а також визначили свої права та обов'язки.

Такий договір, на думку Г.О. Аванесової, породжує зобов'язання лише для гаранта і принципала. Кожна із сторін, які домовляються, переслідує свою мету. Мета боржника (принципала) – одержати банківську гарантію. Мета гаранта – одержати: а) плату за видачу банківської гарантії; б) право вимагати в порядку регресу відшкодування сум, сплачених бенефіціару за банківською гарантією [116, с. 64]. Проте, якщо у гаранта немає такої мети, договір про видачу гарантії може і не укладатись, так як наявність чи відсутність договору про видачу гарантії ніяк не впливає на дійсність самої гарантії. Це пояснюється тим, що підставою виникнення зобов'язання гаранта є саме гарантія, як односторонній правочин.

На незалежність гарантії від договору про її видачу вказує також співавтор Уніфікованих правил для гарантій на вимогу Рой Гуд, який зазначає, що відносини між гарантом і принципалом є їх внутрішньою справою. Гарант зобов'язаний діяти відповідно до умов цього договору, порушивши який він може втратити право на відшкодування, але це не стосується бенефіціара, чиє право на платіж залежить лише від його дій відповідно до умов гарантії [117, с. 35].

Що стосується підстав виникнення зобов'язання за банківською гарантією, то, на думку С.О. Тараканова, це може бути як домовленість учасників гарантійних відносин – гаранта і бенефіціара, так і за допомогою одностороннього волевиявлення гаранта [118, с. 14].

Ю.В. Петровський вважає, що банківська гарантія – це „складне за своїм юридичним змістом правовідношення, яке не зводиться до одного зобов'язання гаранта перед бенефіціаром, а включає в себе цілий комплекс зобов'язань між учасниками відносин за банківською гарантією” [119, с. 10].

В.В. Пиляєва також зазначає, що обов'язок гаранта сплатити обумовлену гарантією суму виникає із складного юридичного факту (домовленості між принципалом і гарантом про видачу гарантії і одностороннього правочину гаранта) [120, с. 100].

Подібної позиції притримується М.М. Філатов, на думку якого конструкція вказаного складного юридичного факту складається із двох юридичних фактів (послідовно вчинюваних правочинів):

1. Договір про видачу банківської гарантії, який укладається між принципалом і гарантом.

2. Односторонній правочин з видачі банківської гарантії, який вчиняється гарантом на виконання договору про видачу банківської гарантії [121, с. 4].

Дані два елементи юридичного складу є, на думку Ю.В. Петровського, єдиною підставою виникнення правовідносин за банківською гарантією, при цьому поява другого юридичного факту (правочину гаранта з видачі банківської гарантії) обумовлена наявністю першого юридичного факту (договору про видачу гарантії). Автор робить висновок, що зобов'язання гаранта перед бенефіціаром фактично залежить від договору про видачу гарантії, і встановлення факту неукладення чи недійсності даного договору повинно зруйнувати всю підставу виникнення правовідносин за банківською гарантією [119, с. 14].

Подібної точки зору притримується Л.О. Єсіпова, яка вважає, що банківську гарантію слід розглядати як сукупність трьох правочинів, що утворюють складний юридичний склад: угоди щодо надання банківської гарантії (що укладається між принципалом і гарантом); одностороннього правочину щодо видачі банківської гарантії (що здійснюється гарантом у виконання вказаної вище угоди); одностороннього правочину з боку бенефіціара, що свідчить про прийняття гарантії [122, с. 129].

Проаналізувавши норми параграфу 4 глави 49 ЦК України, можна зробити висновок, що зобов'язання гаранта перед бенефіціаром виникає саме з видачі гарантії як одностороннього правочину, а не з договору про видачу гарантії. Тому єдиним фактором, який впливає на дійсність зобов'язання гаранта перед бенефіціаром, є дотримання всіх вимог, які пред'являються до

змісту гарантії. Такої ж позиції притримується Н.В. Соболева, яка вважає, що визнання повної залежності гарантії від договору між гарантом і принципалом про видачу гарантії, суперечить інтересам бенефіціара, який не має повноважень по контролю за відносинами гаранта і принципала, проте повинен буде нести ризик неможливості здійснення своїх прав за гарантією саме через вади у відносинах останніх [98, с. 81].

Проте не можна говорити про абсолютну незалежність гарантії від договору про її видачу. Адже для виникнення відносин за гарантією недостатньо волі самого гаранта. Враховуючи правову природу гарантії як виду забезпечення виконання зобов'язань, варто зазначити, що для гаранта важливими є відносини з принципалом. Тому ми погоджуємось з позицією тих авторів, які вважають що для виникнення гарантійних правовідносин необхідно послідовне вчинення двох дій, а саме: оплатного договору між принципалом і гарантом про видачу гарантії і власне видачі гарантії, яка повинна розглядатись як односторонній правочин. А вже саме виконання гарантом обов'язків перед бенефіціаром впливає з видачі гарантії. Для виникнення гарантійного зобов'язання не вимагається повідомлення гаранта про прийняття бенефіціаром гарантії, якщо гарант не поставив виникнення своїх обов'язків у залежність від такого повідомлення [123, с. 304]. Крім того, зазвичай, гарантія передається гарантом принципалу, а останній передає її бенефіціару.

У ст. 560 ЦК України не вказано про договір між принципалом і гарантом про видачу гарантії. Проте, виходячи зі змісту окремих статей ЦК України (567, 569), які регулюють питання гарантії, впливає, що такий договір повинен бути укладений. Так, наприклад, у ст. 569 ЦК України вказано: „Гарант має право на зворотну вимогу (регрес) до боржника в межах суми, сплаченої ним за гарантією кредиторіві, якщо інше не встановлено договором між гарантом і боржником”. Важко уявити інше положення: банк видає гарантію бенефіціару, не перебуваючи при цьому у договірних правовідносинах з принципалом (є тільки письмове прохання принципала

видати гарантію). Виникає питання, як тоді бути, якщо ст. 567 ЦК України вказує, що гарант має право на оплату послуг, наданих ним боржникові. Варто погодитись з думкою вчених, які вказують на те, що умови оплати послуг не можуть визначатись у самій гарантії, оскільки остання є одностороннім волевиявленням гаранта. Зміст положень ст. 569 ЦК, де згадується про договір між гарантом і боржником, дає підстави для висновку про те, що умови оплати послуг гаранта визначаються у вказаному договорі [124, с. 499]. Отже, наявність договору між принципалом і гарантом є необхідним для гаранта.

Однак, наявність такого договору принципово важлива не лише для гаранта, але й для принципала. По-перше, маючи такий договір, принципал буде впевнений, що гарантійне зобов'язання повинно бути виконане і угода відбудеться. По-друге, підписавши договір, який на практиці називається договором про видачу гарантії, гарант буде його виконувати, якщо не під страхом майнової відповідальності, то хоча б під „загрозою” втратити свій престиж. Відповідно, наявність договору про видачу гарантії важлива як для принципала, так і для гаранта [125, с. 18].

Про наявність договірних відносин між гарантом і принципалом свідчить те, що гарантія видається гарантом на прохання принципала. Таке прохання можна розглядати як оферту до укладення договору про видачу гарантії. Відповідно до ст. 641 ЦК України пропозиція укласти договір має містити істотні умови договору про видачу гарантії. Коли сторони досягають згоди зі всіх істотних умов, вони укладають договір про видачу гарантії. Укладення такого договору можливе як у формі підписання сторонами одного документу, так і у формі видачі гарантії гарантом у відповідь на оферту принципала. У цих випадках письмова форма договору вважається дотриманою. Відповідно до ст. 642 ЦК України якщо особа, яка одержала пропозицію укласти договір, у межах строку для відповіді вчинила дію відповідно до вказаних у пропозиції умов договору, яка засвідчує її бажання укласти договір, ця дія є прийняттям пропозиції, якщо інше не вказане в

пропозиції укласти договір або не встановлене законом. Оскільки у законі немає винятків для договору про видачу гарантії, то виконання прохання принципала про видачу гарантії шляхом її безпосередньої видачі може вважатися акцептом. Таким чином, договір про видачу гарантії вважається укладеним.

У випадку відсутності договору про видачу гарантії настають певні правові наслідки, які полягають у наступному:

- відсутності у потенційного гаранта юридичного обов'язку видати гарантію, із чого випливає неможливість примусово зобов'язати гаранта у судовому порядку видати гарантію;
- неможливості примусово у судовому порядку зобов'язати гаранта перевидати гарантію, якщо її умови відрізняються від попередньо обумовлених [126, с. 109-110];
- відсутності у гаранта права на одержання винагороди за видачу гарантії та комісії кредитного характеру у разі платежу за гарантією, оскільки таке право ґрунтується на добросовісному виконанні банком-гарантом своїх зобов'язань, що полягають у видачі гарантії, яка відповідає інструкціям, перевірці пред'явленої вимоги на її відповідність умовам гарантії та здійснення платежу за „основною” гарантією [127, с. 72-73];

Таким чином, варто погодитись з Л.О. Єсіповою яка вважає, що обов'язковість укладення договору про надання гарантії пояснюється об'єктивною необхідністю вирішення колізії інтересів суб'єктів гарантії, є одночасно і засобом, формою досягнення компромісу між інтересами різних осіб [104, с. 131-132].

Варто зазначити, що відсутність у чинному цивільному законодавстві положень, які б чітко регламентували основу відносин гаранта і принципала (договір про видачу гарантії) створює немало проблем у практичній діяльності банків, які видають гарантії, а також є причиною відсутності єдиного підходу до розуміння правової природи вказаного договору.

У юридичній літературі тривають дискусії з приводу правової природи договору про видачу гарантії. Деякі вчені вважають, що домовленість про видачу гарантії – договір, на підставі якого гарант зобов'язується в інтересах принципала, але від свого імені вчинити правочин про видачу гарантії за обумовлену винагороду, і вважають, що така домовленість – договір комісії [128, с. 289].

Автори даної точки зору вказують, що на підставі договору про видачу банківської гарантії, який укладається принципалом і гарантом, виникає зобов'язання гаранта вчинити певний правочин, який полягає у видачі бенефіціару і на його користь гарантії, проте цей правочин вчиняється за рахунок принципала, але від імені гаранта [129, с. 4-5].

Дана позиція вважається спірною. Відповідно до ст. 1011 ЦК України за договором комісії одна сторона (комісіонер) зобов'язується за дорученням другої сторони (комітента) за плату вчинити один або кілька правочинів від свого імені, але за рахунок комітента. За правочинами вчиненими з третіми особами, прав та обов'язків набуває комісіонер.

За договором про видачу гарантії одна сторона (гарант) зобов'язується за винагороду видати гарантію від свого імені в якості забезпечення виконання зобов'язання принципала перед гарантом, а принципал – сплатити обумовлену суму за видачу гарантії. Гарантія видається, як правило, за рахунок принципала. Тому принципал фактично може визначати порядок її подальшого використання в межах, обумовлених змістом гарантії. Хоча, як вказує Г.О. Аванесова, відповідно до призначення гарантії вона зазвичай безоплатно передається принципалом бенефіціару в якості виду забезпечення

основного зобов'язання, ця обставина не перетворює договір у правочин, який вчиняється на користь третьої особи – бенефіціара [116, с. 65-66]. Після вчинення правочину за дорученням комітента комісіонер повинен надати комітентові звіт і передати все одержане за договором комісії (ч. 1 ст. 1022 ЦК України). Принципал не надає бенефіціару звіт про свої дії.

Крім того варто погодитись з думкою М.В. Волошиної, яка вказує, що за договором комісії комісіонер зобов'язується вчинити правочин або правочини, в результаті яких у комітента виникають будь-які права та обов'язки, тобто спрямовані на одержання користі (двосторонній правочин). Гарант вчиняє односторонній правочин з видачі банківської гарантії, за яким тільки у нього самого виникають обов'язки [68, с. 54].

Таким чином, договір про видачу гарантії може містити тільки деякі подібні риси з договором комісії, проте таким не є.

Висловлюється й інша думка, відповідно до якої договір про видачу гарантії – договір купівлі-продажу документа, який засвідчує одностороннє зобов'язання гаранта [116, с. 66]. За договором купівлі-продажу одна сторона (продавець) зобов'язується передати у власність другій стороні (покупцю), а покупець приймає або зобов'язується прийняти майно (товар) і сплатити за нього певну грошову суму (ст. 655 ЦК України).

В розвиток своєї позиції Г.О. Аванесова, визначає гарантію як документ, що містить одностороннє зобов'язання, і є специфічним нетиповим товаром, який може бути навіть оборотоздатним, якщо передбачена його передача іншим особам. За договором про видачу гарантії одна сторона (гарант) зобов'язується передати річ (гарантію) у власність іншій стороні (принципалу), а принципал зобов'язується прийняти гарантію і сплатити за неї визначену грошову суму. Принципал, одержавши гарантію, може володіти, користуватися і розпоряджатися нею, тобто набуває право власності на гарантію [116, с. 66]. Проте з даним твердженням Г.О. Аванесової не можна погодитись. Принципал не може виступати

власником (покупцем) гарантії і розпоряджатися нею за своїм бажанням. Це пояснюється тим, що у тому випадку, коли принципал звертається з проханням до гаранта про видачу гарантії, він виконує вимогу бенефіціара про забезпечення основного зобов'язання. Тому, надалі гарантія повинна бути передана саме бенефіціару.

Звичайно, існують деякі подібні риси договору про видачу гарантії та договору купівлі-продажу. Так, договір купівлі-продажу може бути укладений на купівлю-продаж товару, який буде створено продавцем у майбутньому (ч. 1 ст. 656 ЦК України). Гарант, вчиняючи правочин про видачу гарантії, не має ще гарантії, але вона буде складена ним у майбутньому.

Обов'язок продавця передати товар покупцю вважається виконаним у момент: 1) вручення товару покупцеві, якщо договором встановлено обов'язок продавця доставити товар; 2) надання товару в розпорядження покупця, якщо товар має бути переданий покупцеві за місцезнаходженням товару (ч. 1 ст. 664 ЦК України). Обов'язок гаранта з передачі гарантії вважається виконаним в аналогічні моменти. Продавець повинен передати покупцеві товар, якість якого відповідає умовам договору купівлі-продажу (ч. 1 ст. 673 ЦК України). Гарант зобов'язаний передати принципалу гарантію, яка містить ті умови, які вказані в договорі про видачу банківської гарантії. Покупець зобов'язаний оплатити товар після його прийняття або прийняття товаророзпорядчих документів на нього, якщо договором або актами цивільного законодавства не встановлений інший строк оплати товару (ч. 1 ст. 692 ЦК України). Гарантія також надається на відплатній основі (ст. 567 ЦК України).

Суттєвим є те, що гарантія в кінцевому результаті підлягає передачі принципалом бенефіціару і використовується останнім. Гарантія передбачає зобов'язання гаранта не перед принципалом, а перед бенефіціаром. На думку Г.О. Аванесової, це дає привід для помилкового трактування домовленості як

договору комісії. Проте обидва ці моменти не змінюють сутності домовленості як договору купівлі-продажу [116, с. 66-67]. Позиція Г.О. Авансової ґрунтується на тому, що вона розглядає гарантію як цінний папір, що дає їй змогу сконструювати договір про видачу гарантії як договір купівлі-продажу. Вітчизняним цивільним законодавством гарантія не визнається цінним папером.

Розглядаючи гарантію як зобов'язання гаранта перед бенефіціаром, можна зробити висновок про те, що конструкція договору купівлі-продажу між гарантом і принципалом не може бути застосована для правової кваліфікації договору про видачу гарантії. Відповідно до ст. 656 ЦК України предметом договору купівлі-продажу може бути товар, майнові права або право вимоги. У даному випадку мова йде про зобов'язання гаранта. Оскільки в результаті укладення договору між гарантом і принципалом не передається товар, майнове право чи право вимоги, відносини, які виникають не охоплюються конструкцією договору купівлі-продажу.

Ми погоджуємось з Ю.В. Петровським, який вважає, що договір про видачу гарантії є договором про надання фінансових послуг [119, с. 15]. Це пояснюється також тим, що згідно з п. 7 ст. 4 Закону України „Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг”[130] надання гарантій віднесено до фінансових послуг.

Якщо звернутись до етимології слова „послуга”, то під ним розуміється 1) дія, вчинок, що дає користь, допомогу іншому; 2) діяльність підприємств, організацій та окремих осіб, виконувана для задоволення чиїх-небудь потреб; обслуговування [131, с. 894]. Таким чином, послуга – це діяльність, результати якої не мають, як правило, матеріального вираження, вони реалізуються і споживаються у процесі здійснення цієї діяльності.

Відповідно до ст. 901 ЦК України за договором про надання послуг одна сторона (виконавець) зобов'язується за завданням другої сторони (замовника) надати послугу, яка споживається в процесі вчинення певної дії

або здійснення певної діяльності, а замовник зобов'язується оплатити виконавцеві зазначену послугу, якщо інше не встановлено договором.

Відповідно до ст. 1 Закону України „Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг” фінансова послуга – операції з фінансовими активами, що здійснюються в інтересах третіх осіб за власний рахунок чи за рахунок цих осіб, а у випадках, передбачених законодавством, - і за рахунок залучених від інших осіб фінансових активів, з метою отримання прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів.

За договором про видачу гарантії гарант зобов'язується видати гарантію на узгоджених умовах і забезпечити виконання умов даної гарантії протягом всього строку, на який вона буде видана. У даному випадку принципала цікавлять саме дії гаранта з видачі гарантії і виконання всіх її умов. Оскільки гарантія є зобов'язанням гаранта перед бенефіціаром, то вона невіддільна від свого суб'єкта – гаранта, і не може бути використана принципалом чи бенефіціаром без його участі.

Таким чином договір про видачу гарантії належить до договорів на надання фінансових послуг, і є самостійним видом цивільно-правового договору.

Оскільки правова природа і зміст договору гаранта і принципала законодавством не визначені, то його умови можна встановити, виходячи із цілей сторін, які домовляються, тобто з того результату, який вони повинні одержати, виконавши договір. Зміст договору про видачу гарантії включає наступні права та обов'язки сторін. Гарант зобов'язується в порядку, встановленому договором, надати кредитору принципала (бенефіціару) своє письмове зобов'язання у формі гарантії сплатити певну суму грошей у випадку невиконання чи неналежного виконання принципалом свого обов'язку перед бенефіціаром. За видачу гарантії принципал зобов'язаний сплатити гаранту винагороду і в порядку, передбаченому договором,

задовольнити регресні вимоги гаранта стосовно сум, сплачених бенефіціару за гарантією.

Видача гарантії належить до операцій, які можуть здійснюватись банками. Відповідно і процедури, які супроводжують видачу гарантії, як правило, ретельно розроблені банками.

Варто погодитись з Л.О. Бірюковою, яка вважає, що відносини, пов'язані з видачею гарантії проходять декілька стадій:

1. заява принципала про видачу банківської гарантії і укладення договору про видачу банківської гарантії;
2. видача банківської гарантії;
3. обмін інформацією при виконанні зобов'язання гаранта за банківською гарантією;
4. пред'явлення регресних вимог гаранта до принципала [132, с. 15].

Отже, видачі гарантії передуює оформлення декількох документів. Підставою видачі гарантії є саме прохання принципала. Варто зазначити, що за видачею гарантії може звернутися також бенефіціар, оскільки для нього важливою є участь у договорі банку, клієнтом якого він є і якому довіряє у фінансовій оцінці стану принципала. Проте, хто б не виступав ініціатором видачі гарантії: принципал чи бенефіціар, з проханням до банку повинен звернутись саме принципал, оскільки договірні відносини у банку виникають саме з принципалом. Адже, як зазначає Н.В. Соболева, з економічної точки зору в результаті видачі гарантії банк бере на себе кредитний ризик, який полягає у невиконанні чи неналежному виконанні зобов'язання принципалом. При реалізації кредитного ризику банк видає кредит принципалу, призначенням якого є виконання основного зобов'язання принципала перед бенефіціаром. Тому хоча грошові кошти за гарантією сплачуються бенефіціару, відповідальним за повернення кредиту перед банком-гарантом є принципал [98, с. 74-75].

У розвинутому комерційному обороті прохання принципала про видачу гарантії та умови задоволення цього прохання визначаються договором гаранта з принципалом про порядок та умови видачі гарантії. У законі не вказано, яким повинно бути прохання принципала, письмовим чи усним. Проте банк як гарант надає перевагу одержанню письмового прохання принципала. Це дозволить усунути будь-які неузгодженості у випадку цивільно-правового спору: просив чи не просив принципал у гаранта видати банківську гарантію.

Нерідко принципалу, котрий звертається до банку за гарантією, пропонується заповнити заяву про надання гарантії. Відповідно до глави 1 розділу 2 Положення про порядок здійснення банками операцій за гарантіями в національній та іноземній валютах [89] заява про надання гарантії заповнюється з використанням відповідних технічних засобів або від руки та подається до банку-гаранта не менше, ніж у двох примірниках, - один з яких оригінал, другий – копія. Перший примірник заяви про надання гарантії має містити відбиток печатки та підписи відповідальних осіб принципала, які зазначені ним у картці із зразками підписів і відбитком печатки, або підписи осіб, уповноважених на це їх установчими документами. А в разі подання заяви про надання гарантії в електронній формі за допомогою систем „клієнт-банк”, „клієнт-Інтернет-банк”, „телефонний банкінг” тощо, вона має містити електронні цифрові підписи відповідальних осіб, які підписують її на паперовому носії. Відповідальний працівник банку, який отримав заяву про надання гарантії в електронній формі, роздруковує її на паперовому носії, засвідчує підписом і зазначає дату здійснення друку.

Заява про надання гарантії відповідно до даного Положення обов'язково повинна містити такі реквізити:

1. Назву та місцезнаходження банку-гаранта або умови визначення банку-гаранта банком контргарантом;
2. Назву документа – „Заява про надання гарантії”;

3. Дату складання та номер заяви про надання гарантії (число – цифрами, місяць – цифрами або словами, рік – цифрами);

4. Повну або скорочену назву принципала, що збігається з назвою, яка зазначена ним у картці із зразками підписів і відбитка печатки, його місцезнаходження;

5. Назву національної валюти або іноземної валюти, в якій надається гарантія;

6. Суму гарантії цифрами і словами;

7. Номер договору або іншого документа, який згідно із законодавством України має силу договору (за наявності), або посилання на реквізити тендерної документації про поведення тендера, де передбачено основне зобов'язання;

8. Назву бенефіціара, його місцезнаходження або місце проживання;

9. Назву банку бенефіціара;

10. Вид гарантії;

11. Умови гарантії;

12. Строк дії гарантії;

13. Посилання на Уніфіковані правила для гарантій за вимогою, розроблені МТП, або інші міжнародні документи (за потребою);

14. Відбиток печатки, якщо заява подається на паперовому носії, підписи відповідальних осіб принципала.

Розглянувши заяву, банк повинен вирішити, чи може він надати гарантію за цього принципала. Для прийняття рішення гарант формує „кредитну справу” принципала, в яку входять три групи документів:

- документи, які підтверджують легальність створення та реєстрації принципала. Зазвичай це статут, засновницький договір і свідоцтво про реєстрацію;

- документи, які підтверджують повноваження посадових осіб чи рішення засновників про обрання особи, яка представляє виконавчий орган;

- документи, які підтверджують стабільність фінансового стану. Такими, зокрема, є виписки з рахунків, баланси, довідки про наявність ліквідного майна, відсутність заборгованості за кредитами перед іншими кредиторами. Цю інформацію гарант може перевірити, запросивши „розшифровки” до окремих рахунків балансу принципала [116, с. 64-65].

Оформлення відносин за гарантією можливе шляхом укладання одного документа, який підписується гарантом і бенефіціаром, а інколи навіть і принципалом, причому у цьому документі можуть викладатись не тільки умови гарантії, але й правила про взаємовідносини гаранта і принципала, хоча з точки зору юридичної техніки таке оформлення відносин недостатньо коректне, проте допустиме [30, с. 114].

Договір про видачу гарантії повинен бути складений згідно з вимогами, передбаченими ст. 6 Закону України „Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг”, а саме він повинен містити:

- 1) назву документа;
- 2) назву, адресу та реквізити суб'єкта підприємницької діяльності;
- 3) прізвище, ім'я і по батькові фізичної особи, яка отримує фінансові послуги, та її адресу;
- 4) найменування, місцезнаходження юридичної особи;
- 5) найменування фінансової операції;
- 6) розмір фінансового активу, зазначений у грошовому виразі, строки його внесення та умови взаєморозрахунків;
- 7) строк дії договору;
- 8) порядок зміни і припинення дії договору;
- 9) права та обов'язки сторін, відповідальність сторін за невиконання чи неналежне виконання умов договору;
- 10) інші умови за згодою сторін;

11) підписи сторін.

Форма договору між гарантом і принципалом визначається загальним правилом про форму правочинів. У зв'язку з тим, що гарантами можуть виступати банки, інші фінансові установи та страхові організації, які є юридичними особами, всі їх домовленості з принципалами повинні вчинятись у простій письмовій формі. Недодержання письмової форми не тягне недійсності договору між гарантом і принципалом, і тому не впливає на дійсність гарантії, виданої на підставі такого договору. Дане положення пояснюється тим, що видача гарантії – односторонній правочин, який породжує одностороннє зобов'язання гаранта перед бенефіціаром, а не перед стороною за договором про видачу гарантії, і тому гарантія є дійсною навіть у тих випадках, коли вона видана на підставі усного прохання принципала. Проте варто погодитись з В.А. Беловим, який вказує, що орієнтація договорів про надання забезпечення зобов'язань на створення передумов до вчинення інших правочинів і встановленню інших цивільних правовідносин в майбутньому є підставою для того, щоб висловити припущення про необхідність вчинення даних договорів у простій письмовій формі [133, с. 310].

Відповідно до ст. 638 ЦК України договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору. Істотними умовами договору є умови про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди. Істотними умовами договору про видачу гарантії є наступні:

- предмет гарантії;
- розмір винагороди та порядок її виплати;
- строк надання гарантії;

Предмет договору про видачу гарантії складається з декількох частин:

1) гарант зобов'язується видати бенефіціару письмове зобов'язання сплатити грошову суму. Гарант у даному випадку є боржником, а принципал – кредитором;

2) за видачу гарантії у принципала виникає обов'язок сплатити винагороду гаранту;

3) обов'язок принципала сплатити гаранту в порядку регресу суму, виплачену останнім бенефіціару за гарантією.

Відповідно до ст. 567 ЦК України відносини гаранта та принципала характеризуються оплатною основою. Це пояснюється тим, що гарантія, виходячи з її суб'єктного складу, стала своєрідним видом надання оплатних послуг, який передбачає для гаранта резервування, тобто вилучення з обігу певної грошової суми з метою забезпечення можливої в майбутньому відповідальності за невиконання зобов'язання третьою особою (боржником). За своєю економічною та юридичною суттю гарантії належать до кредитних операцій з високим рівнем ризику.

Правило про оплатність послуг гаранта закріплено у ст. 567 ЦК України, де зазначено, що гарант має право на оплату послуг, наданих ним боржникові. Редакція даної статті дає змогу припустити, що договором між гарантом і принципалом може бути встановлене безоплатне надання першим послуг останньому, адже отримання плати за надані послуги є лише правом особи, яка виступила гарантом. Більш вдалим, на нашу думку, є формулювання п. 2 ст. 369 ЦК РФ, де вказано, що за видачу банківської гарантії принципал сплачує гаранту винагороду. Норма ст. 369 ЦК РФ сформульована як імперативна, відповідно сторони не можуть відмінити її за своєю згодою. У ЦК України немає правил, які б дозволили встановити

розмір такої винагороди та порядок її сплати. Тому ці питання повинні бути вирішені у договорі про видачу гарантії, який укладається між гарантом та боржником. Не встановлення у договорі між гарантом і принципалом розміру такої винагороди гаранту робить послуги, надані ним боржникові, безоплатними, не впливаючи при цьому на силу самих гарантійних зобов'язань [14, с. 498].

Застосовуючи термін „оплата послуг” у ст. 567 ЦК України законодавець не має на увазі послуги, загальні положення щодо надання яких встановлені статтями 901-907 ЦК України. Надання гарантій визначається Законом України „Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг”, таким чином і під оплатою послуг слід розуміти оплату надання гарантії.

Розраховуючи плату за видачу банківської гарантії гаранти враховують такі фактори:

- суму гарантії та строк її дії;
- ризик платежу бенефіціару за гарантією;
- умови відшкодування сплачених сум за рахунок принципала;
- операційні витрати;
- вид гарантії і умови, на яких буде здійснюватись платіж [134, с. 162].

На ризик платежу впливає фінансовий стан принципала. За економічними правилами плата за ризик повинна компенсувати витрати, здійснені гарантом по платежу, якщо принципал не відшкодував суму в порядку регресу.

Важливе значення має також так звана кредитна історія принципала, яка обумовлює ступінь забезпеченості гарантії, тобто ступінь вірогідності одержання в порядку регресу сплачених гарантом сум від принципала. Якщо принципал надає гаранту надійне забезпечення своїх зобов'язань за договором про видачу гарантії, то розмір винагороди за видачу гарантії, як

правило, зменшується [98, с. 125]. Отже, плата, яка стягується з принципала за гарантією, тим менша, чим стабільніше його становище на ринку.

Винагорода за видачу гарантії може встановлюватись у процентному відношенні до суми гарантії або у твердій сумі. Сторони самі визначають, в які строки буде виплачуватись винагорода, а також буде вона виплачуватись частинами чи у повному об'ємі одразу.

Винагорода гаранту може виплачуватись у момент видачі чи після виконання гарантом своїх зобов'язань за домовленістю про видачу гарантії. Хоча В.А. Белов вважає, що винагорода – це своєрідний резервний фонд для гаранта. На його думку, плата у момент видачі гарантії має перевагу, оскільки у випадку вимоги бенефіціара до гаранта про виплату обумовленої суми у того вже буде в наявності частина грошей принципала, яка піде на погашення зобов'язань [71, с. 4]. Проте дану думку не можна вважати абсолютно точною. Це пояснюється тим, що: 1) плата за гарантію завжди значно менша від суми, на яку гарантія видається, вона не може бути резервом; 2) вимога до гаранта пред'являється не завжди і одержана плата за гарантією складає дохід.

Враховуючи жорсткий правовий режим гарантії, яка ставить гаранта у гірші умови порівняно з поручителем у аналогічній ситуації, вартість надання гарантії повинна бути вищою, ніж вартість надання поруки. Проте для банку-бенефіціара гарантія є надійнішим видом забезпечення кредиту, ніж порука. Правда, все залежить ще й від ділової репутації гаранта чи поручителя.

На практиці виникають ситуації, коли принципал сплатив гаранту винагороду, гарант видав гарантію, а принципал або бенефіціар не змогли нею скористатися з будь-яких причин, не пов'язаних з недоліком форми гарантії. Іншими словами у принципала є реальна можливість зазнати збитків у вигляді сплаченої гаранту винагороди. Ці втрати являють собою можливий підприємницький ризик принципала. Тому не можна погодитись з позицією

Г.О. Авансової, яка стверджує, що сума винагороди, яку одержує банк за видачу гарантії, складається із плати за користування кредитом, а якщо бенефіціар не скористався правом пред'явлення вимоги до гаранта, то сума винагороди може бути повернута принципалу [135, с. 179]. Такий підхід автора не враховує економічної природи зобов'язання гаранта, основний зміст якого полягає у прийнятті на себе гарантом кредитного ризику протягом всього строку дії гарантії. Таким чином, винагорода виплачується за саму операцію банку з видачі гарантії, тому принципал не має права вимагати повернення винагороди за одержану, але не використану гарантію.

Л.Г. Єфімова вважає, що договір про видачу гарантії – каузальний правочин. Тому, якщо принципал з будь-яких причин не виплачує гаранту обумовлену договором винагороду, останній має право не видавати гарантію. Але, якщо вона вже була направлена бенефіціару, гарантія зберігає силу, не зважаючи на відсутність зустрічного волевиявлення зі сторони принципала [136, с. 52].

В теорії права залежно від значення підстав правочину для його дійсності правочини поділяються на каузальні та абстрактні. Правочини, дійсність яких залежить від наявності конкретної підстави – цілі, є каузальним, а правочини, для дійсності яких підстава – ціль не має значення, є абстрактними [137, с. 230].

Під каузою правочину традиційно розуміється ціль цивільно-правового правочину, яка полягає у направленості правочину на досягнення безпосереднього правового результату [138, с. 19]. Тому відсутність каузи призводить до недійсності каузального правочину. Крім того, як вказує Л.Г. Єфімова, правове значення поняття „ціль правочину” полягає у тому, що ціль каузального правочину дозволяє визначити його правову природу і слугить одним із критеріїв розмежування договірних видів [139, с. 123].

Що стосується абстрактності зобов'язання, то розрізняють його матеріальну та процесуальну абстрактність. Процесуальна абстрактність

означає, що кредитор, вимагаючи реалізації своїх прав, не зобов'язаний доводити їх існування і дійсність – закон передбачає, що підстава такого зобов'язання існує [140, с. 205-206]. Проте, як вважає В.А. Белов, це лише припущення (презумпція), яка не виключає права боржника висувати заперечення проти вимоги кредитора. У цьому випадку боржник повинен довести безпідставність вимоги кредитора [141, с. 131-132]. Отже, матеріальна абстрактність існує тоді, коли закон не допускає висунення заперечень із підстав зобов'язання проти вимог добросовісного кредитора.

Таким чином, в рамках операції з видачі гарантії вчиняється два види правочинів: по-перше, каузальна – договір про видачу гарантії; по-друге, абстрактна – власне гарантія. Договір про видачу гарантії є каузальним правочином, який породжує зобов'язання гаранта перед принципалом з видачі гарантії. Гарантія є абстрактним правочином, оскільки зобов'язання гаранта виникає не перед стороною договору про її видачу – принципалом, а перед третьою особою – бенефіціаром. Тому, як вказує Р.П. Сойко, відсутність чи втрата договору про видачу гарантії не призводить до недійсності гарантії, коли вона вже видана, оскільки ця третя особа (бенефіціар) не є стороною договору, з якого виникло зобов'язання гаранта видати гарантію [49, с. 28].

Договір про видачу гарантії є:

1. двостороннім. Відповідно до ч. 3 ст. 626 ЦК України договір є двостороннім, якщо правами та обов'язками наділені обидві сторони договору. У договорі про видачу гарантії одна сторона (принципал) має право вимагати видачі гарантії і обов'язок оплатити за її видачу, а друга сторона (гарант) зобов'язується видати гарантію і має право на оплату наданих послуг;

2. консенсуальним. Консенсуальним є договір, для вчинення якого достатньо лише досягнення сторонами згоди за всіма істотними умовами.

Договір про видачу гарантії є укладеним з моменту досягнення сторонами згоди щодо всіх істотних умов.

3. відплатним. Відплатним є договір, у якому обов'язок однієї сторони здійснити певні дії відповідає обов'язку другої надати першій стороні зустрічне майнове задоволення. Відповідно до ст. 567 ЦК України відносини гаранта та принципала характеризуються оплатною основою. Це пояснюється тим, що гарантія є своєрідним видом надання оплатних послуг.

Таким чином, укладення договору про видачу гарантії є необхідною стадією видачі гарантії, оскільки вона не може бути видана без попереднього укладення договору про її видачу між гарантом і принципалом. У даному договорі визначаються взаємні права та обов'язки сторін, пов'язані з видачею гарантії.

Договір про видачу гарантії є підставою виникнення відносин гаранта та принципала, проте не є підставою виникнення зобов'язань гаранта перед бенефіціаром. На виконання договору про видачу гарантії видається сама гарантія як односторонній правочин, який є підставою виникнення зобов'язання гаранта перед бенефіціаром.

Оскільки договір про видачу гарантії є підставою для видачі гарантії, то доцільно було б включити у ЦК України норму, яка б містила визначення договору про видачу гарантії. Зокрема дану норму можна було б викласти у такій редакції: „Договором про видачу гарантії є письмова домовленість принципала і гаранта, за якою гарант зобов'язується видати гарантію в якості забезпечення виконання зобов'язання принципала перед бенефіціаром, а принципал зобов'язується сплатити винагороду за видачу гарантії”.

2.2. Суб'єкти гарантійного правовідношення

Суб'єктний склад гарантійного правовідношення є досить специфічним. Учасниками відносин при забезпеченні виконання зобов'язання гарантією є гарант, принципал (боржник) і бенефіціар (кредитор). Сторонами договору про видачу гарантії є принципал та гарант.

Гарантія є свідченням здатності принципала виконати свої зобов'язання. Бенефіціар бажає одержати реальні гарантії того, що у випадку невиконання зобов'язання принципалом він отримає очікуване за договором. Іншими словами, кредитор прагне звести до мінімуму свої ризики, тому йому не байдуже, хто буде виступати гарантом. У свою чергу боржник повинен виконати побажання кредитора у виборі гаранта. Це пояснюється тим, що у протилежному випадку він не буде впевнений, що кредитор погодиться укласти з ним договір.

На відміну від поручителя, до якого ЦК України не містить будь-яких спеціальних вимог, до гаранта законодавство встановлює особливі вимоги. Таким чином, гарантами можуть виступати лише ті юридичні особи, за якими таке право закріплене у законодавстві України.

Згідно зі ст. 560 ЦК України видати гарантію може не будь-яка особа, а тільки організація, яка є банком, фінансовою установою чи страховою організацією. Відповідно, обов'язковою умовою дійсності банківської гарантії є наявність у гаранта ліцензії на заняття певним видом діяльності (банківської, страхової). Метою ліцензування є забезпечення відповідності зазначених установ вимогам стабільності і платоспроможності, необхідних для нормального здійснення їх діяльності. Інші організації не можуть видавати банківські гарантії, а мають право укладати тільки договори поруки відповідно до ст. 553 ЦК України.

Оскільки фінансові установи здійснюють професійну діяльність у сфері оцінки і несення економічних ризиків, то з метою досягнення найбільшого ефекту від їх професійної діяльності, законодавство надало даним установам спеціальну правоздатність, дозволяючи займатися чітко визначеними видами

діяльності, на відміну від загального правила про загальну правоздатність, закріпленого ч. 1 ст. 91 ЦК України.

Принцип загальної правоздатності полягає у тому, що юридична особа здатна мати такі ж цивільні права та обов'язки, як і фізична особа, крім тих, які за своєю природою можуть належати лише людині. Проте даний принцип не є абсолютним і діє до тих меж, де законодавством в силу певних причин встановлені обмеження у правоздатності юридичних осіб і застосовується принцип спеціальної правоздатності.

На думку В.В. Кудашкіна, інститут спеціальної правоздатності юридичних осіб не є однорідним, відмінності залежать від підстав його встановлення. Автор виділяє наступні сфери дії інституту спеціальної правоздатності:

- сфера дії заборони у сфері загального дозволу, тобто там, де встановлені спеціальні обмеження (ліцензування, встановлення засновниками вичерпного переліку видів діяльності);
- сфера дії загальної заборони, підставою якої є закон [142, с. 48].

Прикладом першого обмеження є ситуація, визначена ч. 3 ст. 91 ЦК України, згідно з якою юридична особа може здійснювати окремі види діяльності, перелік яких встановлюється законом, після одержання спеціального дозволу (ліцензії). Проте слід зазначити, що в даному випадку загальна правоздатність юридичної особи не перетворюється у спеціальну, а встановлюється порядок легітимації загальної правоздатності у сфері дії публічних інтересів. Одержуючи ліцензію для здійснення діяльності у певній сфері, юридична особа одержує державне підтвердження свого вступу у цивільний оборот.

Інша ситуація виникає у сфері загальної заборони, коли законом прямо встановлена спеціальна правоздатність для окремих категорій юридичних осіб і введена заборона на зайняття тією чи іншою діяльністю, яка не відповідає основній меті їх створення. Так згідно зі ст. 48 Закону України „Про банки і банківську діяльність” [143] банкам заборонена діяльність у

сфері матеріального виробництва, торгівлі (за винятком реалізації пам'ятних, ювілейних і інвестиційних монет) та страхування, крім виконання функцій страхового посередника.

Побутує думка, що банки, фінансові установи та страхові організації, отримавши право видавати банківські гарантії, позбулись тим самим можливості бути поручителями в договорі поруки [144, с. 82]. Проте дана думка не відповідає дійсності, оскільки норми ЦК України про договір поруки не встановлюють подібного роду вимог до поручителів, а відповідно банки, кредитні установи та страхові організації можуть видавати гарантії та укладати договори поруки.

Гарантія, яка регулюється ЦК України, відрізняється від гарантії, встановленої ЦК УРСР (ст. 196), яка могла видаватись одними організаціями на забезпечення погашення заборгованості інших. Гарантами могли виступати різноманітні юридичні особи: вищестоящі організації, інші підприємства, банки. Гарантія слугувала цілям забезпечення інтересів банку як кредитора за позиками, які надаються ним господарським організаціям. Таким чином, згідно з ЦК УРСР суб'єктами гарантійного зобов'язання могли бути лише юридичні особи.

На відміну від ЦК УРСР ЦК України (ч. 1 ст. 560) звузив коло осіб, які можуть бути гарантами, обмеживши їх банками, іншими фінансовими установами та страховими організаціями, але розширив коло боржників, якими тепер можуть бути і фізичні, і юридичні особи. Законодавець, визначивши гарантами лише фінансові установи, тим самим хотів підкреслити значимість гарантії як виду забезпечення виконання зобов'язань. Адже тільки такі стабільні організації, як банки, страхові компанії, здатні переконати особу у тому, що гарантоване ними зобов'язання буде виконане.

Обмеження щодо кола суб'єктів існують у внутрішньому законодавстві не тільки України, але й інших країн. У Франції операції з надання різного роду банківських гарантій до недавнього часу були монополією банків.

Згодом до банків приєдналися Товариства взаємної поруки (SCM) та страхові компанії [145, с. 338-339].

Відповідно до ст. 2 Закону України „Про банки і банківську діяльність” банк – це юридична особа, яка має виключне право на підставі ліцензії Національного банку України здійснювати у сукупності такі операції: залучення у вклади грошових коштів фізичних і юридичних осіб та розміщення зазначених коштів від свого імені, на власних умовах та на власний ризик, відкриття і ведення банківських рахунків фізичних і юридичних осіб. Таким чином, банк – це основна ланка грошово-кредитної системи.

Відповідно до ст. 47 Закону України „Про банки і банківську діяльність” для здійснення банківських операцій необхідна наявність банківської ліцензії – документу, який видається НБУ в порядку і на умовах, визначених Законом України „Про банки і банківську діяльність”, на підставі якого банки мають право здійснювати банківську діяльність. Банківська ліцензія надається НБУ на підставі клопотання банку за наявності документів, що підтверджують: наявність сплаченого та зареєстрованого підписного капіталу банку у розмірі, що встановлюється Законом України „Про банки і банківську діяльність”; забезпеченість банку належним банківським обладнанням, комп’ютерною технікою, програмним забезпеченням, приміщенням відповідно до вимог НБУ; наявність мінімум як трьох осіб, призначених членами правління (ради директорів) банку, які мають відповідну освіту та досвід, необхідний для управління банком (ч. 3 ст. 19 Закону України „Про банки і банківську діяльність”). Банківська ліцензія не може бути передана третім особам.

Крім банків гарантами можуть виступати й інші фінансові установи. Вперше поняття фінансової установи було визначене Законом України „Про Національний банк України” [146], де такою визнавалась юридична особа, що проводить одну або кілька операцій, які можуть виконуватись банками, за винятком залучення вкладів.

Відповідно до ч. 1 ст. 1 Закону України „Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг” [130] фінансова установа – юридична особа, яка відповідно до закону надає одну чи декілька фінансових послуг та яка внесена до відповідного реєстру у порядку, встановленому законом. До фінансових установ належать банки, кредитні спілки, ломбарди, лізингові компанії, довірчі товариства, страхові компанії, установи накопичувального пенсійного забезпечення, інвестиційні фонди і компанії та інші юридичні особи, виключним видом діяльності яких є надання фінансових послуг.

Сьогодні фінансову установу розглядають за двома ключовими концепціями: як сферу надання фінансових послуг і як фірму, що надає фінансові послуги. Сфера надання фінансових послуг може розглядатися як сукупність усіх фірм, що складають фінансові послуги, або як об’єднання таких традиційних і сегментованих галузей промисловості, як банківська діяльність, цінні папери, страхування, нерухомість, кредит, фінанси [147, с. 61-62].

У п.5 ч. 1 ст. 1 Закону України „Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг” визначено, що фінансова послуга – операції з фінансовими активами, що здійснюються в інтересах третіх осіб за власний рахунок чи за рахунок цих осіб, а у випадках, передбачених законодавством, - і за рахунок залучених від інших осіб фінансових активів, з метою отримання прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів. Відповідно до ст. 4 даного Закону надання гарантій вважається фінансовою послугою.

Фінансові установи можуть створюватись у будь-якій організаційно-правовій формі, якщо закони з питань регулювання окремих ринків фінансових послуг не містять спеціальних правил та обмежень (ч. 1 ст. 8 Закону України „Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг”). У процесі реформування національної економіки України особливо швидкими темпами розвивається банківська система.

Специфікою українського фінансового ринку є недостатня ефективність діяльності таких інститутів, як небанківські фінансові установи. В економічно розвинених країнах спеціалізовані кредитно-фінансові інститути набувають дедалі більшого значення, складають серйозну конкуренцію банківським установам.

Залежно від сфери діяльності небанківські фінансові установи можна класифікувати так: страхові компанії, пенсійні фонди, інститути спільного інвестування, кредитні спілки, лізингові і факторингові компанії та інші кредитні й гарантійні установи [148, с. 146].

Ч. 1 ст. 560 ЦК України до числа суб'єктів, які можуть виступати гарантами відносить також і страхові організації. Відповідно до ст. 2 Закону України „Про страхування” [77] страховиками визнаються фінансові установи, які створені у формі акціонерних, повних, командитних товариств або товариств з додатковою відповідальністю згідно із Законом України „Про господарські товариства” [149] з урахуванням особливостей, передбачених цим Законом, а також одержали у встановленому порядку ліцензію на здійснення страхової діяльності.

Слова „страховик” , „страхова компанія”, „страхова організація” та похідні від них дозволяється використовувати у назві тим юридичним особам, які мають ліцензію на здійснення страхової діяльності. Таким чином, зі змісту ст. 2 Закону України „Про страхування” випливає, що терміни „страхова компанія” і „страхова організація” є тотожними. Предметом безпосередньої діяльності страховика може бути лише страхування, перестраховування та фінансова діяльність, пов'язана з формуванням, розміщенням страхових резервів та їх управлінням. Страхування відповідно до ст. 5 Закону України „Про страхування” може бути добровільним або обов'язковим. Добровільне страхування здійснюється на підставі договору між страхувальником і страховиком. До видів добровільного страхування належить страхування виданих гарантій (порук) та прийнятих гарантій (п. 20 ст. 6 Закону України „Про страхування”). У Законі прямо не вказано, що

страховики мають право видавати гарантії. У зв'язку з цим можна зробити висновок про те, що страховики можуть приймати участь у гарантійному зобов'язанні тільки на стороні боржника або кредитора.

Дане законодавче обмеження можна пояснити наступним чином. Зобов'язання гаранта є більш ризикованими порівняно з діяльністю страховика. Встановлення Законом України „Про страхування” виключних видів діяльності страховика пов'язане з тим, що дана діяльність має соціальний характер, і тому законодавець обмежив участь страховиків у особливо ризикованих операціях.

Отже, на даний час існує суперечність між ст. 560 ЦК України та ст. 6 Закону України „Про страхування” щодо можливості страхових організацій виступати гарантами. З метою усунення цих суперечностей необхідно внести відповідні зміни до Закону України „Про страхування”.

Оскільки і банки, і страхові організації є фінансовими установами, то з метою усунення протиставлення страхових організацій фінансовим установам ст. 560 ЦК України доцільніше було б викласти у такій редакції: „За гарантією банк або інша фінансова установа (гарант) гарантує перед кредитором (бенефіціаром) виконання боржником (принципалом) свого обов'язку”.

У ст. 368 ЦК Російської Федерації [96] також встановлено спеціальний суб'єктний склад гарантійного зобов'язання. Зокрема гарантами можуть виступати банки, інші кредитні установи чи страхові організації. Аналогічний суб'єктний склад передбачено Господарським кодексом України [150]. У ч. 1 ст. 200 ГК України вказано, що гарантія може бути видана банком, іншою кредитною установою, страховою організацією. Тобто як впливає із змісту ст. 200 ГК України гарантами можуть бути не будь-які фінансові установи, а лише ті, які є кредитними установами. Відповідно до ст. 1 Закону України „Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг” кредитна установа – фінансова установа, яка відповідно до закону має право за рахунок залучених коштів надавати

фінансові кредити на власний ризик. Дані поняття співвідносяться як родові та видові. Звідси випливає, що на рівні кодексів існують неузгодженості щодо суб'єктного складу гарантії, які вимагають відповідного узгодження. Адже варто погодитись з К. Молодиком, який вказує, що ситуація, коли суб'єктом одних правовідносин одночасно на одному нормативному рівні оголошується родовий суб'єкт та видовий суб'єкт, навряд чи можна назвати позитивною [151, с. 64].

У Банківському кодексі Республіки Білорусь [97] використаний інший підхід: у суб'єктний склад гарантійного зобов'язання на стороні гаранта включаються лише банківські або небанківські кредитно-фінансові організації. Це впливає зі змісту ст. 166 Банківського кодексу Республіки Білорусь, де зазначено, що „В силу банківської гарантії банк чи небанківська кредитно-фінансова організація (гарант) дають на прохання іншої особи (принципала) письмове зобов'язання сплатити кредитору принципала (бенефіціару) згідно з умовами даного гарантом зобов'язання грошову суму”. Таким чином страхові організації на території Республіки Білорусь не можуть виступати гарантами [69, с. 76].

Проте варто зазначити, що не всі фінансові установи можуть виступати гарантами. Зокрема це стосується кредитних спілок, ломбардів, інвестиційних фондів та інвестиційних компаній, довірчих товариств та накопичувального пенсійного фонду. Це пояснюється тим, що видача гарантії не належить до видів діяльності, які можуть здійснювати дані фінансові установи.

Відповідно до ст. 1 Закону України „Про кредитні спілки” [152] кредитна спілка — це неприбуткова організація, заснована фізичними особами, професійними спілками, їх об'єднаннями на кооперативних засадах з метою задоволення потреб її членів у взаємному кредитуванні та наданні фінансових послуг за рахунок об'єднаних грошових внесків членів кредитної спілки.

Неприбутковість кредитної спілки полягає в тому, що вся її діяльність спрямована не на отримання прибутку, а на надання кредитних та ощадних послуг своїм членам. Кредитна спілка – це форма самоорганізації, які, об'єднавшись власними силами, створюють для самих себе можливість задоволення своїх потреб у фінансовій сфері [153, с. 138].

Види діяльності, які може здійснювати кредитна спілка визначені у ст. 21 Закону, згідно з якою кредитна спілка відповідно до свого статуту:

- 1) приймає вступні та обов'язкові пайові та інші внески від членів спілки;
- 2) надає кредити своїм членам на умовах їх платності, строковості та забезпеченості в готівковій та безготівковій формі;
- 3) залучає на договірних умовах внески (вклади) своїх членів на депозитні рахунки як у готівковій, так і в безготівковій формі;
- 4) виступає поручителем виконання членом спілки зобов'язань перед третіми особами;
- 5) розміщує тимчасово вільні кошти на депозитних рахунках в установах банків, які мають ліцензію на право роботи з вкладками громадян, об'єднаній кредитній спілці, а також придбаває державні цінні папери, перелік яких встановлюється Уповноваженим органом, та паї кооперативних банків;
- 6) залучає на договірних умовах кредити банків, кредити об'єднаної кредитної спілки, кошти інших установ та організацій виключно для надання кредитів своїм членам, якщо інше не встановлено рішенням Уповноваженого органу;
- 7) надає кредити іншим кредитним спілкам, якщо інше не встановлено рішенням Уповноваженого органу;
- 8) виступає членом платіжних систем; оплачує за дорученням своїх членів вартість товарів, робіт і послуг у межах наданого йому кредиту;
- 9) провадить благодійну діяльність за рахунок коштів спеціально створених для цього фондів.

Провадження кредитною спілкою іншої діяльності, крім передбаченої цим Законом, не допускається. Отже, оскільки до видів діяльності кредитної спілки не віднесено можливість видачі гарантій, така діяльність нею не може здійснюватись.

Відповідно до п. 1.1. Положення про порядок надання фінансових послуг ломбардами [154] ломбард – фінансова установа, виключним видом діяльності якої є надання на власний ризик фінансових кредитів фізичним особам за рахунок власних або залучених коштів, під заставу майна на визначений строк і під процент та надання супутніх послуг ломбарду.

Згідно з п. 3.1. даного Положення до фінансових послуг ломбарду належать:

- надання фінансових кредитів за рахунок власних коштів;
- надання фінансових кредитів за рахунок залучених коштів.

До супутніх послуг ломбарду, якщо інше не встановлене законодавством, належать:

- оцінка заставленого майна відповідно до чинного законодавства та/або умов договору;
- надання посередницьких послуг зі страхування предмета застави на підставі агентського договору зі страховою компанією;
- реалізація заставленого майна відповідно до чинного законодавства та/або умов договору (п. 3.2. Положення).

Що стосується інвестиційних фондів та інвестиційних компаній, то їх правовий статус регулюється Законом України „Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди)” [155]. Відповідно до ст. 3 даного Закону інститут спільного інвестиування (далі ІСІ) – корпоративний інвестиційний фонд або пайовий інвестиційний фонд, який провадить діяльність, пов’язану з об’єднанням (залученням) грошових коштів інвесторів з метою отримання прибутку від вкладення їх у цінні папери інших емітентів, корпоративні права та нерухомість. Корпоративний

інвестиційний фонд – це ІСІ, який створений у формі відкритого акціонерного товариства і провадить виключно діяльність зі спільного інвестування (ст. 7 Закону України „Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди)”. Відповідно до ст. 22 Закону пайовий інвестиційний фонд – це активи, що належать інвесторам на праві спільної часткової власності, перебувають в управлінні компанії з управління активами та обліковуються останньою окремо від результатів її господарської діяльності. У Законі України „Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди)” не передбачено можливість інвестиційних фондів видавати гарантії. Крім того ч. 4 ст. 7 Закону України „Про інвестиційну діяльність” [156] встановлено, що майно інвестора може бути використано ним для забезпечення його зобов’язань.

Відповідно до Декрету Кабінету Міністрів України „Про довірчі товариства” [157] довірче товариство — товариство з додатковою відповідальністю, яке здійснює представницьку діяльність відповідно до договору, укладеного з довірцями майна щодо реалізації їх прав власників.

Відповідно до ст. 4 Декрету довірче товариство здійснює такі довірчі операції:

для громадян — збереження та представницькі послуги для обслуговування майна довірцелів;

для юридичних осіб — розпорядження майном, агентські послуги, ведення рахунків для власників їх цінних паперів та управління голосуючими акціями, переданими довірчому товариству шляхом участі в загальних зборах акціонерного товариства.

Довірчі товариства отримують за умовами укладеного договору право на участь в управлінні акціонерним товариством від імені його акціонерів або державних органів приватизації, які володіють акціями товариств, створених шляхом перетворення державних підприємств у акціонерні товариства.

Ще однією фінансовою установою, яка не видає гарантій є накопичувальний пенсійний фонд. Відповідно до ст. 1 Закону України „Про загальнообов’язкове державне пенсійне страхування” [158] накопичувальний пенсійний фонд — цільовий позабюджетний фонд, який створюється відповідно до цього Закону, акумулює страхові внески застрахованих осіб, що обліковуються на накопичувальних пенсійних рахунках та інвестуються з метою отримання інвестиційного доходу на користь застрахованих осіб, пенсійні активи якого використовуються для оплати договорів страхування довічних пенсій або одноразових виплат застрахованим особам, а у випадках, передбачених цим Законом, членам їхніх сімей чи спадкоємцям та на інші цілі, передбачені цим Законом.

Кошти Накопичувального фонду використовуються на:

- 1) інвестування з метою отримання доходу на користь застрахованих осіб;
- 2) оплату договорів страхування довічних пенсій або здійснення одноразових виплат;
- 3) оплату послуг компаній з управління активами;
- 4) оплату послуг виконавчої дирекції Пенсійного фонду, пов’язаних з адміністративним управлінням Накопичувальним фондом, у тому числі на проведення тендерів, у порядку та розмірах, установлених Радою Накопичувального фонду;
- 5) оплату послуг радника (радників) з інвестиційних питань;
- 6) оплату послуг зберігача;
- 7) оплату послуг із проведення планової аудиторської перевірки.

Отже можна зробити висновок про те, що оскільки фінансова установа наділена спеціальною правоздатністю, вона може виступати гарантом тільки у тому випадку, коли таке право передбачене нормативним актом, яким регулюється її діяльність.

Оскільки ст. 560 ЦК України визначила, що гарантами можуть бути лише фінансові установи, то гарантія, видана іншими юридичними особами, є недійсною. Проте існує ще й інша позиція, згідно з якою наслідком видачі гарантії особою, яка не наділена спеціальною правоздатністю, є визнання за відповідним зобов'язанням юридичної сили іншого зобов'язання [159, с. 36-37]. Пропонується вважати такі зобов'язання видом забезпечення, не передбаченим цивільним законодавством, проте встановленим сторонами на власний розсуд. Позиція Л.А Бірюкової ґрунтується на тому, що ЦК РФ та ЦК України містять відкритий перелік видів забезпечення виконання зобов'язань, тобто дозволяють учасникам цивільних правовідносин встановити види забезпечення, не передбачені кодексом, але такі, що не суперечать загальним засадам цивільного законодавства.

Проте, на нашу думку, для правильного вирішення даного питання необхідно вивчати права та обов'язки сторін за зобов'язанням. Тому, якщо права та обов'язки, викладені у документі свідчать про те, що сторони прагнули встановити саме відносини гарантії, але гарант є неналежним, таке зобов'язання має бути визнане судом недійсним.

Виключний перелік осіб, наділених можливістю надавати гарантію, пояснюється тим, що у вітчизняному законодавстві мова йде саме про банківську гарантію, а не про гарантії на вимогу, передбачені Уніфікованими правилами для гарантії на вимогу 1992 року, згідно з якими гарантами можуть бути будь-які юридичні та фізичні особи.

Таким чином, обмеження кола осіб за гарантією обумовлене наступними причинами:

- економічною природою гарантії як інструменту з передачі кредитного ризику;
- наявністю організацій, які спеціалізуються у сфері оцінки і несення кредитних ризиків;
- наявність системи державного контролю за діяльністю фінансових установ.

Із вище сказаного випливає, що здійснювати операції з видачі гарантій можуть тільки організації, платоспроможність яких контролюється державою. Дані заходи спрямовані на підвищення ефективності гарантії як виду забезпечення виконання зобов'язань.

Варто погодитись з К. Молодіко, який обґрунтовує доцільність жорсткого обмеження кола осіб, які можуть бути гарантами. Суть такої мотивації полягає у наступному:

- фінансові установи (особливо банки) є особами, щодо яких здійснюється особливо прискіпливий контроль з боку держави та вони є взагалі дещо більш публічними організаціями порівняно зі „звичайними” юридичними особами;
- психологічно саме такі установи сприймаються як особи, що професійно працюють з грошима, а тому чітко розуміють природу гарантії;
- такі установи мають структуру майна, яке найкращим чином задовольняє мету здійснення платежів на вимогу;
- фізичні особи-гаранти можуть посилатися на об'єктивну незрозумілість для них абстрактного та незалежного характеру гарантій, що потребує спеціальної підготовки. А тому судами можуть бути підтримані зауваження таких про те, що вони, надаючи „гарантію” мали на меті надати поруку, та відповідно можуть бути застосовані до спірних правовідносин норми законодавства про поруку [151, с. 66].

Характеризуючи правовий статус гаранта варто визначити його права та обов'язки, які випливають із договору про видачу гарантії. Основним обов'язком гаранта є обов'язок видати гарантію відповідно до умов договору про її видачу. З моменту узгодження сторонами істотних умов гарантії, гарант зобов'язаний видати гарантію. Належним виконанням даного обов'язку є видача гарантії встановленої форми, на відповідні строк та суму.

Обов'язок гаранта з видачі гарантії не належить до грошових зобов'язань, а полягає саме у видачі письмового документу про сплату грошової суми.

Гарант має право не видавати гарантію, якщо йому відомі обставини, які свідчать про те, що грошові кошти не будуть повернуті. До таких обставин можна віднести наступні:

1. Дані обставини повинні свідчити про те, що сума грошових коштів, сплачених за гарантією не буде повернута принципалом у визначений строк.
2. Зазначені обставини повинні бути очевидними не тільки для гаранта, але й для будь-якого іншого суб'єкта економічних відносин.
3. Вказані обставини повинні бути виявлені гарантом після укладення договору про видачу гарантії. Адже, якщо гарант укладає договір про видачу гарантії, знаючи наперед про подібні обставини, то він враховує цей факт при прийнятті рішення про укладення договору і тому не має права згодом відмовитись від видачі гарантії на підставі даних обставин.

Другим обов'язком гаранта є обов'язок повідомити принципала про вимогу бенефіціара і передати копії вимоги зі всіма доданими до неї документами.

Оскільки юридична конструкція гарантії характеризується принципом незалежності гарантії від основного зобов'язання, бенефіціар не зобов'язаний повідомляти принципала про пред'явлення вимоги за гарантією. Проте пред'явлення бенефіціаром вимоги впливає на відносини гаранта і принципала за договором про видачу гарантії. Значення даного обов'язку гаранта полягає у тому, щоб виключити подвійне виконання на користь бенефіціара, так як сплата грошових коштів за гарантією погашає основне зобов'язання у частині сплачених коштів. Якщо принципал не знає про відповідне виконання основного зобов'язання, то є можливість здійснення

ним повторного виконання основного зобов'язання, а це призведе до безпідставного збагачення бенефіціара.

До обов'язків гаранта належить також обов'язок до задоволення вимоги бенефіціара повідомити принципалу про те, що основне зобов'язання виконане, припинилось чи є недійсним. Значення даного обов'язку гаранта полягає в тому, що якщо гаранту стало відомо про припинення основного зобов'язання, він має право затримати платіж за заявленою бенефіціаром вимогою до одержання роз'яснення сторін або повторної вимоги бенефіціара.

Важливим обов'язком гаранта перед принципалом та бенефіціаром є його обов'язок сплатити грошові кошти за гарантією. Обов'язок гаранта перед принципалом зі сплати грошової суми за гарантією є кредитуванням принципала, оскільки сплата грошових коштів за гарантією припиняє зобов'язання принципала перед бенефіціаром, з однієї сторони, і є підставою виникнення зобов'язання принципала перед гарантом із задоволення регресної вимоги гаранта, яке виникає із договору про видачу гарантії – з другої сторони.

Варто зазначити також про обов'язок гаранта повідомити принципала про припинення гарантії. Оскільки обов'язок гаранта з видачі гарантії не обмежується тільки фактом її видачі, а включає в себе і строк несення гарантом кредитного ризику, то при достроковому припиненні дії гарантії гарант зобов'язаний повідомити про це принципала. Даний обов'язок поширюється тільки на випадки дострокового припинення дії гарантії. Невиконання даного обов'язку гаранта може призвести до збитків принципала, пов'язаних з продовженням виконання принципалом договору про видачу гарантії після його припинення.

Вказані обов'язки гаранта є основними, інші обов'язки можуть встановлюватись договором про видачу гарантії.

Одночасно з обмеженням кола осіб, які можуть бути гарантами ст. 560 ЦК України розширила коло боржників.

Боржник – сторона в договорі (юридична або фізична), яка зобов’язана здійснити на користь другої сторони – кредитора певну дію (сплатити кошти, виконати роботу тощо) або утриматися від дії. Аналогічне тлумачення поняття боржника випливає із визначення зобов’язання. Відповідно до ст. 509 ЦК України зобов’язанням є правовідношення, в якому одна сторона (боржник) зобов’язана вчинити на користь другої сторони (кредитора) певну дію (передати майно, виконати роботу, надати послугу, сплатити гроші тощо) або утриматися від певної дії, а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов’язку. Принципалом може виступати боржник або майбутній боржник бенефіціара за основним зобов’язанням. Проте місце принципала може зайняти інша особа, наприклад, банк-посередник. Так, у ст. 2 Уніфікованих правил для гарантій на вимогу вказано, що гарантія може бути видана не тільки за наказом і під відповідальність принципала, але й за наказом і під відповідальність банку, страхової організації чи будь-якої юридичної чи фізичної особи (емітента), яка діє за наказом принципала на користь бенефіціара.

Права та обов’язки принципала за договором про видачу гарантії відповідають обов’язкам та правам гаранта. Обов’язки принципала визначаються виплатою винагороди за видачу гарантії і задоволенням регресної вимоги гаранта.

Висновки до розділу 2

Дослідивши питання, пов'язані з видачею гарантії, можна зробити наступні висновки:

1. Юридичним фактом, який породжує гарантійне зобов'язання між гарантом і бенефіціаром є видача гарантії. Видача гарантії - це передача гарантом належним чином оформленої гарантії принципалу чи бенефіціару. Проте видачі гарантії передують юридично оформлені відносини між гарантом і принципалом.

2. Підставою виникнення відносин гаранта і принципала є договір про видачу гарантії. Ініціатором видачі гарантії виступає принципал, який повинен звернутися до гаранта з проханням про видачу гарантії. Таке прохання повинно бути оформлене у письмовій формі. У проханні повинні міститися істотні умови договору про видачу гарантії. Прохання принципала розглядається як оферта до укладення договору про видачу гарантії, а укладення договору є акцептом.

3. Договір про видачу гарантії визначає порядок та умови її видачі. Істотними умовами договору є умови про предмет, розмір винагороди та порядок її виплати, а також строк надання гарантії. Форма договору визначається загальним правилом про форму правочинів. Проте з метою забезпечення інтересів гаранта та принципала доцільно укласти такий договір у письмовій формі.

4. Договір про видачу гарантії належить до договорів про надання фінансових послуг. Даний договір є оплатним, двостроннім, консенсуальним, каузальним. Автором запропоноване наступне визначення договору про видачу гарантії: „Договором про видачу гарантії є письмова домовленість принципала і гаранта, за якою гарант зобов'язується видати гарантію в якості забезпечення виконання зобов'язання принципала перед бенефіціаром, а принципал зобов'язаний сплатити винагороду за видачу гарантії”.

5. Для виникнення гарантійних правовідносин необхідне послідовне вчинення двох дій: договір між принципалом і гарантом про видачу гарантії; односторонній правочин – видача гарантії. Проте обов'язок гаранта з виплати гарантійної суми виникає саме з видачі гарантії і не залежить від договору про її видачу.

6. Суб'єктами відносин за гарантією є гарант, кредитор та боржник. Відповідно до ст. 560 ЦК України гарантами можуть виступати банки, фінансові установи, страхові організації. Проте, оскільки і банки, і страхові організації є фінансовими установами, то з метою усунення протиставлення страхових організацій фінансовим установам, автором запропоновано викласти ст. 560 ЦК України у такій редакції: „За гарантією банк або інша фінансова установа (гарант) гарантує перед кредитором (бенефіціаром) виконання боржником (принципалом) свого обов'язку”.

Тобто гарантами можуть бути такі фінансово-стабільні установи, платоспроможність яких контролюється державою. Проте варто зазначити, що видавати гарантії можуть не всі фінансові установи, а лише ті, яким таке право надане законодавством. З метою усунення відповідних суперечностей необхідно внести зміни у законодавчі акти, які регулюють діяльність окремих фінансових установ.

7. Разом з обмеженням кола осіб, які можуть бути гарантами, цивільне законодавство розширило коло боржників, зобов'язання яких можуть забезпечуватись гарантією. Якщо ЦК УРСР передбачав, що боржниками можуть бути лише юридичні особи, то відповідно до чинного законодавства ними можуть бути як юридичні, так і фізичні особи.

РОЗДІЛ 3

ПРАВОВІ НАСЛІДКИ НЕВИКОНАННЯ БОРЖНИКОМ ЗOBOB'ЯЗАННЯ, ЗАБЕЗПЕЧЕНОГО ГАРАНТІЄЮ

3.1. Реалізація прав та виконання обов'язків за гарантією

За загальним правилом до реалізації забезпечувальних зобов'язань кредитор (бенефіціар) має право приступити у випадку невиконання чи неналежного виконання зобов'язання боржником (принципалом).

Так, Т.В. Боднар зазначає, що, забезпечувальний характер гарантії знаходить свій вияв у тому, що у разі порушення боржником зобов'язання, забезпеченого гарантією, гарант зобов'язаний сплатити кредиторів грошову суму відповідно до умов гарантії. Вчиняючи таку дію, гарант, по суті, виконує грошове зобов'язання принципала перед бенефіціаром повністю або у певній частині (але не більше суми, зазначеної в гарантії) відповідно до умов гарантії [160, с. 146].

Схожою є позиція П.Г. Резго, який зазначає, що гарантія призначена перш за все для того, щоб кредитор за основним зобов'язанням мав можливість задовольнити свої вимоги за рахунок гаранта, якщо принципал належним чином не виконає зобов'язання [161, с. 105]

Таким чином, при порушенні зобов'язання, забезпеченого гарантією, виникає обов'язок гаранта сплатити кредиторів певну грошову суму. Проте, як впливає зі змісту ст. 563 ЦК України, така відповідальність настає для гаранта не автоматично, а при пред'явленні до нього відповідної вимоги бенефіціаром. Тобто навіть якщо гаранту стало відомо про порушення зобов'язання принципалом, він може виконати покладені на нього виданою гарантією обов'язки тільки при наявності волевиявлення кредитора. Пред'явлення бенефіціаром вимоги за гарантією є його правом, яким він може скористатися або не скористатися. Проте, якщо бенефіціар реалізує

дане право, то він повинен дотримуватись всіх встановлених законом і гарантійним зобов'язанням вимог.

Підставою для виконання гарантом зобов'язання, встановленого ч. 1 ст. 563 ЦК України, є пред'явлення вимоги кредитором до гаранта про сплату грошової суми відповідно до виданої ним гарантії. У міжнародно-правових актах, що входять до законодавства, яке регулює загальні засади функціонування платіжних систем в Україні і відносини у сфері переказу грошей, і на практиці така вимога іменується претензією.

Як вірно зазначено у Науково-практичному коментарі до цивільного законодавства України ця претензія не охоплюється повністю поняттям претензії як способу досудового вирішення цивільно-правових спорів, що є припустимою лише в силу договору. Претензія, передбачена Уніфікованими правилами (вимога, передбачена ч. 2 ст. 563 ЦК) має матеріально-правовий характер. Вона перетворює обов'язок гаранта перед бенефіціаром (кредитором) в борг (разом зі спливом строку для її розгляду, що встановлюється гарантією). Отже, така претензія (вимога) є правочином [114, с. 302-303]. Важливо підкреслити, що бенефіціар повинен звернутися до гаранта з письмовою вимогою про сплату грошової суми, а не з позовом. Такою вимогою можуть бути визнані претензія або будь-яке інше подання вимоги у письмовій формі, яка б відповідала умовам виданої гарантії.

До вимоги, що пред'являється у письмовій формі додаються документи, вказані у гарантії. У кожному конкретному випадку перелік таких документів залежить від забезпечуваного зобов'язання, а також від того, наскільки досягнуто компроміс інтересів гаранта, принципала та бенефіціара.

Як вказує Г.О. Аванесова, зазвичай такими документами є:

- розрахунок заборгованості принципала перед бенефіціаром;
- акт про порушення основного зобов'язання;

- документи, які підтверджують належне виконання зобов'язання бенефіціаром (накладні, транспортні документи та ін.);
- висновок незалежної експертизи [63, с. 47].

Умова про документи, які необхідно представити гаранту, повинна бути включена у договір про видачу гарантії. Це пояснюється тим, що бенефіціар повинен бути ознайомлений з переліком документів, необхідних для одержання належної йому за гарантією суми. Крім того у нього буде можливість реально оцінити, чи зможе він зібрати всі необхідні документи в межах строку дії гарантії.

Таким чином, гарантії, які видаються банками, іншими фінансовими установами та страховими організаціями, відносяться до гарантій на вимогу, тобто до зобов'язань, за якими обов'язок гаранта впливає із пред'явлення письмової вимоги та будь-яких інших документів, вказаних у гарантії, і вони не ставляться у залежність від фактичного невиконання принципалом своїх обов'язків за основним договором. При видачі гарантії на вимогу гарант має справу не з фактом невиконання зобов'язання принципалом, а лише з документами.

Отже, на підставі норм про гарантію, які містяться у параграфі 4 глави 49 ЦК України, не можуть видаватись гарантії, за якими гарант зобов'язаний здійснити платіж у випадку, коли принципал реально порушив свої зобов'язання, а бенефіціар доказав цей факт гаранту. Тобто в якості документів, які додаються до вимоги про платіж, не повинні вказуватись документи, які пояснюють (виправдовують) причину звернення бенефіціара до гаранта, зокрема:

- документи, які підтверджують, що бенефіціар виконав свої зобов'язання за договором, а принципал не здійснює платіж у встановлені строки;
- свідчення уповноважених третіх осіб (наприклад, торгово-промислової палати) про те, що принципал не виконав свої зобов'язання;

- письмову згоду принципала з претензіями бенефіціара і з сумою, яка підлягає виплаті.

Проте гарант може вказати в якості документа, який необхідно додати до вимоги, рішення суду, яке задовольняє позов бенефіціара до принципала, який впливає із основного зобов'язання.

Відповідно до ст. 9 Уніфікованих правил для договірних гарантій претензія за гарантією може бути задоволена лише у випадку, якщо вона ґрунтується на невиконанні чи неналежному виконанні принципалом своїх договірних зобов'язань, і гаранту мають бути надані докази такого невиконання [61]. Було б доцільніше, щоб природа і форма таких доказів (наприклад, висновок незалежного експерта, спільний протокол кредитора і боржника, рішення суду) зазначалася у гарантії. У будь-якому випадку докази мають бути такими, що дозволяли б гаранту перевірити, чи відповідають вони документації, зазначеній у гарантії.

Платіж за гарантією не може бути обумовлений представленням оригіналу гарантії. Деякі банки вимагають від кредитора для одержання платежу за гарантією пред'являти в банк оригінал гарантії. Кредитори, які погоджуються на подібні умови гарантії, забувають про те, що повернення гарантії тягне її припинення.

Розумінню змісту ст. 563 ЦК України може сприяти поділ банківських гарантій на умовні та безумовні (гарантії на вимогу). При умовній гарантії гарант зобов'язаний здійснити платіж на користь бенефіціара у випадку пред'явлення останнім будь-яких документів, наприклад, рішення судових чи арбітражних органів. При гарантії на вимогу гарант зобов'язаний здійснити платіж за першою вимогою бенефіціара.

У вітчизняному законодавстві перевагу надано умовній гарантії, що впливає зі змісту ч. 3 ст. 563 ЦК України, згідно з якою у вимозі або у доданих до неї документах кредитор повинен вказати, у чому полягає порушення боржником основного зобов'язання, забезпеченого гарантією.

Відсутність такої вказівки дає підстави вважати, що вимога (претензія) як односторонній правочин не відповідає умовам гарантії (ч. 1 ст. 565).

Вказівка на те, у чому полягає порушення договору, не перетворює гарантію на поруку. Це підтверджується тим фактом, що гарант не перевіряє, чи дійсно мало місце порушення умов основного договору. Гарант безпосередньо працює тільки з документами. Документи, які підтверджують порушення принципалом основного договору можуть бути подані як бенефіціаром, так і принципалом.

Важливе значення має визначення місця пред'явлення та виконання гарантії. Оскільки вимога бенефіціара про сплату обумовленої в гарантії суми виконується гарантом, то гарантія повинна пред'являтися за місцем знаходження останнього. Проте, якщо у гарантії вказане місце, в якому необхідно пред'явити гарантію до оплати, то вона повинна бути пред'явлена гарантом саме у цьому місці.

Щодо визначення місця виконання гарантійного зобов'язання слід керуватись ст. 532 ЦК України, відповідно до якої місце виконання зобов'язання встановлюється у договорі. Якщо місце виконання зобов'язання не встановлено у договорі, виконання проводиться, зокрема: за грошовим зобов'язанням – за місцем проживання кредитора, а якщо кредитором є юридична особа, - за її місцезнаходженням на момент виникнення зобов'язання. Дана норма є диспозитивною. Тому сторони гарантії можуть самостійно визначити місце її виконання. Якщо ж вони цього не зробили, то застосовується правило ч. 2 ст. 532 ЦК України. Оскільки у гарантійних правовідносинах кредитором є бенефіціар, то виконання зобов'язання повинно здійснюватись відповідно за його місцем проживання або місцем знаходження.

Непростим запитанням, пов'язаним із використанням гарантії у міжнародній торгівлі, є питання про те, що означає дата спливу строку дії гарантії. Наприклад, в деяких (головним чином англосаксонських) країнах

вважається, що в межах строку дії гарантії повинна відбутися сама подія, яка тягне пред'явлення вимоги. А сама вимога може бути пред'явлена і після спливу строку дії гарантії, але в межах строку позовної давності [66, с. 61].

Відповідно до ч. 4 ст. 563 ЦК України кредитор може пред'явити вимогу до гаранта у межах строку, встановленого у гарантії, на який її видано. Пропуск зазначеного строку є підставою для відмови гаранта від задоволення вимог кредитора (ч. 1 ст. 565 ЦК України). Так, Л.О. Новосьолова вважає, що вказана вимога повинна бути саме одержана гарантом у межах строку дії гарантії, а не лише направлена бенефіціаром. Автор обґрунтовує свою позицію тим, що у даному випадку закон покладає на бенефіціара ризик затримання вимоги у дорозі, тому останній зобов'язаний вжити всіх доступних заходів для доставки вимоги у строк [128, с. 296].

Проте, варто зазначити, що формулювання ч. 4 ст. 563 ЦК України не виключає можливості застосування до вимоги кредитора загального правила, закріпленого у ч. 2 ст. 255 ЦК України, згідно з яким письмові заяви та повідомлення, здані до установи зв'язку до закінчення останнього дня строку, вважаються такими, що здані своєчасно. Тобто вимога бенефіціара, одержана гарантом після спливу строку дії гарантії, повинна вважатись одержаною у строк, якщо дотримане правило ч. 2 ст. 255 ЦК України.

Згідно зі ст. 26 Уніфікованих правил для гарантій на вимогу [62], якщо бенефіціар вимагає продовження строку дії гарантії в якості альтернативи пред'явленню платіжної вимоги відповідно до умов гарантії чи даним правилам, гарант повинен негайно повідомити про це сторону, яка дала йому вказівку видати гарантію. Гарант повинен відкласти виплату гарантійної суми на такий строк, який би дозволив принципалу і бенефіціару досягнути згоди про продовження строку дії гарантії, а принципалу – провести необхідні організаційні заходи.

Якщо домовленості про продовження дії гарантії не було досягнуто протягом періоду часу, вказаного у параграфі 1 ст. 26 Уніфікованих правил

для гарантій на вимогу, гарант зобов'язаний виплатити гарантійну суму бенефіціару відповідно до його платіжної вимоги, не вимагаючи більше жодних дій з його сторони. Гарант не несе відповідальності у випадку, якщо будь-який платіж бенефіціару буде затриманий з причин вказаної вище процедури. Навіть якщо принципал погоджується на продовження строку дії гарантії, він не може бути продовжений без згоди гаранта та емітента.

Вимога бенефіціара може не відповідати умовам гарантії перш за все за розміром суми, яка підлягає виплаті. У тому випадку, якщо сума, яку вимагає бенефіціар, перевищує передбачену у гарантії, гарант має право повністю відмовити у задоволенні вимоги бенефіціара. Якщо ж сума є меншою від вказаної в гарантії, все залежить від формулювання умов гарантії: у випадку, коли гарантією передбачена сплата на вимогу бенефіціара, чітко визначеної грошової суми, вимога меншої суми може служити формальною підставою для відмови у її виплаті; якщо ж у гарантії визначено лише верхню межу можливої суми, яка підлягає виплаті на вимогу бенефіціара, будь-яка сума, яка не перевищує даної межі, повинна бути сплачена гарантом.

Вимога бенефіціара може не відповідати умовам гарантії також за формою платежу (готівкою – безготівковими коштами), валюті, одержувачу платежу, порядку перерахування коштів та іншим умовам, недодержання яких може дати гаранту формальну підставу для відмови у задоволенні вимоги бенефіціара. Гарант має право відмовитись від платежу, якщо хоча б один із документів, які за умовами гарантії повинні бути додані до вимоги про платіж, був представлений гаранту після закінчення строку, встановленого в гарантії для задоволення вимоги [73, с. 576-577].

Слід зазначити, що законодавством не виключається можливість виправлення бенефіціаром недоліків у документах і повторного їх пред'явлення гаранту. Право на повторне пред'явлення вимоги про сплату у даному випадку впливає з того, що сама по собі відмова гаранта сплатити грошову суму не означає припинення гарантійного зобов'язання і не

припиняє права бенефіціара вимагати виплати грошової суми, передбаченої гарантією. Тому до спливу строку, на який видана гарантія, бенефіціар може не тільки повторно, але й безліч разів заявляти свою вимогу про сплату грошової суми, доки вона не буде задоволена. Гарант не має права відмовити у задоволенні вимоги на тій підставі, що вона заявлена повторно.

Закон не визначає, у якій формі повинна бути пред'явлена повторна вимога бенефіціара для того, щоб бути задоволеною гарантом. Ми вважаємо, що повторна вимога повинна бути оформлена аналогічно до первинної. Проте, якщо до першої вимоги додавались визначені у гарантії документи, то повторне їх пред'явлення не вимагається.

Практичне значення даного положення полягає у тому, що гарант, який повідомив про відомі йому обставини, що стосуються припинення або недійсності основного зобов'язання, не може бути визнаний таким, що прострочив за своїм зобов'язанням перед бенефіціаром до отримання від останнього повторної письмової вимоги до спливу розумного строку на її розгляд.

Проте, можлива ситуація, коли перше пред'явлення вимоги мало місце у межах встановленого у гарантії строку, а з врахуванням строків повторна вимога буде заявлена бенефіціаром поза межами строку. Оскільки закон не говорить, що перше пред'явлення було неналежним, немає підстав приймати в якості загального правила, що повторна вимога повинна бути обов'язково пред'явлена до спливу строку гарантії. Проте і визнання за бенефіціаром не обмеженого строком права пред'являти повторну вимогу суперечить природі гарантії.

В якості можливого підходу можна запропонувати наступне. Якщо бенефіціар направив повторну вимогу відразу після одержання повідомлення, то гарант не має права відмовити йому у виплаті з мотивів порушення встановленого строку, оскільки таку вимогу слід розглядати не як нову вимогу, а як підтвердження раніше заявленого. Якщо ж бенефіціар

допустить зволікання при пред'явленні повторної вимоги, то перша вимога вважається непідтвердженою і втрачає силу.

Необхідно також диференціювати вимоги бенефіціара до гаранта на вимоги про виконання зобов'язання та про застосування до гаранта встановленої відповідальності з точки зору порядку і строків їх пред'явлення. Не задоволена гарантом письмова вимога бенефіціара про виконання зобов'язання може бути пред'явлена бенефіціаром у формі позову в межах загального строку позовної давності, перебіг якої починається зі спливу розумного строку для розгляду гарантом заявленої письмової вимоги бенефіціара. Цей момент і є відправною точкою для визначення строку позовної давності за позовом бенефіціара про стягнення з гаранта збитків та процентів річних. Такий позов не обмежений строком, на який видана гарантія і може бути пред'явлений бенефіціаром у межах загального строку позовної давності.

Основним обов'язком гаранта є задоволення письмової вимоги бенефіціара, пред'явленої із дотриманням умов гарантії. ЦК України встановлює також супутні основному обов'язку додаткові обов'язки гаранта, пов'язані із розглядом вимог кредитора.

Відповідно до ч. 1 ст. 564 ЦК України після одержання вимоги кредитора гарант повинен негайно повідомити про це боржника і передати йому копії вимоги разом з доданими до неї документами. Даний обов'язок гаранта необхідний для того, щоб запобігти безпідставному збагаченню кредитора (глава 83 ЦК України), оскільки останній не позбавлений права в той же час звернутися до принципала щодо сплати санкцій за порушення зобов'язання, які будуть покриті грошовою сумою, на яку видана гарантія. З іншого боку, в момент пред'явлення вимоги бенефіціара можлива ситуація, коли основне зобов'язання між принципалом і бенефіціаром вже виконане чи припинилось з інших підстав, про що гарант може не знати. Повідомлення гарантом принципала про пред'явлену вимогу дає можливість принципалу

повідомити гаранта про вказані обставини. У такому випадку гарант має право затримати платіж, повідомивши про це бенефіціара.

У міжнародній банківській практиці вважається, що це допомагає у певній мірі виключити випадки зловживання гарантіями, коли бенефіціари висувають необґрунтовані вимоги платежу. Принципал відчуває себе захищеним, так як може розраховувати, що на підставі принципу рівності та доброї волі сторін його повідомлять у письмовій формі про те, що його звинувачують у порушенні своїх зобов'язань, і про суть цього порушення.

Крім того, цей обов'язок відіграє важливу роль у відносинах гаранта і принципала. Адже, як вірно зазначає Є.О. Суханов, його виконання враховується при пред'явленні гарантом регресних вимог до принципала. Тільки виконання гарантом своїх обов'язків відповідно до умов його домовленості з принципалом про видачу банківської гарантії є безспірною підставою для задоволення вимог гаранта до принципала [1, с. 90].

У ст. 564 ЦК України вказано, що гарант повинен негайно повідомити принципала про одержану вимогу бенефіціара. Аналогічна вимога міститься у ст. 375 ЦК РФ та у ст. 333 ЦК Республіки Казахстан [162]. Таке визначення строку дозволяє зробити висновок про те, що повідомлення гаранта повинно бути направлено принципалу з таким розрахунком, щоб він одержав його і зміг вчинити певні дії до моменту виконання вимоги бенефіціаром.

У білоруському законодавстві це питання врегульоване у Банківському кодексі Республіки Білорусь, де у ст. 173 зазначено, що при одержанні вимоги бенефіціара про платіж за банківською гарантією гарант повинен не пізніше наступного робочого дня повідомити принципала про вимогу, яка поступила і передати йому копії вимоги і супроводжуваних документів.

У тексті ст. 564 ЦК України не вказано, що гарант зобов'язаний повідомляти принципала про одержану від бенефіціара вимогу у письмовій формі. Тому таке повідомлення може бути зроблене в усній формі, по телефону або із використанням сучасних засобів зв'язку. У всіх випадках,

проте, гарант, який передбачає можливість пред'явлення регресних вимог до принципала, зацікавлений у документальному підтвердженні направлення принципалу відповідного повідомлення. Таким чином, найбільш доцільним у даному випадку буде застосування письмової форми повідомлення. У зв'язку з цим пропонуємо ч. 1 ст. 564 ЦК України викласти у наступній редакції: „Після одержання вимоги кредитора гарант повинен негайно повідомити про це боржника у письмовій формі і передати йому копії вимоги разом з доданими до неї документами”.

В обов'язок гаранта входить також передача принципалу „копії вимоги разом з доданими документами”. Всі „додані документи” також повинні передаватись принципалу у копіях, так як їх оригінали можуть знадобитись самому гаранту для врегулювання можливих розбіжностей і спорів як з бенефіціаром, так і з принципалом.

Всі документи, вказані в гарантії і представлені за нею, включаючи і вимогу про платіж, повинні бути перевірені ретельно гарантом з тим, щоб впевнитись, чи відповідають вони за зовнішніми ознаками умовам гарантії. Гарант повинен проявити „розумну дбайливість”, щоб встановити, чи відповідають вимоги бенефіціара умовам гарантії. Термін „розумна дбайливість” згідно з міжнародною банківською практикою стосовно гарантій на вимогу повинен бути розшифрований як обов'язок гаранта впевнитись, чи відповідають документи за своїми зовнішніми ознаками умовам гарантії, а в жодному разі не перевіряти достовірність будь-якого повідомлення про порушення зобов'язання принципалом. Гарант може визначити відповідність документів умовам гарантії тільки за зовнішніми ознаками, оскільки в його компетенцію не входить вирішення питання про виконання принципалом і бенефіціаром своїх обов'язків за основним зобов'язанням. Якщо дані документи за зовнішніми ознаками не відповідають умовам гарантії чи суперечать один одному, у платежі повинно бути відмовлено.

Відповідно до п. 1 глави 4 Положення про порядок здійснення банками операцій за гарантіями в національній та іноземних валютах банк-гарант (резидент), отримавши від бенефіціара або банку бенефіціара, або іншого банку вимогу, має переконатися в достовірності цієї вимоги. У разі отримання вимоги від бенефіціара банк-гарант (резидент) повинен перевірити справжність підписів на вимозі або в разі отримання повідомлення від іншого банку про виставлення бенефіціаром вимоги – перевірити ключі, підписи, формат SWIFT.

У разі потреби банк-гарант (резидент) надсилає запит до банку бенефіціара або іншого банку, через який було передано вимогу, для уточнення достовірності цієї вимоги/повідомлення. Банк-гарант (резидент) приймає вимогу, яка відповідає умовам гарантії, надсилає копію цієї вимоги принципалу (разом з копіями документів, якими вона супроводжувалась, якщо подання таких документів передбачалось умовами гарантії) після отримання відповідних уточнень, що підтверджують її достовірність, або до отримання таких уточнень. Якщо після подання копії вимоги принципалу банк-гарант отримує письмове підтвердження недостовірності пред'явленої вимоги, то банк-гарант надсилає письмове повідомлення про такий факт принципалу або бенефіціару.

Гарант відмовляє у виплаті, якщо вказане бенефіціаром у вимозі порушення принципалом основного обов'язку не є тим порушенням, яке відповідно з умовами гарантії дає право вимагати платежу від гаранта.

Гарант повинен розглянути вимогу кредитора разом з доданими до неї документами в установленій у гарантії строк, а у разі його відсутності – в розумний строк і встановити відповідність вимоги та доданих до неї документів умовам гарантії.

Гарант повинен мати розумний строк, щоб перевірити вимоги за гарантією і вирішити, платити за вимогою чи відмовити. Крім того гарант повинен проявити розумну дбайливість, щоб встановити, чи відповідає дана

вимога і додані до неї документи умовам гарантії. Термін „розумний строк” є новим для ЦК України. Він не використовується у ст. 530 ЦК України, яка містить загальні для виконання зобов’язань положення щодо строку (терміну) виконання зобов’язання. Тому на відміну, наприклад, від ст. 314 ЦК Російської Федерації, ЦК України не регулює співвідношення застосування „розумного строку” і „пільгового” семиденного. На думку Т. В. Боднар, якщо строк виконання обов’язку гаранта, передбаченого ч. 2 ст. 563 ЦК України, гарантією не встановлений, розумний строк вчинення цих дій не може перевищувати пільгового семиденного терміну [160, с. 147].

Оцінка того, чи є строк, затрачений гарантом на розгляд вимоги бенефіціара, розумним, повинна проводитись судом при розгляді спору між гарантом і бенефіціаром з врахуванням всіх конкретних умов такого спору. Дана обставина має велике практичне значення для визначення моменту, з якого гарант може вважатись боржником, який прострочив грошове зобов’язання. Від цього залежить обсяг відповідальності гаранта. Якщо гарант вирішив відмовити у вимозі, він повинен негайно повідомити про це бенефіціара.

Повідомлення про порушення не дає гаранту права вникати у суть відносин між бенефіціаром і принципалом. Мова йде про зобов’язання інформаційного характеру. Проте, якщо бенефіціар не повідомив, у чому полягає порушення принципала, то гарант може відмовити у задоволенні вимоги бенефіціара. При цьому, як зазначає, Б.М. Гонгало, вирішальне значення має не з’ясування вини принципала, не аналіз відносин, які склалися між принципалом і бенефіціаром та ін., а формальна відповідність вимоги бенефіціара та доданих до вимоги документів умовам гарантії [30, с. 118].

Враховуючи вище сказане, слід звернути увагу на доцільність встановлення строку розгляду вимог кредитора у нормативному акті. Ч. 2 ст. 564 ЦК України пропонуємо викласти у такій редакції: „Гарант повинен

розглянути вимогу кредитора разом з доданими до неї документами в установленій в гарантії строк, а у разі його відсутності – в семиденний строк і встановити відповідність вимоги та доданих до неї документів умовам гарантії”.

Відмова у задоволенні вимоги можлива у двох випадках:

а) вимога або додані до неї документи не відповідають умовам гарантії;

б) або якщо вони подані гарантові після закінчення строку дії гарантії (ч. 1 ст. 565 ЦК України).

Значення даних правил вчені-правознавці пояснюють не тільки наслідком сутності гарантії як безумовного одностороннього зобов'язання, але й тим, що виконання основного зобов'язання може видатись неналежним, а припинення чи недійсність основного зобов'язання – тільки уявним, і з цих питань можливі тривалі спори, в тому числі судові. Такі обставини не повинні послаблювати юридичну надійність гарантії як виду забезпечення, якщо бенефіціар повторно заявляє про платіж за гарантією [163, с. 36].

Слід звернути увагу на те, що наявність у гаранта права відмови від задоволення вимоги кредитора відрізняє гарантію від договору поруки, за яким поручитель має тільки право висунути проти вимоги кредитора заперечення, які міг би висунути сам боржник, проте не має права відмовитись від задоволення вимог кредитора (ст. 555 ЦК України).

Підстави відмови від задоволення вимог кредитора не мають жодного відношення до основного зобов'язання, і є виявом дії принципу незалежності зобов'язання гаранта перед бенефіціаром від основного зобов'язання, забезпеченого гарантією.

За французьким правом гарант може відмовитись від виплати грошової суми за гарантією у таких двох випадках: 1) перш за все посилення на шахрайство; 2) зловживання бенефіціара [164, с. 62].

Гарант повинен негайно повідомити кредитора про відмову від задоволення його вимоги (ч. 2 ст. 565 ЦК України). Закон не зобов'язує гаранта повідомляти бенефіціара про підстави відмови. Проте належне виконання гарантом своїх зобов'язань за гарантією включає в себе, враховуючи характер вчинюваних дій, його обов'язок повідомити бенефіціару, чому відхилена пред'явлена вимога. Відсутність цих даних позбавляє бенефіціара можливості оцінити правомірність дій гаранта, а також можливості оперативно виправити допущені помилки. З метою забезпечення інтересів бенефіціара в тексти гарантій слід включати відповідні умови.

Не можна не погодитись з думкою про те, що у будь-якому разі бенефіціар має право вимагати подібного пояснення, так як мова йде про відмову задовольнити належне йому право [1, с. 91].

Ч. 3 ст. 565 ЦК України на гаранта покладається обов'язок негайно повідомити кредитора і боржника про відомі йому обставини, пов'язані з недійсністю основного зобов'язання або про його припинення, якщо про ці обставини він дізнався до задоволення вимоги бенефіціара. Такими обставинами є повне або часткове виконання забезпеченого гарантією зобов'язання, його припинення з інших підстав, недійсність основного зобов'язання. Наявність зазначених обставин в силу відокремленого характеру гарантійного зобов'язання не впливає на зміст і обсяг відповідальності гаранта перед бенефіціаром.

Що стосується того факту, що гарант повинен повідомити бенефіціара про відомі йому обставини, пов'язані з недійсністю чи припиненням основного зобов'язання, то це пов'язано з тим, що у деяких випадках бенефіціар може не знати, що принципал виконав своє зобов'язання за основним договором належним чином. У такій ситуації добросовісний бенефіціар відмовиться від своєї вимоги за гарантією.

Важливе питання, яке виникає при застосуванні гарантії, полягає у тому як захистити гаранта від недобросовісного бенефіціара. На думку Т. Лазаревої дане питання виникає у зв'язку з особливостями гарантії на вимогу, обумовленими незалежним („абстрактним”) характером гарантійного зобов'язання на вимогу щодо основного договору і її безумовним характером, враховуючи при цьому, що для здійснення платежу за такою гарантією достатньо представлення будь-якого вказаного в гарантії документа, в тому числі простої письмової вимоги [165, с. 63].

Особливу увагу проблемі зловживань з боку бенефіціара присвячено у Конвенції ООН 1995 р. Зокрема у ст. 19 Конвенції міститься вичерпний перелік випадків, коли гарант має право призупинити платіж не тільки на підставі формальної невідповідності пред'явленої вимоги умовам гарантії, але й у зв'язку з тим, що для вимоги бенефіціара немає достатніх підстав. Вимога бенефіціара немає достатніх підстав у наступних випадках:

- обставина чи ризик, на випадок яких гарантія повинна була забезпечити бенефіціара, не виникли;
- основне зобов'язання принципала визнане недійним судом або арбітражем, якщо тільки в гарантії не вказано, що така обставина охоплюється ризиком, на випадок якого видана гарантія;
- основне зобов'язання було виконане належним чином;
- виконанню основного зобов'язання перешкоджала умисна неправомірна поведінка бенефіціара;
- при пред'явленні вимоги за контргарантією бенефіціар цієї контргарантії, діючи як гарант за гарантією, до якої належить дана контргарантія, недобросовісно здійснює платіж [67].

За наявності даних підстав міри реагування на недобросовісну поведінку бенефіціара полягають не тільки у праві гаранта призупинити платіж за гарантією, але й включають в себе право принципала на тимчасові судові

заходи. Відповідно до ст. 20 Конвенції суд на підставі наявних у нього доказів може:

- видати попередній наказ, який забороняє бенефіціару приймати платіж, включаючи наказ про затримання гарантом/емітентом коштів за зобов'язанням, або
- видати попередній наказ про блокування надходжень за зобов'язанням, сплачених бенефіціару, з врахуванням того, що відсутність такого наказу могла б завдати принципалу збитків.

На думку Н.В. Соболевої передбачені Конвенцією ООН 1995 р. способи реагування гаранта і принципала на можливу недобросовісну поведінку бенефіціара (призупинення платежу, тимчасові судові заходи) є виправданими, і сама можливість їх застосування в певній мірі вирішує завдання вирівнювання стимулів учасників гарантійних відносин [98, с. 188].

Таким чином, ЦК України на противагу Уніфікованим правилам для гарантій на вимогу МПП 1992 р. і Конвенції ООН про незалежні гарантії і резервні акредитиви від 1995 р., які послужили основою для правового регулювання інституту гарантії у вітчизняному праві, не передбачає обов'язку гаранта платити на першу вимогу. ЦК України наділяє його правом здійснити першу відмову від платежу. Якщо гарант після пред'явлення до нього вимоги кредитора дізнався про недійсність основного зобов'язання або про його припинення, він повинен негайно повідомити про це кредитора і боржника. Повторна вимога кредитора, одержана гарантом після такого повідомлення, підлягає задоволенню (ст. 565 ЦК України).

Слід зазначити, що гарант, не здійснюючи платіж на першу вимогу, повинен діяти добросовісно. Якщо він з метою ухилення від виплати направляє повідомлення при відсутності у нього відомостей про виконання чи припинення основного зобов'язання чи на підставі відомостей, які не можуть бути визнані такими, що заслуговують довіри, він допускає порушення і не має права посилається на пропуск бенефіціаром строку при

пред'явленні повторної вимоги. Не може бути за ним визнано і таке право у випадках, коли він затримав направлення повідомлення, з тим, щоб повторна вимога не могла бути пред'явлена в установлений строк. Таким чином, ЦК України передбачена гарантія, яка підлягає оплаті не на першу, а на другу вимогу бенефіціара.

Межі зобов'язання гаранта перед кредитором встановлені ст. 566 ЦК України. При цьому закон розмежовує саме зобов'язання гаранта (сплатити суму, на яку видана гарантія) та відповідальність гаранта за невиконання чи неналежне виконання ним цього обов'язку.

Сплата бенефіціару грошової суми, на яку видана гарантія, є виконанням гарантом свого зобов'язання. ЦК України не закріплює способу вираження цієї грошової суми, тому вона може визначатися умовами гарантії у вигляді твердої суми, у процентному відношенні до суми зобов'язання тощо [124, с. 497]. Обсяг зобов'язання, що виконується, не може виходити за межі суми, визначеної в гарантії. Тут ми маємо справу безпосередньо із додатковим забезпечувальним зобов'язанням, предмет якого певною мірою обмежується. Тобто таким чином законодавчо був встановлений обсяг відповідальності гаранта за порушення основного зобов'язання принципалом. Гарант не несе обов'язку відшкодовувати збитки, сплачувати неустойку понад вказану суму.

У гарантії може бути встановлена умова про виплату грошової суми частинами. Таке положення є вигідним для бенефіціара. Проте виникає питання, чи може гарант відмовитись виплачувати суму гарантії частинами. Застосовуючи за аналогією правила ст. 529 ЦК України, можна визначити, що кредитор має право не приймати від боржника виконання його обов'язку частинами, якщо інше не встановлено договором, актами цивільного законодавства або не впливає із суті зобов'язання чи звичаїв ділового обороту. У даній статті мова йде про право, яке надається кредитору. А у відносинах за гарантією кредитором є бенефіціар, а боржником – гарант. Таким чином, дане право належить не гаранту, а бенефіціару. Отже,

бенефіціар має право просити гаранта здійснювати виплату гарантійної суми частинами.

Відповідно до ст. 18 Уніфікованих правил для гарантій на вимогу грошова сума, яка виплачується відповідно до гарантії, повинна бути зменшена на суму будь-яких виплат, зроблених гарантом для задоволення платіжної вимоги. Якщо максимальна грошова сума, вказана в гарантії, була повністю сплачена на підставі платіжної вимоги, то дія гарантії припиняється.

У зв'язку з тим, що цивільне законодавство не регулює дану проблему, учасникам відносин за гарантією доцільно було б включати у текст гарантії пункт про можливість чи заборону часткових виплат за гарантією.

Важливе значення має також строк виконання гарантом своїх обов'язків. Якщо у гарантії не вказаний строк виконання гарантом свого обов'язку, то необхідно керуватись ч. 2 ст. 530 ЦК України згідно з якою, якщо строк (термін) виконання боржником обов'язку не встановлений або визначений моментом пред'явлення вимоги, кредитор має право вимагати його виконання у будь-який час. Боржник повинен виконати такий обов'язок у семиденний строк від дня пред'явлення вимоги, якщо обов'язок негайного виконання не впливає із договору або актів цивільного стану. Для гарантійного зобов'язання моментом з якого боржник має право вимагати виконання гарантом свого обов'язку є закінчення строку для розгляду пред'явленої бенефіціаром вимоги або момент прийняття гарантом рішення про задоволення вимоги бенефіціара, якщо таке рішення було прийняте раніше. Строк виконання обов'язку гарантом має важливе значення для визначення моменту настання відповідальності за невиконання гарантом обов'язку зі здійснення платежу.

Існує думка, згідно з якою гарант, виконуючи взяте на себе зобов'язання, несе відповідальність перед бенефіціаром [73, с. 577-578]. Проте це не так. Задовольняючи вимогу бенефіціара про сплату грошової суми, гарант

належним чином виконує своє зобов'язання. У випадку порушення ним цього обов'язку можлива відповідальність.

Як зазначає Б.М. Гонгало, деякого поширення набула у юридичній літературі точка зору, згідно з якою гарант сплачує певну суму бенефіціару при настанні так званого гарантійного випадку. Під гарантійним випадком розуміється „невиконання чи неналежне виконання принципалом” [30, с. 120], або „перелік порушень, з настанням яких з'являється підстава для пред'явлення вимоги зі сплати гарантом бенефіціару визначеної грошової суми” [76, с. 531]. Проте така позиція заперечує проголошену законом незалежність гарантії, оскільки задоволення вимог бенефіціара за такого підходу ставиться у залежність від поведінки боржника за основним зобов'язанням. Це суперечить ст. 565 ЦК України.

Відповідно до ст. 566 ЦК України у разі порушення гарантом свого обов'язку його відповідальність перед кредитором не обмежується сумою, на яку видано гарантію, якщо інше не встановлено у гарантії.

Пункт 1 ст. 566 ЦК України обмежує сумою гарантії тільки обов'язок гаранта перед бенефіціаром. Як вірно вказує Р.П. Сойко, сума гарантії є крайньою межею тієї частини ризику бенефіціара за основним зобов'язанням, яку зобов'язаний нести гарант. При цьому для пред'явлення гаранту вимоги про платіж достатньо, щоб принципал не виконав свої зобов'язання. Характер і розмір збитків бенефіціара, які виникли в результаті цього, значення не мають, враховуючи незалежність гарантії від забезпечуваного зобов'язання. В результаті платежу за гарантією гарант належним чином виконує власний обов'язок перед бенефіціаром [166, с. 26]. На даному етапі мова не йде про відповідальність. Якщо ж вказаний обов'язок не буде виконано, гарант може бути притягнутий до відповідальності.

Відповідальність за договором про видачу гарантії може наступити за невиконання чи неналежне виконання зобов'язання. Належним виконанням

зобов'язання зі сторони гаранта є видача гарантії, яка повністю відповідає вимогам законодавства і договору про видачу гарантії, та виконання вимог п. 1 ст. 564 і п. 3 ст. 565 ЦК України.

Порушення зобов'язань гарантом можуть полягати у:

- видачі гарантії, яка не відповідає умовам, вказаним у домовленості про видачу гарантії;
- видачі недійсної гарантії;
- порушенні строку видачі гарантії;
- невидачі гарантії [167, с. 44].

Зі сторони принципала належне виконання повністю залежить від того, чи скористався бенефіціар наданим йому банківською гарантією правом пред'явити гаранту вимогу про сплату грошової суми.

Якщо протягом строку, на який видана гарантія, бенефіціар не пред'явив гаранту вимогу про сплату грошової суми, належне виконання зобов'язання зі сторони принципала буде обмежуватись сплатою гаранту винагороди за видачу гарантії. У тому випадку, якщо бенефіціаром пред'явлено вимогу до гаранта і ця вимога задоволена, належним виконанням, окрім виплати винагороди, буде відшкодування гаранту за його регресною вимогою сум, сплачених бенефіціару за гарантією.

Таким чином, порушеннями зобов'язання принципалом можуть бути:

- порушення строку виплати винагороди;
- невивплата винагороди;
- виплата винагороди не у повному обсязі;
- порушення строку відшкодування в порядку регресу сум, сплачених бенефіціару;
- відшкодування в порядку регресу сум, сплачених бенефіціару, не в повному обсязі;

- невідшкодування в порядку регресу сум, сплачених гарантом бенефіціару.

За дані порушення домовленістю сторін може бути встановлена неустойка. Боржник (гарант) зобов'язаний відшкодувати кредитор (принципалу) збитки, спричинені невиконанням чи неналежним виконанням зобов'язання.

У принципала можуть виникнути збитки у вигляді неодержаних доходів внаслідок відмови бенефіціара від основного зобов'язання, якщо гарант:

- видав не ту банківську гарантію, яку замовляв принципал, керуючись вимогами бенефіціара;
- не видав банківську гарантію;
- видав недійсну банківську гарантію;
- порушив строк видачі банківської гарантії [167, с. 44-45].

У договорі про видачу гарантії сторони повинні визначити, чи звільняють гаранта сплата неустойки і відшкодування збитків від виконання зобов'язання в натурі чи ні у випадку невиконання чи неналежного виконання зобов'язання гарантом. Звичайно передбачити наперед, що буде відповідати інтересам принципала, практично неможливо. Тому в договорі про видачу гарантії може бути вказано, що при невиконанні чи неналежному виконанні гарантом зобов'язання питання про виконання зобов'язання в натурі вирішується шляхом внесення змін у дану домовленість. Якщо сторони не вносять зміни у домовленість про видачу гарантії, їх права та обов'язки регулюються відповідно до ст. 622 ЦК України.

За гарантією гарант є боржником бенефіціара за самостійним грошовим зобов'язанням про сплату повної грошової суми. Проте нечітке формулювання п. 2 ст. 566 ЦК України відповідно до якої відповідальність гаранта не обмежується сумою, на яку видано гарантію, якщо інше не встановлено у гарантії, породжує значні ускладнення. Перш за все, це формулювання дає підставу змішувати суму, на яку видана гарантія, з

відповідальністю гаранта. Проте сума, яка сплачується за гарантією в якості забезпечення, не є відповідальністю, як не є нею виплата страховиком суми страхового відшкодування. Відповідальність гаранта перед бенефіціаром – це самостійна відповідальність.

Проблема відповідальності гаранта поки що неналежним чином розроблена у юридичній науці, проте на практиці ці питання виникають часто і виникають значні ускладнення і спори.

Підставою відповідальності є факт порушення зобов'язання. За гарантією це невиконання чи неналежне виконання гарантом свого обов'язку, який полягає у тому, що гарант:

- за належно заявленою вимогою бенефіціара не сплатив встановлену суму;
- задовольнив вимогу бенефіціара не в повному об'ємі;
- допустив прострочку у задоволенні вимоги бенефіціара.

У ЦК України про відповідальність гаранта йдеться тільки у п. 2 ст. 566. Зі змісту даного пункту випливає, що до гаранта за невиконання чи неналежне виконання зобов'язання перед бенефіціаром застосовуються заходи відповідальності, встановлені законом за відповідні порушення, якщо у гарантії не передбачене інше.

Зобов'язання гаранта полягає у сплаті грошової суми, тому за невиконання чи неналежне виконання грошового зобов'язання гарант несе таку саму відповідальність як боржник за грошовим зобов'язанням. Окрім вимоги про стягнення суми, на яку видана гарантія, з урахуванням встановленого індексу інфляції за весь час прострочення, бенефіціар має право вимагати від гаранта сплати також три проценти річних від простроченої суми, якщо інший розмір процентів не буде встановлений договором або законом, а також завдані йому збитки у повному обсязі (ст. ст. 22, 623, 625 ЦК України).

Відшкодування збитків є найбільш універсальним і адекватним сутності цивільного права способом захисту порушених цивільних прав та охоронюваних інтересів, спрямованим на відновлення порушеного майнового стану потерпілої особи та на усунення негативних майнових наслідків, що настали [168, с. 205].

Разом з тим гарант може передбачити підвищену відповідальність за невиконання чи неналежне виконання зобов'язання або зменшити її, або відмінити відповідальність взагалі. Законодавець застосував до одностороннього правочину (гарантії) положення, встановлені для договору і договірної відповідальності. Цим підкреслюється особливе становище гаранта серед учасників товарного обігу. При такому формулюванні ст. 566 ЦК України договір про видачу гарантії набуває спільні риси з договором приєднання, умови якого визначені гарантом і можуть бути прийняті бенефіціаром тільки в цілому.

Положення ст. 566 ЦК України є в певній мірі нетрадиційними та новими. Саме це призводить до труднощів у її застосуванні. Зокрема, якщо у гарантії не врегульоване питання про відповідальність гаранта, тобто не вказано, що гарант не несе відповідальності за невиконання чи неналежне виконання свого обов'язку, то за всі види невиконання чи неналежного виконання зобов'язання за гарантією гарант несе відповідальність за ст. 623 ЦК України і ст. 22 ЦК України.

Якщо у гарантії сформульовані умови про те, що гарант несе відповідальність за невиконання чи неналежне виконання свого обов'язку і вказаний її розмір, юридичною підставою відповідальності гаранта буде одностороннє зобов'язання (гарантія), а умова відповідальності залишиться незмінною – факт порушення гарантом свого зобов'язання.

Як зазначає Г.О. Аванесова, часто виникають спори з питань видів і розміру відповідальності гаранта. Виходячи з того, що відшкодування збитків, стягнення неустойки і сплата процентів за грошовим зобов'язанням є

самостійними видами цивільно-правової відповідальності, значні труднощі виникають при виборі гарантом виду своєї відповідальності і можливості комбінування видів [167, с. 49].

На нашу думку гарант, якому надано законом право самостійно встановлювати відповідальність за порушення зобов'язання, має право обмежити свою відповідальність будь-яким одним видом.

Співвідношення збитків і неустойки визначається у ст. 624 ЦК України. Відповідно до ч. 2 ст. 624 ЦК України договором може бути встановлено обов'язок відшкодувати збитки лише в тій частині, в якій вони не покриті неустойкою. Договором може бути встановлено стягнення неустойки без права на відшкодування збитків або можливість за вибором кредитора стягнення неустойки чи відшкодування збитків. Згідно з ч. 3 ст. 22 ЦК України збитки відшкодовуються у повному обсязі, якщо договором або законом не передбачено відшкодування у меншому або більшому розмірі.

Гарантія як односторонній правочин не є договором, і на перший погляд можна було б вважати, що гарант повинен нести відповідальність по відшкодуванню збитків у повному обсязі незалежно від інших видів відповідальності. Проте такий висновок буде суперечити ст. 566 ЦК України.

Незадоволена гарантом письмова вимога кредитора про виконання зобов'язання є підставою для подання ним позову до відповідного суду про стягнення суми основного боргу, завданих збитків та процентів річних. Позовна вимога при цьому повинна відповідати вимогам щодо її форми і змісту, встановлених Цивільним процесуальним кодексом України [169] та Господарським процесуальним кодексом України [170]. Позов подається в межах загального строку позовної давності, початковим моментом якого служитиме сплив строку розгляду первісної вимоги кредитора, передбаченого ст. 564 ЦК України. Даний позов не обмежений строком, на який видана гарантія, і може бути пред'явлений бенефіціаром в межах загального строку позовної давності.

Виникає питання щодо виду відповідальності гаранта, оскільки він прямо не визначений законодавством. Залежно від розподілу відповідальності між декількома боржниками в зобов'язаннях з множинністю осіб розрізняють часткову, солідарну та субсидіарну відповідальність. Відповідно до ст. 540 ЦК України, якщо у зобов'язанні беруть участь кілька боржників, кожний із кредиторів має право вимагати виконання, кожний із боржників повинен виконати обов'язок у рівній частці, якщо інше не встановлено договором або актами цивільного законодавства. Часткова відповідальність за своєю суттю не може застосовуватись до гарантійних правовідносин, оскільки це суперечить природі даного виду забезпечення.

Якщо гарант нестиме солідарну відповідальність, то після порушення основного зобов'язання він автоматично по аналогії із поручителем стає солідарним боржником нарівні із принципалом. Тобто бенефіціар самостійно відповідно до ст. 543 ЦК визначатиме, до кого звернутися з вимогою про сплату суми, на яку видано гарантію. При цьому він може звернутися до гаранта із вимогою про сплату суми гарантії незалежно від того, чи висувалися такі вимоги безпосередньо до основного боржника. Однак, не зважаючи на схожість такої гарантії із порукою, ці два види забезпечення виконання зобов'язань не є тотожними, оскільки відрізняються обсягами відповідальності та іншими умовами. Важливим аспектом при такому виді відповідальності є те, що на відміну від поручителя гарант не виконує основного зобов'язання. Він лише відповідає за порушення зобов'язання.

Гарант при забезпеченні виконання зобов'язання може нести субсидіарну відповідальність. Тоді на відносини сторін за гарантійним зобов'язанням розповсюджуються норми ст. 619 ЦК. Так до пред'явлення вимоги особі, яка несе субсидіарну відповідальність, тобто гаранту, кредитор (бенефіціар) повинен буде пред'явити вимогу щодо сплати санкції за порушення зобов'язання до основного боржника, тобто принципала. Тільки у разі, якщо основний боржник відмовився задовольнити вимогу кредитора або кредитор не одержав від нього в розумний строк відповіді на пред'явлену

вимогу, кредитор може пред'явити вимогу в повному обсязі до особи, яка несе субсидіарну відповідальність.

М.М. Андріанов заперечує субсидіарний характер гарантії. Він, зокрема, вказує, що це означає, що гарант, якому бенефіціар направляє вимогу про виконання грошового зобов'язання, у разі настання вказаного в гарантії випадку як підстави для виконання гарантії, не може висунути проти бенефіціара вимогу про пред'явлення останнім спочатку вимог основному боржникові і лише потім – до гаранта [106, с. 38-39].

Солідарна та субсидіарна відповідальність мають місце тоді, коли передбачені договором або законом (ст. ст. 541, 619 ЦК України). Аналогічної позиції дотримується Л.О. Єсіпова, яка вказує, що відповідальність гаранта за розсудом сторін може мати солідарний або субсидіарний характер [70, 4].

Певні труднощі щодо визначення виду відповідальності гаранта при порушенні зобов'язання боржником виникають, коли сторони у договорі не вказали на нього окремо.

Відповідно до ч. 1 ст. 329 ЦК Республіки Казахстан [162] гарант зобов'язується перед кредитором іншої особи (боржника) відповідати за невиконання зобов'язання цієї особи повністю або частково солідарно з боржником, за винятком випадків, передбачених законодавчими актами. Таким чином законодавець чітко визначив вид відповідальності гаранта за невиконання зобов'язання боржником.

У ЦК Республіки Білорусь також визначено вид відповідальності гаранта у випадку порушення зобов'язання боржником. Так, відповідно до ч. 1 ст. 349 ЦК Республіки Білорусь [171] у випадку невиконання зобов'язання гарант відповідає перед кредитором як субсидіарний (додатковий) боржник.

Ми вважаємо, відповідальність гаранта за вітчизняним законодавством не є ні субсидіарною, ні солідарною, так як гарант відповідає незалежно від принципала – його відповідальність перед бенефіціаром є самостійним видом

відповідальності, який можна назвати гарантійною відповідальністю. Суть даного виду відповідальності полягає у тому, що при пред'явленні вимоги бенефіціара гарант сплачує йому суму гарантії, звертаючись потім до боржника з регресом у межах сплаченої суми.

Схожу думку висловлює і К. Молодик, який вказує, що як солідарний, так і субсидіарний обов'язок завжди існує в межах основного зобов'язання – різниця полягає лише у процедурах звернення кредитора за виконанням відповідного обов'язку. Гарант будь-яких обов'язків за основним зобов'язанням на себе не приймає. Він має окреме власне зобов'язання за гарантією, якого не має принципал [172, с. 52].

При недостатці грошових коштів у гаранта для виконання ним свого обов'язку перед бенефіціаром, бенефіціар має право вимагати задоволення своїх вимог з іншого майна гаранта, тобто звернути стягнення на його майно у встановленому законом порядку [173, с. 168]. Проте таке стягнення може відбуватись лише в межах суми гарантії.

Як впливає зі змісту ст. 566 ЦК України гарант може звільнити себе від відповідальності в цілому. Так як відшкодування збитків – один із видів цивільно-правової відповідальності, гарант може передбачити як часткове, так і повне звільнення себе від обов'язку відшкодування збитків за допущене порушення.

За гарантією гарант може:

- нести загальну відповідальність, встановлену законом;
- не нести відповідальності за невиконання чи неналежне виконання свого обов'язку зі сплати грошової суми, якщо таке обмеження передбачене гарантією;
- нести відповідальність за невиконання чи неналежне виконання свого обов'язку зі сплати грошової суми у розмірі, визначеному в гарантії;

- нести іншу відповідальність за невиконання чи неналежне виконання свого обов'язку (неустойка) у розмірі та порядку, визначеному у самій гарантії.

Таким чином, формулювання ст. 566 ЦК України дозволяє гаранту повністю звільнити себе від відповідальності за невиконання чи неналежне виконання зобов'язань за гарантією, вибрати вид відповідальності чи їх комбінацію, а також встановити менший розмір відповідальності. Таке регулювання відповідальності гаранта в цілому визначається прийнятою у зовнішньо-торгівельному обігу практикою. Надаючи кредитору боржника один із найбільш надійних і ефективних видів забезпечення зобов'язань, гарант потребує захисту своїх інтересів і законодавчого стимулювання наданих такого роду послуг.

Разом з тим, формулювання ст. 566 ЦК України є нечітким, таким, що створює односторонні переваги гаранту. Адже надання гаранту можливості зменшити або виключити відповідальність за навмисне порушення свого обов'язку перед бенефіціаром, дозволяло б гаранту порушувати гарантійне зобов'язання без страху застосування до нього заходів відповідальності. Варто також зазначити, що звільнення гаранта від відповідальності за навмисне порушення гарантійного зобов'язання суперечить не тільки інтересам бенефіціара, але й принципала, який сплачує гаранту винагороду за видачу гарантії і перед яким гарант відповідає за належне виконання свого обов'язку.

Таким чином, гарант має право обмежити свою відповідальність, виключивши відповідальність за ненавмисне порушення гарантійного зобов'язання, проте не має права обмежувати свою відповідальність у випадку умисних порушень. Подібні умови гарантії повинні визнаватись нікчемними на підставі ч. 3 ст. 614 ЦК України, у якій вказується, що правочин, яким скасовується чи обмежується відповідальність за умисне порушення зобов'язання, є нікчемним.

3.2. Право гаранта на регресні вимоги до принципала

Регресне зобов'язання (від лат. *regresus* – зворотний рух, повернення) – зобов'язання, що виникає, коли боржник за основним зобов'язанням виконує його замість третьої особи або з вини третьої особи на користь іншої особи. Сутність регресних вимог полягає у тому, що вони становлять зворотну вимогу. Для регресної вимоги необхідна наявність не менше трьох осіб – боржника, кредитора і хоча б однієї особи, пов'язаної з боржником чи кредитором попереднім зобов'язанням.

Зміст регресного зобов'язання може бути визначений як право кредитора (регресанта) вимагати відшкодування шкоди, що виникла в результаті виплати ним сум для виконання обов'язку з вини боржника (регресата), і як обов'язок останнього виконати цю вимогу. Вимоги за основним зобов'язанням і регресним зобов'язанням можуть бути різними, хоча нерідко і збігаються. Регресні вимоги завжди є зворотним стягненням виплаченого, тоді як основне зобов'язання за змістом у переважній більшості випадків, пов'язане з виплатою боргу, стягненням санкцій тощо [174, с. 256-257].

Регресне зобов'язання характеризується такими ознаками. По-перше, воно є похідним від іншого (основного) зобов'язання; по-друге, один або всі його учасники – також суб'єкти основного зобов'язання; по-третє, виконання одним учасником зобов'язання або навіть саме його виникнення зумовлюється діями або бездіяльністю осіб, з якими в майбутньому і встановлюються регресні зобов'язання [175, с. 56].

Право зворотної вимоги передбачене у ст. 1191 ЦК України, згідно з якою особа, яка відшкодувала шкоду, завдану іншою особою, має право зворотної вимоги (регресу) до винної особи у розмірі виплаченого відшкодування, якщо інший розмір не встановлений законом.

Таким чином, регресним зобов'язанням визнається зобов'язання, яке: а) є наслідком платежу однією особою (кредитором у регресному зобов'язанні) іншій особі, який є юридично обґрунтованим, проте зумовленим виною

третьої особи (боржника у регресному зобов'язанні) без вини зі сторони першого; б) спрямоване на перенесення сплаченої суми на третю особу, з вини якої здійснювався платіж першою особою другій [176, с. 94].

Проте, варто зазначити, що регресні зобов'язання виникали і виникають не тільки у зв'язку з деліктними зобов'язаннями. Заподіяння шкоди, так само як і порушення договірною зобов'язання, не можна вважати „передумовою виникнення права”, це юридичні факти, які породжують права.

Відповідно до ст. 569 ЦК України гарант має право на зворотну вимогу (регрес) до боржника в межах суми, сплаченої ним за гарантією кредиторів, якщо інше не встановлено договором між гарантом і боржником. Варто зазначити, що за ЦК УРСР гарант був позбавлений такого права. Навпаки, будучи вищестоящою організацією, гарант зобов'язаний був вжити всіх заходів для оздоровлення фінансового стану боржника, зокрема, шляхом надання йому тимчасової фінансової допомоги.

Право гаранта на регресні вимоги передбачено також п. „с” ст. 14 Уніфікованих правил для гарантій на вимогу 1992 р., згідно з яким принципал повинен нести відповідальність за компенсацію витрат гаранта та емітента по виконанню гарантійного зобов'язання.

Передбачає право гаранта на регресну вимогу і ЦК Республіки Казахстан. Так у п. 1 ст. 334 ЦК Казахстану вказано, що до гаранта, який виконав зобов'язання, переходять всі права кредитора за цим зобов'язанням і права, які належали кредитору як заставодержателю, у тому об'ємі, в якому гарант задовольнив вимогу кредитора. Гарант також має право вимагати від боржника сплату неустойки і винагороди на суму, сплачену кредитору, і відшкодування інших збитків, яких він зазнав у зв'язку з відповідальністю за боржника [162].

Варто зазначити, що на відміну від ЦК України ЦК РФ дещо по-іншому вирішує питання про можливість пред'явлення гарантом регресної вимоги до принципала. Відповідно до п. 1 ст. 379 ЦК РФ право гаранта вимагати від

принципала в порядку регресу відшкодування сум, сплачених бенефіціару за банківською гарантією, визначається домовленістю гаранта з принципалом, на виконання якої була видана гарантія. Звідси випливає, що право на регрес повинно бути закріплене у домовленості гаранта з принципалом. При відсутності у домовленості між гарантом принципалом умов, які визначають саму можливість регресної відповідальності принципала, така відповідальність принципала не може мати місця [1, с. 92]. На думку В.В. Вітрянського [46, с. 598] та Л.Г. Єфімової [85, с. 59] такий підхід не відповідає нормі п. 1 ст. 379 ЦК РФ ні за змістом, ні за буквальним її вираженням.

У Банківському кодексі Республіки Білорусь у ст. 178 чітко вказано, що гарант не має права в порядку регресу вимагати від принципала відшкодування сум, сплачених бенефіціару за гарантією, якщо інше не передбачене домовленістю гаранта і принципала [97].

Отже, у російському та білоруському праві можливість пред'явлення регресних вимог повинна бути передбачена у договорі між гарантом і принципалом, а у вітчизняному законодавстві таке право передбачено законом. В даному випадку варто погодитись з думкою Л.О. Єсіпової, яка вказує, що після сплати гарантом грошової суми кредитору відповідно до умов гарантії виникає регресне зобов'язання, навіть при відсутності домовленості гаранта та принципала про таке зобов'язання [104, с. 177].

Варто детально розглянути ознаки регресного зобов'язання.

За загальним правилом регресне зобов'язання передбачає наявність вини зобов'язаної особи та відсутність вини на стороні кредитора [176, с. 94]. Тобто основне зобов'язання виконується на користь кредитора в результаті винних дій однієї особи іншою особою замість винного.

Проте, слід зазначити, що дана ознака не відповідає формальній природі гарантії. Задоволення гарантом вимоги бенефіціара не залежить від вини принципала, а залежить лише від правильного оформлення бенефіціаром

своєї вимоги згідно з умовами гарантії. Враховуючи те, що гарантія не залежить від основного зобов'язання, гарант при розгляді вимоги кредитора повинен керуватися тільки умовами самої гарантії, не вдаючись до вивчення фактичних обставин справи.

Предмет регресної вимоги визначається залежно від змісту основного правовідношення, на підставі якого виникає регрес. За допомогою регресного позову можна вимагати тільки сплачену суму, так як тільки у цьому розмірі така вимога відповідає поняттю регресу. Тобто обсяг регресної вимоги не може перевищувати обсяг виконаного за основним зобов'язанням [177, с. 422]. Аналогічно визначається і предмет регресної вимоги гаранта до боржника. Проте варто зазначити, що положення ч. 1 ст. 569 ЦК України є диспозитивним. Тобто договором між гарантом і боржником, який укладається до видачі гарантії, можуть бути встановлені інші правила щодо визначення суми, в межах якої гарант має право на пред'явлення регресної вимоги до боржника.

По-новому трактується поняття і підстави пред'явлення регресних вимог стосовно відносин банківської гарантії. Підставою виникнення права на пред'явлення регресних вимог є не спричинення шкоди, а порушення, як правило, договірною зобов'язання, забезпеченого банківською гарантією [73, с. 579]. Вказану підставу не можна вважати специфічною для відносин, які виникають з приводу банківської гарантії та виконання гарантом свого зобов'язання.

На думку окремих авторів, виходячи з оплатного характеру відносин між гарантом та принципалом (ст. 567 ЦК України) очевидним стає те, що регресна вимога за своїм обсягом не може не враховувати розмір винагороди, отриманої гарантом від принципала за видану гарантію, і підлягає відповідному зменшенню. Редакція ч. 1 ст. 569 ЦК України дає змогу вважати, що:

- гарант домовленістю між ним і боржником може бути позбавлений права на зворотну вимогу;
- гарант відповідно до договору з принципалом може мати право на регрес, але в межах, що відрізняються від суми, сплаченої гарантом бенефіціару [14, с. 500].

Положення про те, що гарант може бути позбавлений права на регресну вимогу договором між ним та боржником суперечить суті самої гарантії та звичаям ділового обороту. Подібної позиції притримуються також інші автори, які зазначають, що таке становище суперечить природі банківської гарантії і призводить до безпідставного збагачення принципала. Без відшкодування з його сторони платіж за банківською гарантією постає у вигляді дарування принципалу з виконанням на користь третьої особи – бенефіціара [58, с. 38; 118, с. 18].

Так, В.В. Вітрянський вважає, що гарант має право подати до принципала позов із безпідставного збагачення. Сплата гарантом відповідної грошової суми бенефіціару погашає повністю або частково основне зобов'язання принципала (боржника) перед бенефіціаром (кредитором). За цих умов відмова гаранту у праві на регресну вимогу до принципала по суті є визнанням законності безпідставного збагачення на стороні принципала, що було б вкрай несправедливим, оскільки в ролі принципала виступає боржник, який не виконав основного зобов'язання [46, с. 598].

Право на регресну вимогу до принципала, яким наділений гарант, що сплатив бенефіціару грошову суму за гарантією, на думку Н.К. Кудріної, за своїм обсягом не може не враховувати розмір винагороди, одержаної гарантом від принципала за видачу гарантії [8, с. 43]. Проте включення в суму, яку гаранту сплатив принципал, винагороди, одержаної від принципала, перетворює гарантію на безоплатну послугу гаранта. У зв'язку з цим гарант не буде зацікавлений у видачі гарантії. Адже, як вірно вказує М.В. Волошина, здійснюючи виплату за гарантією, гарант вилучає кошти з

обороту і не одержує прибутку, який він міг би одержати у випадку вкладення коштів іншим чином [68, с.146].

Тому саме питання про обсяг регресної вимоги гаранта до принципала з врахуванням одержаної гарантом винагороди від останнього (а не про надання гаранту права регресу) повинне вирішуватись у домовленості про видачу гарантії для уникнення збагачення гаранта за рахунок принципала.

Крім того, як зазначає Є.О. Суханов, у цій домовленості можуть бути встановлені порядок і умови виплати грошових сум, передбачених гарантією. До того ж характер невиконання чи неналежного виконання зобов'язання принципалом може бути різним. Поведінка гаранта у вказаних випадках також може визначатись тільки домовленістю між принципалом і гарантом про видачу банківської гарантії. Надання гаранту нічим не обумовленого права регресної вимоги до принципала у випадках виплати гарантом грошових сум, передбачених банківською гарантією, істотно ущемляло б інтереси принципала і давало б підстави для різних зловживань з боку гаранта [1, с. 94].

Регресна вимога гаранта до принципала пред'являється на підставі факту виплати гарантом бенефіціару суми, яка підлягала виплаті і не була сплачена принципалом за основним зобов'язанням. Виплата гарантом бенефіціару суми за гарантією розглядається як різновид кредитування принципала. З економічної точки зору це вірно, хоча сплата суми за гарантією не може бути названа кредитом, як трактує це поняття ЦК України.

Особливою проблемою є можливість заявлення гарантом регресної вимоги, коли відповідно до змісту гарантії відбулась передача прав за нею однією особою (бенефіціаром) іншій. На думку Г.О. Аванесової у цьому випадку для гаранта нічого не змінюється: він має право звернутись до принципала, з яким укладав домовленість про видачу гарантії. Для уникнення подвійного виконання у домовленості про видачу банківської

гарантії можна передбачити обов'язок гаранта повідомляти принципала про всі проведені виплати у день їх здійснення [116, с. 71].

Як відомо вимога кредитора про повернення кредиту може бути пред'явлена після настання строку його повернення, передбаченого договором. До строку, встановленого кредитним договором у кредитора немає правових підстав вважати, що зобов'язання позичальника з повернення кредиту є невиконаним.

У зв'язку з цим у договорі про видачу гарантії сторонам слід встановити, строк, протягом якого принципал повинен задовольнити регресну вимогу гаранта. Початком відліку такого строку може бути момент сплати грошових коштів гарантом бенефіціару за гарантією або момент пред'явлення гарантом регресної вимоги до принципала. Умова про строк має значення також для визначення моменту настання відповідальності принципала за порушення свого обов'язку із задоволення регресної вимоги гаранта.

Згідно зі ст. 252 ЦК України строк визначається роками, місяцями, тижнями, днями або годинами. Строк задоволення принципалом регресної вимоги гаранта визначається сторонами самостійно у договорі про видачу гарантії.

Регресну вимогу гаранта можна порівняти з вимогою про повернення кредиту. У зв'язку з цим до визначення строку її задоволення можна використовувати спеціальні правила ч. 1 ст. 1049 ЦК України про строк повернення позики. Таким чином, якщо строк задоволення регресної вимоги гаранта не визначений або визначений моментом пред'явлення вимоги, регресна вимога повинна бути задоволена принципалом протягом тридцяти днів від дня пред'явлення її гарантом. Диспозитивність даного правила дозволяє сторонам у договорі про видачу гарантії передбачити інший строк задоволення регресної вимоги гаранта.

Н.В. Соболева вказує на те, що зазвичай гарантії розраховують на швидке погашення регресних вимог, тому встановлюють у договорі з

принципалом менший строк, ніж строк, передбачений законом. Дану позицію автор пояснює тим, що пред'явлення регресних вимог гаранта не є несподіванкою для принципала, так як гарант має обов'язок повідомляти принципала про пред'явлення вимоги бенефіціаром за банківською гарантією, відповідно вже з моменту одержання такої інформації від гаранта принципал повинен бути готовий до наступного пред'явлення регресної вимоги гарантом [98, с. 135].

Належним виконанням обов'язку принципала по задоволенню регресної вимоги гаранта є відшкодування принципалом гаранту грошових сум, сплачених бенефіціару за гарантією.

Як вже зазначалось, основним обов'язком гаранта, встановленим ч. 1 ст. 563 ЦК України, є сплата грошової суми відповідно до умов гарантії. Згідно з ч. 2 ст. 569 ЦК України гарант не має права на зворотню вимогу (регрес) до боржника у разі, якщо сума, сплачена гарантом кредитором, не відповідає умовам гарантії, якщо інше не встановлено договором між гарантом і боржником. Проте неприпустимість пред'явлення гарантом вимоги до боржника у випадках, встановлених ч. 2 ст. 569 ЦК України, не виключає пред'явлення гарантом до бенефіціара вимог, що ґрунтуються на ст. 1212 ЦК (безпідставне набуття майна) [114, с. 308].

Слід зазначити, що надаючи гарантії, гаранти прагнуть зменшити ризик своїх втрат. У випадку виплати за гарантією, шляхом пред'явлення регресної вимоги згідно з домовленістю про право регресу, гарант хоче одержати від принципала сплачені кошти, проте у принципала грошових коштів може не бути у наявності. У зв'язку з цим гаранти прагнуть забезпечити це право вимоги.

Гарантія досить ефективно забезпечує інтереси кредитора (бенефіціара). Нею можуть забезпечуватись різноманітні зобов'язання. Інша справа, що, будучи вигідною банку-бенефіціару, гарантія досить „небезпечна” для банку-

гаранта. Тому банк-гарант зазвичай прагне, щоб регресне зобов'язання принципала у свою чергу забезпечувалось.

Для забезпечення гарантії може використовуватись будь-який із видів, передбачених ст. 546 ЦК України. Проте в силу того, що більшість видів забезпечення виконання зобов'язань не надають гаранту можливості досить швидкого і повного задоволення своїх регресних вимог до принципала, на практиці найбільш поширеним видом є застава.

Застава є одним із видів забезпечення виконання зобов'язань, при якому гарант-заставодержатель у випадку невиконання принципалом зобов'язання про виплату сум згідно з регресною домовленістю набуває право одержати задоволення за рахунок заставленого майна переважно перед іншими кредиторами принципала. Заставадавцем може виступати як сам принципал, так і третя особа.

Відповідно до ч.1 ст. 4 ЗУ „Про заставу” [178] предметом застави може бути майно та майнові права. Ч. 2 даної статті встановлює, що предметом застави може бути майно, яке відповідно до законодавства України може бути відчужено заставодавцем та на яке може бути звернене стягнення. Отже, можлива застава рухомого та нерухомого майна.

Одним із надійних видів забезпечення можливості гаранта одержати від принципала сум в порядку регресу є застава нерухомого майна (іпотека). Відповідно до ст. 1 ЗУ „Про іпотеку” [179] іпотека – вид забезпечення виконання зобов'язань нерухомим майном, що залишається у володінні і користуванні іпотекодавця, згідно з яким іпотекодержатель має право в разі невиконання боржником забезпеченого іпотекою зобов'язання одержати задоволення своїх вимог за рахунок предмета іпотеки переважно перед іншими кредиторами цього боржника у порядку, встановленому цим Законом. Проте як свідчить практика у принципала інколи відсутнє нерухоме майно або наявним є нерухоме майно, яке не задовольняє вимоги гаранта, проте є ліквідне та цінне рухоме майно.

Застава рухомого майна – найбільш поширений вид забезпечення регресної вимоги гаранта. Заставу товарів для забезпечення регресної вимоги гаранта можна організувати і за допомогою традиційного договору застави, укладеного між гарантом і принципалом в індивідуальному порядку, а також можна організувати заставу товару за допомогою складських свідоцтв, що є більш раціональним і розширяє можливості сторін договору застави.

Просте складське свідоцтво – це товарозпорядчий документ. Передання простого складського свідоцтва іншій особі з метою передати товар, який зберігається на складі на підставі свідоцтва, здійснюється шляхом вручення свідоцтва особі (без вчинення передаточного напису) [14, с. 779].

Щоб забезпечити регресну вимогу шляхом застави простого складського свідоцтва, принципал повинен спочатку організувати зберігання майбутнього предмету застави на товарному складі і оформити це зберігання.

Підписання домовленості про видачу гарантії супроводжується підписанням договору про заставу простих складських свідоцтв. Зберігання заставлених складських свідоцтв може бути передано або банку-гаранту, або організоване шляхом їх розміщення в депозиті нотаріату.

Можлива також застава з використанням подвійного складського свідоцтва. Відповідно до ч. 1 ст. 962 ЦК України подвійне складське свідоцтво складається з двох частин – складського свідоцтва та заставного свідоцтва (варанта), які можуть бути відокремлені один від одного. Поділ подвійного складського свідоцтва забезпечує значні зручності при обороті товару – його продажу, передання у заставу. Перша частина свідоцтва вказує на приналежність товару певній особі, визначає його основні ознаки та підтверджує прийняття товару на зберігання складом. На підставі цього документа товар можна продати, обміняти на підставі передаточного надпису. Друга частина – заставне свідоцтво (варант) представляє собою документ, передбачений для передання товару в заставу. Цим

підтверджується право застави, вручається заставодержателю, який має право самостійно передавати його іншим особам на підставі передаточного надпису. Так як і у випадку з простим складським свідоцтвом, принципал повинен організувати зберігання предмета застави на товарному складі і здійснити його страхування. Тоді у рамках вказаної юридичної схеми зберігання принципал буде володіти подвійним складським свідоцтвом і страховкою на товар. При підписанні домовленості про видачу гарантії і домовленості про право регресу принципал відділяє варанти від подвійних складських свідоцтв і передає їх гаранту, зробивши на варантах перший передавальний напис, а на складських частинах відмітку про суму одержаної банківської гарантії і обсяг відповідальності згідно з домовленістю про право регресу. Ставши держателем варантів, гарант набуває право застави на товар, переданий на зберігання і вказаний у свідоцтві [180, с. 16].

Варто погодитись з Р.П. Сойко у тому, що застава є одним із надійних видів забезпечення регресної вимоги, оскільки порука ґрунтується головним чином на довірі до особи, неустойка є спонукальним засобом до виконання зобов'язання, а застава є забезпеченням, яке полягає в самому майні боржника, еквівалентне вартості основного зобов'язання, і тим самим це забезпечення побудоване на довірі до речі [180, с. 19].

3.3. Підстави та наслідки припинення гарантії

Правовий зв'язок, що існує між суб'єктами зобов'язань, ніколи не може бути довічним. Поставши одного разу з перебігом певного часу чи з інших обставин, цей зв'язок має властивість зникати, і суб'єктивні права й обов'язки, що становили зміст зобов'язального правовідношення, відпадають, у зв'язку з чим дія існуючого цивільно-правового зобов'язання припиняється [137, с. 504].

Припинення є останньою стадією існування зобов'язання, із завершенням якої первісний зв'язок між сторонами, виражений у конкретному зобов'язанні, втрачається.

При припиненні зобов'язання перестає існувати, і його учасників (контрагентів) більше не пов'язують ті права та обов'язки, які раніше з нього випливали. Це означає, що кредитор більше не має права пред'являти до боржника будь-які вимоги, виходячи із даного зобов'язання, сторони не можуть переуступити свої права та обов'язки у встановленому порядку третім особам [40, с. 721].

Крім того, припинення зобов'язання означає, що припиняють існування зобов'язання боржника вчинити певні дії на користь кредитора чи утриматись від дій і зустрічне право кредитора. Виконання зобов'язання, яке існувало раніше, після його припинення означає набуття кредитором майна без достатньої правової підстави та виникнення на боці суб'єкта, що був кредитором у припиненому зобов'язанні, зобов'язання, що передбачене ст. 1212 ЦК. Припинення зобов'язання означає також, що з моменту припинення кредитор втрачає можливість захисту права, що входить до змісту цього зобов'язання. Така можливість у кредитора може виникнути тільки за умови, що він спростує факт припинення зобов'язання [114, с. 464].

Як відомо для припинення зобов'язання необхідний юридичний факт, з настанням якого закон або договір пов'язують припинення зобов'язання. Правоприпиняючі факти можуть виникати як з волі учасників, так і

незалежно від їх волі. До першої групи юридичних фактів належать: належне виконання, зарахування, угода сторін; до другої – смерть громадянина, що є учасником зобов'язання особистого характеру, ліквідація юридичної особи – учасника зобов'язання, збіг боржника і кредитора в одній особі, неможливість виконання.

Способи припинення зобов'язань розрізняють також: залежно від підстав, які характерні для всіх зобов'язань, і підстав, характерних для окремих видів зобов'язань; підстав, що є угодами і підстав, що не є угодами; підстав, для яких необхідна згода обох сторін зобов'язання, і підстав, для яких досить бажання однієї сторони [40, с. 721].

Припинення гарантії – це припинення існування прав та обов'язків його учасників, що складають зміст гарантійного зобов'язання. Отже, припинення гарантії стосується всіх учасників забезпечувального правовідношення: і гаранта, і бенефіціара, і принципала.

ЦК України встановлює обмежений перелік підстав припинення гарантії. Відповідно до ч. 1 ст. 568 ЦК України зобов'язання гаранта перед кредитором припиняється у разі:

1. сплати кредитором суми, на яку видано гарантію;
2. закінчення строку дії гарантії;
3. відмови кредитора від своїх прав за гарантією шляхом повернення її гарантові або шляхом подання гаранту письмової заяви про звільнення його від обов'язків за гарантією.

Аналогічні підстави припинення гарантії передбачені Уніфікованими правилами МТП для гарантій на вимогу 1992 р. Згідно з даними Правилами підставами припинення гарантії є:

1. виплата грошової суми, вказаної в гарантії (ст. 18);
2. закінчення строку, визначеного в гарантії для пред'явлення платіжної вимоги (ст. 22);

3. представлення гаранту самої гарантії або письмової заяви бенефіціара про звільнення гаранта від відповідальності за гарантійним зобов'язанням (ст. 23) [62];

У ст. 11 Конвенції ООН про незалежні гарантії та резервні акредитиви вказано, що право бенефіціара вимагати платіж за зобов'язанням припиняється, коли:

- гарант/емітент отримав заяву бенефіціара про звільнення від відповідальності у формі, вказаній у п. 2 ст. 7;
- бенефіціар і гарант/емітент виразили згоду на припинення зобов'язання у формі, вказаній у зобов'язанні, чи, при відсутності такої вказівки, у формі, вказаній у п. 2 ст. 7;
- сума зобов'язання була сплачена, за винятком випадків, коли зобов'язання передбачає автоматичне поновлення або автоматичне збільшення цієї суми чи іншим чином передбачає продовження дії зобов'язання;
- строк дії зобов'язання спливає згідно з положеннями ст. 12 [67].

При сплаті бенефіціару суми гарантії зобов'язання гаранта припиняються незалежно від того, повернена йому гарантія чи ні. Проте, варто погодитись з Р.П. Сойко, який вважає, що для відвернення повторної помилкової оплати пред'явленої вимоги за вже виконаною гарантією гаранту доцільно витребувати у бенефіціара вказаний документ з відміткою про виконання [180, с. 19]. Слід відмітити, що закріплення даного положення у законі дозволило б гаранту вжити заходи впливу до бенефіціара, який не виконує це важливе положення.

У випадку, якщо за гарантією здійснювались платежі частинами на вимогу бенефіціара, ці суми сумуються, і гарантія припиняється у той момент, коли гарант виплатив всю суму, на яку була видана гарантія.

Слід звернути увагу на такий нюанс гарантії: при сплаті суми банківської гарантії, але з прострочкою платежу, за бенефіціаром

зберігається право вимоги до гаранта, яке випливає із його відповідальності за несвоєчасний платіж, передбачене ст. 566 ЦК України.

Варто зазначити, що найбільш спірною є така підстава припинення гарантії, як закінчення строку її дії. Цей строк не переривається, не зупиняється, не поновлюється. Категоричність норми ЦК України дозволяє зробити висновок про те, що закінчення строку дії гарантії є безумовною підставою припинення її дії навіть у тому випадку, якщо вимога бенефіціара до гаранта пред'явлена до закінчення строку дії гарантії. Проте, на нашу думку, слід виходити з того, що гарантія припиняється у зв'язку із закінченням строку її дії тільки у тому випадку, якщо до вказаного строку бенефіціар не пред'явить гаранту належно оформлену вимогу про сплату суми гарантії.

Відповідно до ст. 12 Конвенції ООН про незалежні гарантії і резервні акредитиви строк дії зобов'язання спливає:

- з настанням дати спливу строку, яка може бути виражена через вказівку на календарну дату чи останній день фіксованого строку, вказаного у зобов'язанні за умови, що, якщо дата спливу строку дії є неробочим днем у місці знаходження комерційного підприємства гаранта/емітента, у якому видано зобов'язання, чи іншої особи чи в іншому місці, вказаному у зобов'язанні з метою пред'явлення вимоги про платіж, строк дії спливає у перший робочий день;
- якщо сплив строку дії залежить згідно із зобов'язанням від вчинення певної дії чи настання події, яка не входить у сферу дії гаранта/емітента, - коли гаранта/емітента інформують про те, що дія чи подія мали місце на підставі пред'явлення документа, вказаного з цією метою у зобов'язанні, чи, якщо такий документ не вказаний, на підставі засвідчення бенефіціаром того, що така дія чи подія мали місце;
- якщо у зобов'язанні не вказана дата спливу строку дії чи якщо вчинення вказаної дії чи настання події, від якої залежить сплив строку дії,

ще не встановлено шляхом пред'явлення необхідного документа і дата спливу строку дії не вказана додатково, - після спливу шести років з дати видачі зобов'язання [67].

Бенефіціар має право відмовитись від своїх прав за гарантією і або повернути гаранту гарантійне зобов'язання, або направити гаранту письмову заяву про звільнення його від зобов'язань. Дії бенефіціара у даному випадку є одностороннім правочином, спрямованим на припинення зобов'язань за гарантією. Згода гаранта у даному випадку не вимагається [180, с. 20].

Дані підстави вважаються спеціальними підставами припинення гарантії. Встановлення ч.1 ст. 568 ЦК України підстав припинення гарантії, на думку авторів Науково-практичного коментаря до цивільного законодавства України, не виключає встановлення гарантією додаткових підстав її припинення. Такий висновок зроблено на підставі наступного. Ч. 2 ст. 598 ЦК передбачає можливість встановлення підстав припинення зобов'язань законом або договором. Прямо це положення не передбачає можливості встановлення гарантією підстав припинення зобов'язання щодо гарантії. Але застосування його до гарантії є можливим в силу ч. 1 ст. 563 ЦК, яка встановлює обов'язок гаранта оплатити грошову суму „відповідно до умов гарантії”. Звідси випливає можливість до гарантії як одностороннього правочину, яким можуть встановлюватись умови, за яких гарант здійснює платіж, застосувати ч. 2 ст. 598 ЦК, що передбачає можливість встановлення договором підстав припинення зобов'язання [114, с. 307].

На думку Ю.В. Петровського процедура відкликання банківської гарантії, по суті, спрямована на припинення зобов'язання гаранта перед бенефіціаром. Таким чином, на думку автора, відкликання гарантії – ще одна спеціальна підстава припинення банківської гарантії, яка реалізується гарантом шляхом одностороннього правочину [119, с. 21]. Проте в даному випадку варто погодитись з позицією Л.О. Єсіпової, яка зазначає, що відкликання гарантії не тягне припинення договору про видачу гарантії.

Відповідно відкликання гарантії не є підставою припинення гарантії [70, с. 15].

На практиці виникає питання, чи можуть бути підставами припинення гарантії загальні підстави припинення зобов'язань (глава 50 ЦК України). Існує дві точки зору на проблему припинення гарантії. Так Л. Хейфец та В. Григор'єв вважають, що перелік підстав припинення гарантії, визначений у цивільному законодавстві, є вичерпним [129, с. 14].

Позиція В.В. Вітрянського полягає в тому, що перелік спеціальних підстав припинення банківської гарантії, не може бути вичерпним, так як загальні підстави припинення цивільно-правових зобов'язань можуть бути застосовані і до зобов'язань, які виникають на підставі банківської гарантії [84, с. 13].

Власне кажучи, спеціальні правила про припинення гарантії містять в собі деякі загальні підстави припинення цивільно-правових зобов'язань. Так, сплата кредитором суми, на яку видано гарантію, є належним виконанням зобов'язання, що відповідно припиняє зобов'язання на підставі ст. 599 ЦК України. Відмова кредитора від своїх прав за гарантією шляхом повернення її гарантові або шляхом подання гаранту письмової заяви про звільнення його від обов'язків за гарантією може бути одночасно кваліфіковано як прощення боргу (ст. 605 ЦК України).

Що стосується інших загальних підстав припинення зобов'язання, то, виходячи зі змісту норм, що їх встановлюють, вважається, що немає жодних перешкод для застосування їх до зобов'язань гаранта перед бенефіціаром. Таким чином, крім спеціальних підстав припинення вказаних зобов'язань підставою може бути передання відступного (ст. 600 ЦК України), зарахування (ст. 601 ЦК України), домовленість сторін (ст. 604 ЦК України), поєднання боржника і кредитора в одній особі (ст. 606) та ін. Винятком є лише така підстава припинення зобов'язань, як неможливість його виконання (ст. 607 ЦК України), яка не може застосовуватись до будь-якого грошового

зобов'язання, включаючи і гарантію. Це підтверджується також ч. 1 ст. 625 ЦК України, згідно з якою боржник не звільняється від відповідальності за неможливість виконання ним грошового зобов'язання.

У гарантію гарант може також включити умову про те, що викликає припинення гарантії:

- зміна зобов'язання, забезпеченого гарантією, яка може призвести до збільшення відповідальності чи інших несприятливих наслідків для гаранта, якщо ці зміни були здійснені без згоди гаранта;
- переведення на іншу особу суми боргу за забезпеченим гарантією зобов'язанням, якщо на це не було попередньої згоди гаранта;
- відмова бенефіціара прийняти запропоноване принципалом належне виконання [82, с. 13].

Таким чином, зміст гарантії багато в чому залежить як від приписів закону, так і від умов, розроблених сторонами і включених у гарантійне зобов'язання.

Слід також звернути увагу на те, що у переліку підстав припинення зобов'язань гаранта перед кредитором відсутнє припинення основного зобов'язання, як це передбачалось ст. 194 ЦК УРСР 1963 року. Тобто припинення основного зобов'язання, навіть шляхом його належного виконання боржником, не припиняє існування забезпечуваного гарантійного зобов'язання. Це відповідає принципу незалежності гарантії від основного зобов'язання, передбаченого ст. 562 ЦК України. Згідно із вказаною статтею 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.

Таким чином, якщо бенефіціар одержує гарантію, в якій підставами її припинення є: припинення основного зобов'язання, належне виконання основного зобов'язання, визнання основного зобов'язання недійсним, він може вважати їх ненаписаними і пред'являти вимогу до гаранта у межах

суми і строку гарантії навіть при настанні будь-якої з цих обставин. У тому випадку, якщо гарант не виконає вимогу, так як вважає, що зобов'язання за гарантією припинено, бенефіціар може звертатися за захистом свого порушеного права до суду.

Разом з тим, існує певна неузгодженість між назвою статті 568 ЦК України та її змістом. Ч. 1 даної статті встановлює перелік підстав припинення зобов'язання гаранта перед кредитором. Проте гарантія за внутрішньою структурою є неоднорідним явищем, оскільки охоплює правові відносини не тільки на рівні гарант-бенефіціар, але й гарант-принципал. Дані відносини є різними за юридичною суттю.

Доцільно буде вважати, що ст. 568 ЦК України стосується не припинення гарантії взагалі, а лише припинення зобов'язань гаранта перед кредитором. Як вірно вказано у ст. 24 Уніфікованих правил для гарантій на вимогу, якщо дія гарантії припинена на підставі її виконання (виплати гарантійної суми), у зв'язку із спливом строку дії, анулювання чи іншим шляхом, володіння гарантією чи доповненням до неї не зберігає жодних прав бенефіціара [62]. Після настання даних обставин гарантія втрачає свої забезпечувальні функції, але продовжує існувати у відносинах між принципалом та гарантом, що виникли на підставі домовленості про видачу гарантії. Зокрема продовжує існувати обов'язок принципала оплатити послуги гаранта на підставі ст. 567 ЦК України.

Оскільки припинення зобов'язання гаранта перед кредитором стосується взаємовідносин між цими особами, то відповідно до ч. 2 ст. 568 ЦК України гарант, якому стало відомо про припинення гарантії, повинен негайно повідомити про це боржника. Подібне правило міститься і у ст. 25 Уніфікованих правил для гарантій на вимогу, згідно з яким, якщо дія гарантії припинена на підставі виплати гарантійної суми, спливу строку її дії, анулювання чи іншим шляхом, а також, якщо мало місце зменшення належної до сплати суми, гарант повинен негайно повідомити про це

принципала чи, у необхідному випадку, емітенту, який у свою чергу повідомить про це принципала. Недотримання гарантом даної вимоги може бути враховано господарським судом при визначенні обґрунтованості регресних вимог гаранта до принципала.

Таким чином, в результаті розгляду підстав припинення гарантії слід зазначити, що перелік способів припинення гарантії, встановлений у ст. 568 ЦК України не є вичерпним. Загальні підстави припинення зобов'язань також діють і щодо гарантії.

Висновки до розділу 3

Дослідивши проблеми, пов'язані із виконанням гарантійного зобов'язання, автор дійшов наступних висновків:

1. Обов'язок гаранта з виплати гарантійної суми виникає не з моменту порушення принципалом свого обов'язку за основним договором, а з моменту пред'явлення бенефіціаром письмової вимоги до гаранта про виконання його обов'язку. Дана вимога повинна бути направлена бенефіціаром гаранту в межах строку дії гарантії. До вимоги про сплату грошової суми необхідно додати документи, вказані у гарантії.

2. Гарант повинен обов'язково повідомити боржника про отриману вимогу кредитора. Форма такого повідомлення законом не визначається, проте ми вважаємо за доцільне застосовувати письмову форму. У зв'язку з цим пропонуємо ч. 1 ст. 564 ЦК України викласти у наступній редакції: „Після одержання вимоги кредитора гарант повинен негайно повідомити про це боржника у письмовій формі і передати йому копії вимоги разом з доданими до неї документами”.

3. Для уникнення спорів, пов'язаних із строком розгляду гарантом вимоги кредитора у випадках, коли у гарантії такий строк не встановлено автор пропонує застосовувати положення ч. 2 ст. 530 ЦК України. У зв'язку з цим доцільно викласти ч. 2 ст. 564 ЦК України у наступній редакції: „Гарант повинен розглянути вимогу кредитора разом з доданими до неї документами в установленій в гарантії строк, а у разі його відсутності – в семиденний строк і встановити відповідність вимоги та доданих до неї документів умовам гарантії”.

4. Визначаючи межі зобов'язання гаранта, необхідно розрізнити обов'язок гаранта сплатити грошову суму, на яку видана гарантія, і відповідальність гаранта за невиконання чи неналежне виконання цього обов'язку. За загальним правилом обов'язок гаранта перед бенефіціаром обмежується сумою, вказаною у гарантії.

5. За невиконання чи неналежне виконання зобов'язання гарантом може наступити відповідальність. Якщо гарант порушує свій обов'язок, то його відповідальність не обмежується сумою, на яку видано гарантію. Гарант має право обмежити свою відповідальність за ненавмисне порушення гарантійного зобов'язання, але не має права обмежувати відповідальність у випадку навмисного порушення. Умови гарантії, які обмежують відповідальність у таких випадках, є нікчемними.

5. Гарант має право на регресну вимогу до боржника, в межах суми сплаченої ним за гарантією кредиторів. Тобто законодавець не лише закріплює право гаранта на зворотну вимогу до боржника, але й визначає розмір такої вимоги, обмежуючи її розміром суми, сплаченої гарантом за гарантією бенефіціару. Варто зазначити, що питання про обсяг регресної вимоги, порядок і строки її виплати визначаються у договорі про видачу гарантії. Гарант не може бути позбавлений права на пред'явлення регресної вимоги, оскільки це призведе до безпідставного збагачення принципала.

6. Зобов'язання гаранта припиняється зі спеціальних підстав, передбачених ст. 568 ЦК України, а також на загальних підставах припинення зобов'язань. Крім того необхідно вважати, що ст. 568 ЦК України стосується припинення зобов'язань гаранта перед кредитором, а не припинення самої гарантії. Адже після настання підстав, передбачених у ст. 568 ЦК України гарантія втрачає свої забезпечувальні функції, але продовжує існувати обов'язок принципала оплати послуги, надані гарантом.

ВИСНОВКИ

1. Автором досліджено історію виникнення та становлення гарантії як одного із видів забезпечення виконання цивільно-правових зобов'язань. Зроблено висновок про те, що гарантія, яка регулюється ЦК України істотно відрізняється від гарантії, яка регулювалась ЦК УРСР 1963 року. Ці відмінності полягають у наступному: по-перше, гарантія може забезпечувати зобов'язання не тільки юридичних осіб, але й зобов'язання за участю фізичних осіб. Раніше гарантією забезпечувались тільки зобов'язання між соціалістичними організаціями; по-друге, гарантом за ЦК УРСР 1963 року виступала тільки вищестояща щодо боржника організація. На даний час гарантом може виступати банк, інша фінансова установа і страхова організація; по-третє, згідно з ЦК УРСР 1963 року гарант ніс субсидіарну відповідальність, яка наступала у випадку відсутності у боржника коштів для погашення заборгованості. Відповідно до ЦК України кредитор має право пред'являти вимогу про сплату за гарантією незалежно від платоспроможності боржника; по-четверте, у гаранта, яким виступала вищестояща організація, було відсутнє право регресу до боржника. На даний час, відповідно до ст. 569 ЦК України гарант має право на зворотну вимогу (регрес) до принципала.

2. Гарантії як виду забезпечення виконання зобов'язань властиві наступні ознаки: особливий суб'єктний склад, незалежність від основного зобов'язання, безвідкличність, непередаваність прав, відплатність.

3. Основною відмінною ознакою гарантії є її незалежність, яка характеризується двома складовими – абстрактністю та безумовністю. Принцип незалежності проявляється у тому, що підставою для відмови в задоволенні вимог кредитора можуть бути тільки підстави, пов'язані із недодержанням самої гарантії, які не пов'язані з основним зобов'язанням. Проте принцип незалежності гарантії від основного зобов'язання має відносний характер. Оскільки метою гарантії є забезпечення належного

виконання основного зобов'язання, то своїм виникненням вона зобов'язана перш за все саме цьому зобов'язанню. Крім того саме невиконання чи неналежне виконання принципалом основного зобов'язання є підставою виникнення обов'язку гаранта здійснити платіж на користь бенефіціара. Відносний характер незалежності гарантії від основного зобов'язання проявляється також в тому, що при наявності доказів припинення основного зобов'язання у зв'язку з його належним виконанням, якщо бенефіціару було про це відомо до пред'явлення письмової вимоги до гаранта, суд може відмовити у задоволенні такої вимоги.

4. Обґрунтовано, що правило про можливість відкликання гарантії повинно бути передбачене у домовленості про видачу гарантії. Право на відкликання гарантії повинно бути реалізоване гарантом до моменту пред'явлення бенефіціаром вимоги про виконання зобов'язання.

5. Бенефіціар не має права передавати іншій особі право вимоги до гаранта. Проте, норма ч. 5 ст. 563 ЦК України є диспозитивною. Отже, умова про передачу прав за гарантією повинна бути включена в текст гарантії, і сторони повинні досягнути згоди з даного питання до моменту вступу гарантії в силу.

6. Щодо моменту набрання гарантією чинності автором запропоновано внести зміни у ч. 2 ст. 561 ЦК України і викласти її у наступній редакції: „Гарантія є чинною від дня її видачі, якщо в ній не встановлено інше. До видачі гарантії прирівнюється передача її підприємству зв'язку або ввід електронного документа в інформаційну систему відправника”. Таке доповнення дозволить уникнути конфліктів, зокрема у тих випадках, коли бенефіціар і гарант знаходяться у різних населених пунктах.

7. Обґрунтовано положення про те, що у тексті гарантії обов'язково необхідно вказувати: найменування гаранта, бенефіціара, принципала; основне зобов'язання, яке забезпечується гарантією; строк дії гарантії; максимальну суму гарантії.

8. Гарантії як виду забезпечення виконання зобов'язань властиві такі основні функції: забезпечувальна, компенсаційна, стимулююча. Варто зазначити, що гарантія опосередковано стимулює боржника до належного виконання зобов'язання. Крім вказаних функцій гарантія здійснює також попереджувальну, сигнальну, захисну, розподільчу.

9. У міжнародному праві використовуються різноманітні види гарантії, яким властиві певні особливості. Розмежування різних видів гарантії має значення для учасників гарантійних правовідносин, оскільки допомагає їм обрати той вид гарантії, який оптимально забезпечить їхні інтереси. Проте, Уніфіковані правила МТП для договірних гарантій виділяють три основні види гарантій: гарантію виконання, гарантію повернення платежів і тендерну гарантію. Дані гарантії не суперечать вітчизняному цивільному законодавству і можуть використовуватись для забезпечення виконання зобов'язань. Вибір конкретного виду гарантії залежить від особливостей забезпечуваного зобов'язання.

10. Доведено, що юридичним фактом, який породжує гарантійне зобов'язання між гарантом і бенефіціаром є видача гарантії. Видача гарантії - це передача гарантом належним чином оформленої гарантії принципалу чи бенефіціару. Проте, видачі гарантії передують юридично оформлені відносини між гарантом і принципалом.

11. Обґрунтовано, що підставою виникнення відносин гаранта і принципала є договір про видачу гарантії. Ініціатором видачі гарантії виступає принципал, який повинен звернутися до гаранта з проханням про видачу гарантії. Таке прохання повинно бути оформлене у письмовій формі. У проханні повинні міститися істотні умови договору про видачу гарантії. Прохання принципала розглядається як оферта до укладення договору про видачу гарантії, а укладення договору є акцептом.

12. Договір про видачу гарантії визначає порядок та умови її видачі. Істотними умовами договору є умови про предмет, розмір винагороди та

порядок її виплати, а також строк надання гарантії. Форма договору визначається загальним правилом про форму правочинів. Проте з метою забезпечення інтересів гаранта та принципала доцільно укласти такий договір у письмовій формі.

13. Договір про видачу гарантії належить до договорів про надання фінансових послуг. Даний договір є оплатним, двостроннім, консенсуальним, каузальним. Автором запропоноване власне визначення договору про видачу гарантії: „Договором про видачу гарантії є письмова домовленість принципала і гаранта, за якою гарант зобов’язується видати гарантію в якості забезпечення виконання зобов’язання принципала перед бенефіціаром, а принципал зобов’язаний сплатити винагороду за видачу гарантії”.

14. Таким чином, для виникнення гарантійних правовідносин необхідне послідовне вчинення двох дій: договір між принципалом і гарантом про видачу гарантії; односторонній правочин – видача гарантії. Проте, обов’язок гаранта з виплати гарантійної суми виникає саме з видачі гарантії і не залежить від договору про її видачу.

15. Суб’єктами відносин за гарантією є гарант, кредитор та боржник. Відповідно до ст. 560 ЦК України гарантами можуть виступати банки, фінансові установи, страхові організації. Проте, оскільки і банки, і страхові організації є фінансовими установами, то з метою усунення протиставлення страхових організацій фінансовим установам, автором запропоновано викласти ст. 560 ЦК України у такій редакції: „За гарантією банк або інша фінансова установа (гарант) гарантує перед кредитором (бенефіціаром) виконання боржником (принципалом) свого обов’язку”.

Тобто гарантами можуть бути такі фінансово-стабільні установи платоспроможність яких контролюється державою. Проте, варто зазначити, що видавати гарантії можуть не всі фінансові установи, а лише ті, яким таке право надане законодавством. З метою усунення відповідних суперечностей

необхідно внести зміни у законодавчі акти, які регулюють діяльність окремих фінансових установ.

16. Як позитивну рису сучасного цивільного законодавства можна вважати те, що разом з обмеженням кола осіб, які можуть бути гарантами, розширено коло боржників, зобов'язання яких можуть забезпечуватись гарантією. Якщо ЦК УРСР передбачав, що боржниками можуть бути лише юридичні особи, то відповідно до чинного законодавства ними можуть бути як юридичні, так і фізичні особи.

17. У дисертації визначено, що обов'язок гаранта з виплати гарантійної суми виникає не з моменту порушення принципалом свого обов'язку за основним договором, а з моменту пред'явлення бенефіціаром письмової вимоги до гаранта про виконання його обов'язку. Дана вимога повинна бути направлена бенефіціаром гаранту в межах строку дії гарантії. До вимоги про сплату грошової суми необхідно додати документи, вказані у гарантії.

18. Доведено, що гарант повинен обов'язково повідомити боржника про отриману вимогу кредитора. Форма такого повідомлення законом не визначається, проте ми вважаємо за доцільне застосовувати письмову форму. У зв'язку з цим пропонуємо ч. 1 ст. 564 ЦК України викласти у наступній редакції: „Після одержання вимоги кредитора гарант повинен негайно повідомити про це боржника у письмовій формі і передати йому копії вимоги разом з доданими до неї документами”.

19. Для уникнення спорів, пов'язаних із строком розгляду гарантом вимоги кредитора у випадках, коли у гарантії такий строк не встановлено автор пропонує застосовувати положення ч. 2 ст. 530 ЦК України. У зв'язку з цим доцільно викласти ч. 2 ст. 564 ЦК України у наступній редакції: „Гарант повинен розглянути вимогу кредитора разом з доданими до неї документами в установленій в гарантії строк, а у разі його відсутності – в семиденний строк і встановити відповідність вимоги та доданих до неї документів умовам гарантії”.

20. Визначаючи межі зобов'язання гаранта, необхідно розмежовувати обов'язок гаранта сплатити грошову суму, на яку видана гарантія, і відповідальність гаранта за невиконання чи неналежне виконання цього обов'язку. За загальним правилом обов'язок гаранта перед бенефіціаром обмежується сумою, вказаною у гарантії.

21. За невиконання чи неналежне виконання зобов'язання гарантом може наступити відповідальність. Якщо гарант порушує свій обов'язок, то його відповідальність не обмежується сумою, на яку видано гарантію. Гарант має право обмежити свою відповідальність за ненавмисне порушення гарантійного зобов'язання, але не має права обмежувати відповідальність у випадку навмисного порушення. Умови гарантії, які обмежують відповідальність у таких випадках, є нікчемними.

22. Гарант має право на регресну вимогу до боржника, в межах суми, сплаченої ним за гарантією кредиторів. Тобто законодавець не лише закріплює право гаранта на зворотну вимогу до боржника, але й визначає розмір такої вимоги, обмежуючи її розміром суми сплаченої, гарантом за гарантією бенефіціару. Варто зазначити, що питання про обсяг регресної вимоги, порядок і строки її виплати визначаються у договорі про видачу гарантії. Гарант не може бути позбавлений права на пред'явлення регресної вимоги, оскільки це призведе до безпідставного збагачення принципала.

23. Зобов'язання гаранта припиняється зі спеціальних підстав, передбачених ст. 568 ЦК України, а також на загальних підставах припинення зобов'язань. Крім того, необхідно вважати, що ст. 568 ЦК України стосується припинення зобов'язань гаранта перед кредитором, а не припинення самої гарантії. Адже після настання підстав, передбачених у ст. 568 ЦК України гарантія втрачає свої забезпечувальні функції, але продовжує існувати обов'язок принципала оплати послуги, надані гарантом.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Гражданское право: В 2 т. Том II. Полутом I / Под ред. Е.А. Суханова. – М.: Изд-во БЕК, 2003. – 704 с.
2. Боднар Т.В. Загальні засади виконання цивільно-правових зобов'язань // Вісник господарського судочинства. – 2003. - № 4. – С. 169-174.
3. Боднар Т.В. Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві: Монографія. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – 272 с.
4. Цивільний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2003. - №№ 40-44. – Ст. 356.
5. Синайский В.И Русское гражданское право. – М.: Статут, 2002. – 638с.
6. Луць В.В. Контракти у підприємницькій діяльності: Навчальний посібник. – К.: Юрінком Інтер, 2001. – 560 с.
7. Молодико К. Виникнення та історичний розвиток гарантії як окремого виду забезпечення зобов'язань // Юридична Україна. – 2005. - № 8. – С. 35-43.
8. Кудрина Н.К. Банковская гарантия как новый способ обеспечения обязательств // Банковское право. – 2000. - № 3. – С. 39-43.
9. Ландкоф С.Н. Основы гражданского права. – К., 1941. – 192 с.
10. Саймонд и Вильямс. Основы договорного права. – М., 1955. – 704 с.
11. Ройтберг М. Обеспечительные функции договорных обязательств в условиях рынка // Предпринимательство, хозяйство и право. – 2000. - № 10. – С. 20-21.
12. Спасибо-Фатеева І. Порука і гарантія як способи забезпечення зобов'язань // Підприємництво, господарство і право. – 2002. - № 3. – С. 22-25.
13. Саватье Р. Теория обязательств. – М.: Изд-во „Прогресс”, 1972. – 440 с.

14. Цивільний кодекс України: Коментар / За заг. ред. Є.О. Харитонова, О.М. Калітенко. – Одеса: Юридична література, 2003. – 1080 с.
15. Сорокина С.Я. Способы обеспечения исполнения гражданско-правовых обязательств между социалистическими организациями: Учебное пособие. – Красноярск, 1989. – 98 с.
16. Харитонов Е.О., Саниахметова Н.А. Гражданское право: Учебное пособие. – К.: АСК, 2002. – 832 с.
17. Константинова В.С. Правовое обеспечение хозяйственных обязательств. – Саратов: Изд-во Саратовского университета, 1987. – 120 с.
18. Герасименко О. До питання про забезпечення виконання господарських зобов'язань з реалізації продукції // Підприємництво, господарство і право. – 2003. - № 9. – С. 63-64.
19. Правове регулювання господарських відносин за участю промислових підприємств: Підручник для юридичних вузів і факультетів / В.М. Гайворонський, В.П. Жушман. – Х., 2000. – С. 178.
20. Ефимова Л. Поручительство (гарантия) как способ обеспечения кредита // Хозяйство и право. – 1994. - № 6. – С. 11-18.
21. Цивільне право: Навчальний посібник / За заг. ред. І.А. Бірюкова, Ю.О. Заїки. – К.: Істина, 2004. – 224 с.
22. Міхалев А. Договір поруки як засіб забезпечення зобов'язань // Підприємництво, господарство і право. – 2001. - № 6. – С. 29-30.
23. Новий тлумачний словник української мови у чотирьох томах / Укл. В.В. Яременко, О.М. Сліпущко. – Т. 2, 4. – К.: Видавництво „Аконіт”, 1998.
24. Баскин Ю.А., Фельдман Д.И. История международного права. – М.: Международные отношения, 1990. – 206 с.
25. Покровский И.П. Основные проблемы гражданского права. – М.: Статут, 1998. – 353 с.

26. Підпригора О.А. Основи римського приватного права: Підручник. – К.: Вища школа, 1995. – 267 с.
27. Маленица А. Римское право. – Нови Сад, 1999. – 368 с.
28. Римское частное право: Учебник / Под ред. И.Б. Новицкого, И.С. Перетерского. – М.: Юрист, 1994. – 544 с.
29. Хвостов В.М. Система римского права. Учебник. – М.: Изд-во „Спарк”, 1996. – 522 с.
30. Гонгало Б.М. Учение об обеспечении обязательств: вопросы теории и практики. – М.: Статут, 2002. – 222 с.
31. Мейер Д.И. Русское гражданское право. – М.: Статут, 1997. – 290 с.
32. Пахман С.В. Обычное гражданское право в России. Юридические очерки. – Т.1. – СПб, 1877. – 447 с.
33. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. – М.: СПАРК, 1995. – 556 с.
34. Генкин Д.М., Новицкий И.Б., Рабинович Н.В. История советского гражданского права. – М.: Юридическое издательство Министерства Юстиции СССР, 1949. – 544 с.
35. Цивільний кодекс УРСР // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1963. – № 30. – Ст. 463.
36. Захарова Н.Н. Кредитный договор. – М., 1996. – 126 с.
37. Иоффе О.С. Обязательственное право. – М.: Юридическая литература, 1975. – 880 с.
38. Цивільний кодекс Української РСР. Науково-практичний коментарій / Під ред. О.Н. Якименка, М.Й. Бару, М.В. Гордона. – К.: Політвидав України, 1971. – 542 с.
39. Белов В.А. Поручительство. Опыт теоретической конструкции и обобщение арбитражной практики. – М.: ЮрИнфоР, 1998. – 234 с.
40. Цивільне право України / За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової. – К.: Юрінком Інтер, 2002. – 720 с.

- 41.Гриджук Д.М., Олійник В.О. Забезпечення кредитних зобов'язань у діяльності банків. – К.: Істина, 2001. – 256 с.
- 42.Сарбаш С. Способы обеспечения обязательств // Хозяйство и право. – 1995. - № 10. – С. 130-139.
43. Гражданское и торговое право капиталистических стран: Учебное пособие / Под ред. В. П. Мозолина, М.И. Кулагина. – М.: высшая школа, 1980. – 382 с.
- 44.Единообразный торговый кодекс США. – М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. – 427 с.
- 45.Хаметов Р., Миронова О. Обеспечение обязательств: договорные способы // Российская юстиция. – 1996. - № 5. – С. 18-20.
- 46.Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. – М.: Статут, 2002. – 848 с.
- 47.Олейник О. Банковская гарантия и проблемы ее применения // Хозяйство и право. – 1996. - № 1. – С. 64-72.
- 48.Новицкий И.Б. Поручительство. – М., 1924. – С. 11.
- 49.Сойко Р.П. Особенности правового регулирования банковской гарантии // Банковское право. – 2002. - № 4. – С. 25-29.
- 50.Постановление СМ СССР и ЦК КПСС „О роли и задачах Госбанка СССР” від 21.08. 1954 р. № 1789 // Постановления Центрального комитета СССР и Совета Министров СССР по вопросам промышленности и строительства. – М., 1956. – С 69-88.
- 51.Основы гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик. – М., 1962.
- 52.Гражданское право БССР / Под ред. В.Ф. Чигира. – Минск: Издательство БГУ им. В.И. Ленина, 1975. – 384 с.
- 53.Советское гражданское право / Под ред. О.А. Красавчикова. – М.: Высшая школа, 1985. – 544 с.
- 54.Советское гражданское право / Под ред. В.П. Грибанова – М.: Юридическая литература, 1979. – 550 с.

55. Инструкция государственного банка СССР „О порядке кредитования производственных объединений, предприятий и хозяйственных организаций под товарно-материальные ценности, затраты производства и на другие цели” от 29.05. 1975 г. № 1 // Сборник нормативных актов по гражданскому законодательству: В двух частях. Ч. 1. – М.: Юрид. лит, 1984. – 448.
56. Вільнянський С.І. Радянське цивільне право. Ч.1. – Харків, 1966. – 320 с.
57. Панайотов И.П. Обеспечение обязательств (неустойка, залог, задаток, поручительство). Лекции для студентов ВЮЗИ. – М., 1958. – 39 с.
58. Рассказова Н.Ю. Банковская гарантия по российскому законодательству. – М., 1998. – 118 с.
59. Мамонова И.Д. Банковское дело / Под ред. О.И. Лаврушина. – М., 2000. – 579 с.
60. Рубанов А. Международная унификация правил о банковской гарантии и гражданский кодекс России // Хозяйство и право. – 2000. - № 5. – С. 56-67.
61. Уніфіковані Правила МТП для договірних гарантій: Інформаційно-правова система ЛІГА: Закон. //www. liga. net.
62. Уніфіковані Правила МТП для гарантій на вимогу: Інформаційно-правова система ЛІГА: Закон. //www. liga. net.
63. Аванесова Г. Банковские гарантии в международной торговле // Хозяйство и право. – 1998. - № 9. – С. 46-52.
64. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. - № 30. - Ст. 141.
65. Закон України „Про міжнародні договори України” від 29. 06. 2004 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2004. - № 50. – Ст. 540.
66. Овсейко С. Комментарий к Конвенции ООН о независимых гарантиях и резервных аккредитивах // Банковское право. – 2001. - № 3. – С.54-64.

67. Конвенція ООН про незалежні гарантії та резервні акредитиви, прийнята резолюцією 50/48 Генеральної Асамблеї від 11.12.1995 р. // Інформаційно-правова система ЛІГА: Закон. //www. liga. net.
68. Волошина М.В. Банковская гарантия: Дис. ... канд. юрид. наук. – Санкт-Петербург, 2003. – 177 с.
69. Батлер У.Э., Ерпылева Н.Ю. Банковские гарантии в российском и белорусском праве // Законодательство и экономика. – 2004. - № 2. – С. 73-82.
70. Єсіпова Л.О. Гарантія у цивільному праві: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Одеса, 2006. – 20 с.
71. Белов В. А. Соглашение о предоставлении банковской гарантии // Бизнес и банки. – 1996. - № 17 (287). – С. 4.
72. Овсейко С. В. Банковская гарантия как способ обеспечения исполнения обязательств: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Минск, 2003. – 20 с.
73. Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая. Научно-практический комментарий / Отв. ред. Т.Е. Абова, А.Ю. Кабалкин, В.П. Мозолин. – М.: Изд-во БЕК, 1996. – 714 с.
74. Роз'яснення президії Вищого арбітражного суду України „Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з укладенням та виконанням кредитних договорів” від 06.10.1994 р. № 02-5/706 // Збірник роз'яснень Вищого арбітражного суду України / Відп. редактор Д.М. Притика. – К.: Юрінком Інтер, 1998. – С. 63.
75. Коммерческое право: Учебник. Ч.1 / Под ред. В.Ф. Попондупало, В.Ф. Яковлевой. – СПб, 1997. – 286 с.
76. Гражданское право. Часть 1. Учебник / Под ред. Ю.К. Толстого, А.П. Сергеева. – М.: Изд-во ТЕИС, 1996. – 552 с.
77. Закон України „Про страхування” від 04.10.2001 р. // Урядовий кур'єр. – 2001. - № 205.

- 78.Єсіпова Л.О. Гарантія як інститут українського цивільного права // Митна справа. – 2005. - № 5. – С. 53-57.
- 79.Павлодский Е.А. Обеспечение исполнения обязательств поручительством // Закон. – 1995. - № 6. – С. 25.
- 80.Ковалевская Н.С. Банковская гарантия как способ обеспечения исполнения обязательств // Кодекс-инфо. – 1995. - № 48. – С. 67-69.
- 81.Петровский Ю.В. О независимости банковской гарантии // Банковское право. – 2000. - № 3. – С. 44-50.
- 82.Меламед А. Банковская гарантия – новый институт в российском законодательстве // Российская юстиция. – 1995. - № 7. – С.12-14.
- 83.Садииков О. Гарантийные обязательства в гражданском праве // Хозяйство и право. – 2004. - № 9. – С. 31-40.
- 84.Витрянский В.В. Банковская гарантия (Гражданский кодекс РФ с учетом изменений и новых законодательных актов) // Хозяйство и право. – 1998. - № 10. – С. 3-13.
85. Ефимова Л. Банковская гарантия и договор // Хозяйство и право. – 2000. - № 10. – С. 50-59.
- 86.Свириденко О. Банковская гарантия в арбитражной практике // Хозяйство и право. – 1997. - № 7. – С. 169-180.
- 87.Завидов Б.Д., Гусев О.Б. Договоры банковской гарантии, факторинга и простого товарищества. – М.: „Издательство ПРИОР”, 2002. – 32 с.
- 88.Аванесова Г. Применение банковской гарантии в товарном обороте: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1999. – 28 с.
- 89.Положення про порядок здійснення банками операцій за гарантіями в національній та іноземних валютах, затв. Постановою Правління Національного банку України 15.12.2004 № 639 // Нормативні акти Національного банку України. – 2005. – Випуск 2. – С. 141-155.
- 90.Сарбаш С.В. Обеспечение кредитных обязательств // Закон. – 1997. - № 2. – С. 130-142.

91. Закон України „Про електронні документи та електронний документообіг” від 22.05.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. - № 36. – Ст. 275.
92. Закон України „Про електронний цифровий підпис” від 22.05.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. - № 36. – Ст. 276.
93. Еремычева И., Ермаков С. Банковская гарантия как способ обеспечения исполнения обязательств: Эволюция и перспективы // Право и экономика. – 2003. - № 10. – С. 17-22.
94. Байгушева Ю. Обоснование обязательства гаранта // Хозяйство и право. – 2005. - № 4. – С. 70-72.
95. Ефимова Л.Г. Банковские сделки. Комментарий законодательства и арбитражной практики. – М.: Юридическая фирма „Контакт”, Издательский дом „ИНФРА-М”, 2000. – 320 с.
96. Гражданский кодекс Российской Федерации. Части первая и вторая. Официальный текст. – М.: Издательско-торговая фирма КОДЕКС, 1996. – 496 с.
97. Банковский кодекс Республики Беларусь // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. – 2000. - № 106.
98. Соболева Н.В. Банковская гарантия как способ обеспечения обязательств и практика ее применения в банковской деятельности: Дис. ... канд. юрид. наук. – Томск, 2005. – 245 с.
99. Общая теория государства и права. Академический курс в 2-х т. / Под ред. М.Н. Марченко. Том 2. Теория права.- М.: Издательство „Зерцало”, 1998. – 640 с.
100. Алексеев С. Общая теория права в 2 т. Т. 2. – М.: Юрид.лит., 1982. – 360 с.
101. Иоффе О. Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории „хозяйственного права”. – М.: Статут, 2000. – 777 с.

102. Трофимов К. Использование банковских гарантий в международных и отечественных контрактах // Хозяйство и право. – 1999. - № 11. – С. 44-48.
103. Михайлов Д.М. Международные расчеты и гарантии. – М.: ФБК-ПРЕС, 1998. – 219 с.
104. Єсіпова Л.О. Гарантія у цивільному праві: Дис. ... канд.. юрид наук. – Одеса, 2006. – 206 с.
105. Нигматулина Л.Б. Поручительство как новый способ обеспечения кредитных обязательств // Банковское право. – 2000. - № 3. – С. 50-54.
106. Андріанов М. Гарантія як спосіб забезпечення зобов'язань у міжнародному комерційному обороті // Право України. – 2004. – № 11. – С. 36-41.
107. Лазарева Т. Банковская гарантия во внешнеэкономической деятельности // Право и экономика. – 1999. - № 2. – С. 69-72.
108. Шмитгофф Л. Экспорт: право и практика международной торговли. – М.: Юридическая литература, 1993. – 511 с.
109. Положення про порядок підготовки та проведення відкритих торгів, затв. Наказом Фонду державного майна України від 02.07.1998 р. № 1303 // Офіційний вісник України. – 1998. - № 27. – Ст. 1020 (зі змін. від 05.10 2000).
110. Положення про порядок проведення конкурсів з продажу пакетів акцій акціонерних товариств, затв. Наказом Фонду державного майна України від 31.08. 2004 № 1800 // Офіційний вісник України. – 2004. - № 52. - Ст. 3494.
111. Гарантии и аккредитивы в современной банковской практике / Под ред. А.Д. Голубовича. – М.: Менатеп-Информ, 1994. – 160 с.
112. Митний кодекс України від 11. 07. 2002 р.: Офіційний текст (зі змінами та доповненнями станом на 15.02.2006 р.) // Кодекси України. – 2006. - № 3.

113. Еремычева И., Ермаков С. Правовое регулирование и виды банковской гарантии // Право и экономика. – 2003. - № 12. – С. 17-28.
114. Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: [В 4 т.] / А.Г. Ярема, В.Я. Карабань, В.В. Кривенко, В.Г. Ротань. – Т.2. – К.: А.С.К.; Севастополь: Ін-т юридичних досліджень, 2004. – 864 с.
115. Колесник Г., Зубарева О. Существенные условия соглашения о предоставлении банковской гарантии // Хозяйство и право. – 2001. - № 9. – 47-51.
116. Аванесова Г. Соглашение о предоставлении банковской гарантии // Хозяйство и право. – 1999. - № 3. – С. 63-71.
117. Гуд Р. Руководство к унифицированным правилам для гарантий по требованию. – М., 1999.
118. Тараканов С.А. Обеспечительная ценность поручительства и банковской гарантии в системе правовых способов, гарантирующих исполнение кредитного договора: Автореф. дис...канд. юрид. наук. – Санкт-Петербург, 1999. – 19 с.
119. Петровский Ю.В. Банковская гарантия в российском гражданском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 2001. – 24 с.
120. Пиляева В.В. Гражданское право с образцами документов. – М.: ИНФРА-М, 2001. – 366 с.
121. Филатов М.Н. Поручительство и банковская гарантия (Закон и практика) // Финансы и кредит. – 1997. – № 11. – С. 1-7.
122. Єсіпова Л.О. Гарантія та її види за цивільним законодавством України // Університетські наукові записки. Часопис Хмельницького університету управління та права. – 2006. – Вип. 1. – С. 128-131.
123. Свод хозяйственных договоров и документооборота предприятий с юридическим, арбитражным и налоговым комментарием / Под ред. А.В. Брызгалина. – М., 2000. – 632 с.

124. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / За заг. ред. В.М. Коссака. – К.: Істина, 2004. – 976 с.
125. Завидов Б. Договор банковской гарантии // Право и экономика. – 1999. - № 1. – С. 17-21.
126. Молоди́ко К. Юридичні особливості договорів про надання гарантій // Підприємництво, господарство і право. – 2006. - № 7. – С. 107-111.
127. Суховерхова Л.А. Банковские гарантии в международной торговле: Взаимоотношения сторон при проведении гарантийных операций и их правовое регулирование // Международные банковские операции. – 2005. - № 3. – С. 72-73
128. Новоселова Л.А. Поручительство и банковская гарантия. Сб. Правовое регулирование банковской деятельности / Под ред. Е.А. Суханова. – М.: Юринформ, 1997. – 441 с.
129. Хейфец Л., Григорьев В. Банковская гарантия и ее юридическая природа // Бизнес адвокат. – 1997. - № 10.
130. Закон України „Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг” від 12.07.2001 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2002. - № 1. – Ст. 1.
131. Великий тлумачний словник сучасної української мови / Укл. І головн. ред. В.Т. Бусел. – К.; Ірпінь: ВТФ „Перун”, 2001. – С. 894.
132. Бирюкова Л.А. Гражданско-правовое регулирование отношений, связанных с использованием банковской гарантии: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 2003. – 23 с.
133. Белов В.А. Гражданское право: Общая и особенная части: Учебник. – М.: АО „Центр ЮрИнфоР”, 2003. – 960 с.
134. Невзгодина Е.Л. Обязательства в гражданском праве. Учебное пособие по предпринимательскому и гражданскому праву. – Омск, 2001. – 283.

135. Аванесова Г.А. Применение банковской гарантии и договора поручительства в банковском праве // *Хозяйство и право*. – 1996. - № 7. – С. 175-185.
136. Ефимова Л. Банковская гарантия: понятие и практическая применимость // *Хозяйство и право*. – 1996. - № 3. – С. 116-120.
137. Цивільне право України: Академічний курс: Підручник: У двох томах / За заг. ред. Я.М. Шевченко. – Т.1. Загальна частина – К.: Концерн „Видавничий Дім „Ін Юре”, 2003. – 520 с.
138. Кашанин А.В. Кауза сделки в гражданском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2002. – 34 с.
139. Ефимова Л.Г. Абстрактные и каузальные обязательства и сделки в российском праве // *Вестник ВАС РФ*. – 2004. - № 4. – С. 121-131.
140. Агарков М.М. Основы банковского права: Курс лекций. Учение о ценных бумагах: Научное исследование. – М., 1994. – 350 с.
141. Белов В.А. Сингулярное правоприменение в обязательстве. – М.: Учебно-консультационный центр „ЮрИнфоР”, 2000. – 288 с.
142. Кудашкин В.В. Специальная правоспособность субъектов гражданского права в сфере действия общего запрета // *Государство и право*. – 1999. - № 5. – С. 46-54.
143. Закон України „Про банки і банківську діяльність” від 07.12.2000р. // *Відомості Верховної Ради України*. – 2001. - № 5-6. – Ст. 30.
144. Бакшинская В.Ю. Договорные обязательства: теория и практика: практическое пособие для руководителя и бухгалтера. – М.: „АКДИ Экономика и жизнь”, 1997. – 160 с.
145. Гавальда К., Стуффле Ж. Банковское право (Учреждения-Счета-Операции-Услуги). Пер. с фр. / Под ред. В.Я. Лисняка. – М.: АО „Фастинформ”, 1996. – 566 с.
146. Закон України „Про Національний банк України” від 20.05. 1999 р. // *Відомості Верховної Ради України*. – 1999. - № 29. – Ст. 238.

147. Дмитрієва О. Поняття та характеристика ринку фінансових послуг // Банківська справа. – 2004. - № 3. – С. 61-65.
148. Свердел М.О. Небанківські фінансові установи на фінансовому ринку України // Фінанси України. – 2003. - № 2. – С.145-147.
149. Закон України „Про господарські товариства” від 19.01. 1991 р. // Відомості Верховної Ради України. –1991. - № 49. – Ст. 682.
150. Господарський кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2003. - № 18, № 19-20, № 21-22. – Ст. 144.
151. Молодіко К. Суб’єктивне право на видачу гарантій для забезпечення зобов’язань: нормативно-правовий аспект // Право України. – 2006. - № 3. – С. 63-69.
152. Закон України „Про кредитні спілки” від 20.12.2001 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2002. - № 15. – Ст. 101.
153. Гура М.М. Правове положення кредитних спілок в Україні // Молодь в юридичній науці: збірник тез доповідей Міжнародної наукової конференції молодих вчених „Треті осінні юридичні читання”. – хмельницький: В-во ХУУП, 2004. – С. 138-139.
154. Положення про порядок надання фінансових послуг ломбардами, затв. Розпорядженням Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України від 24.04. 2005 р. // Офіційний вісник України. – 2005. - № 21. – Ст. 1146.
155. Закон України „Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди)” від 15.03.2001 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2001. - № 21. – Ст. 103.
156. Закон України „Про інвестиційну діяльність” від 18.09.1991 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1991. - № 47. – Ст. 647.
157. Декрет Кабінету Міністрів України „Про довірчі товариства” від 17.03.1993 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1993. - № 19. – Ст. 207.

158. Закон України „Про загальнообов’язкове державне пенсійне страхування” від 05.07.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. - № 49-51. – Ст. 376.
159. Бирюкова Л.А. Гражданско-правовое регулирование отношений, связанных с использованием банковской гарантии: Дис. ... канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 2003. – 190 с.
160. Боднар Т.В. Гарантія як вид забезпечення виконання зобов’язання за Цивільним кодексом України // Вісник господарського судочинства. – 2003. - № 2. – С. 143-150.
161. Резго П.Г. Проблемы материально-правового регулирования отношений по банковской гарантии в Российской Федерации: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2003. – 170 с.
162. Гражданский кодекс Республики Казахстан – толкование и комментирование. Выпуск 4. – 1997.
163. Завидов Б. Договор банковской гарантии // Право и экономика. – 1999. - № 2. – С. 35-38.
164. Воронина Е.И. Специфика применения банковских гарантий и гарантий по первому требованию по праву Франции // Банковское право. – 2002. - № 2. – С. 59-62.
165. Лазарева Т. Банковская гарантия во внешнеэкономической деятельности // Право и экономика. – 1999. - № 3. – С. 62-66.
166. Сойко Р.П. Банковская гарантия в хозяйственной деятельности предприятий // Банковское право. – 2003. - № 1. – С. 24-27.
167. Аванесова Г. Ответственность принципала и гаранта // Хозяйство и право. – 1999. - № 9. – С. 44-50.
168. Бервено С.М. Проблеми договірної права України: Монографія. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 392 с.
169. Цивільний процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2004. - № 40-41, 42. – Ст. 492.

170. Господарський процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 1992. - № 6. – Ст. 56.
171. Гражданский кодекс Республики Беларусь / Научное редактирование и предисловие д.ю.н., проф., Засл. Юриста РБ В.Ф. Чигира. – СПб: Изд-во: „ЮрцентрПресс”, 2003. – 1059 с.
172. Молодик К. Платіж за гарантією: юридичні аспекти // Право України. – 2006. - № 11. – С. 50-55.
173. Аванесова Г.А. О банковской гарантии // Хозяйство и право. – 1997. - № 7. – С. 154-169.
174. Юридична енциклопедія в 6 т. Т. 5. / За заг. ред. Ю.С. Шемшученка. – К.: Видавництво „Українська енциклопедія імені М.П. Бажана”, 2003. – 736 с.
175. Зобов'язальне право: теорія і практика. Навч. посібн. для студентів юрид. вузів і фак. ун-тів / О.В. Дзера, Н.С. Кузнецова, В.В. Луць та інші; За ред. О.В. Дзери – К.: Юрінком Інтер, 1998. – 912 с.
176. Новицкий И.Б. Регрессные обязательства между социалистическими хозяйственными организациями. Опыт обобщения арбитражной и судебной практики. – М., 1952. – 184 с.
177. Гражданское право. Часть первая: Учебник / Под ред. А.Г. Калпина, А.И. Масляева. – М., 2002. – 472 с.
178. Закон України „Про заставу” від 02.10 1992 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1992. - № 47. – Ст. 642.
179. Закон України „Про іпотеку” від 05.06.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. - № 38. – Ст. 313.
180. Сойко Р.П. Способы обеспечения регрессного требования при предоставлении банковской гарантии и порядок прекращения гарантийного обязательства // Банковское право. – 2003. - № 3. – С.14-20.