

УДК 347.734(091):347.42

*Л.О. Єсіпова***ІСТОРІЯ РОЗВИТКУ БАНКІВСЬКОЇ ГАРАНТІЇ**

Соціально-економічні зміни, що відбулися в Україні, перехід до ринкових відносин, обумовили суттєву зміну змісту суспільних відносин, що регулюються цивільним законодавством. Це обумовило необхідність корінної зміни законодавства та цивілістичної доктрини в цілому.

Прийняття Цивільного кодексу України, що набрав чинності 1 січня 2004 р. (далі – ЦК України), стало початком чергового етапу розвитку вітчизняної цивілістики. Він належить до числа якісно нових законодавчих актів, оскільки ґрунтується на приватноправовій, на відміну від Цивільного кодексу Української РСР, концепції регулювання майнових та особистих немайнових відносин, що ґрунтуються на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їхніх учасників в умовах переходу до ринкових відносин. Відбулося значне оновлення багатьох цивільно-правових норм. Крім того, ЦК України містить значну кількість новел в регламентації відносин цивільного обігу, а тому ці новели та зміни потребують детального аналізу. Зокрема, ЦК України передбачає систему засобів забезпечення виконання зобов'язання, яка в нових економічних умовах отримала подальший розвиток порівняно з ЦК УРСР.

Актуальність теми, обраної для дослідження, посилюється тим, що разом із ЦК набрав чинності й Господарський кодекс України, яким регулюються подібні відносини і встановлюються подібні інститути. Співвідношення норм зазначених нормативних актів є доцільним і корисним як з теоретичної, так і з практичної точок зору. Зокрема, це стосується способів забезпечення виконання зобов'язань.

Існування різних способів забезпечення виконання зобов'язань є необхідним для стабілізації і водночас поживлення господарського обігу. Багато з них мають тривалу історію розвитку. Однак банківська гарантія не має коріння в далекому минулому, а являє собою сучасний інститут цивільного права. Банківська гарантія з'явилася в міжнародному приватному праві, оскільки вперше почала застосовуватися у сфері міжнародних фінансово-кредитних відносин. Появу банківської гарантії було викликано об'єктивною реальністю. Вперше банківська гарантія з'явилася в комерційному обігу в США. Каталізатором процесу стала “нафтова криза”, внаслідок якої великі нафтовидобувні компанії почали укладати крупні контракти із західними фірмами [1].

Таким чином, виникла потреба у правовому інструменті, який допомагав би без істотних зусиль та без втрати часу відшкодовувати шкоду, спричинену внаслідок невиконання однією із сторін своїх зобов'язань за договором.

Для кредитора за основним зобов'язанням особливий інтерес являє не лише наявність забезпечення, однак і, головним чином, його надійність. Для використання у міжнародних відносинах як забезпечення таких відомих засобів, як застава, неустойка, притримання майна боржника, завдаток, є незручним у зв'язку із певними обставинами. Так, Г.Ф. Шершеневич зазначав, що “якщо страх перед

неустойкою є стимулом до виконання зобов'язання, то дія її полягає в залежності від можливостей боржника взагалі виконувати свої зобов'язання. Коли майновий стан його погіршився, то боржник не в змозі сплатити ані основної суми, ані неустойки. Завдаток являє собою ще менш досконалий засіб забезпечення тому, що сума завдатку є звичайно невеликою, інакше видати її було б важко, а між тим, якщо для боржника ухилення від головного зобов'язання є вигідним, то він залюбки пожертвує завдатком” [2].

Порука, як і інші засоби забезпечення виконання зобов'язань, передбачає необхідність вникати в право іноземної держави, що є завжди неминучим для однієї із сторін. Також використання поруки не надає особливої надійності для сторін, оскільки окрім вказаної вище причини необхідною є перевірка репутації поручителя, його платоспроможності. Бажано, щоб на стороні поручителя виступав банк. Банки мають можливість здійснювати виплати грошових сум практично негайно. Банки також є активними учасниками міжнародних фінансових відносин. Однак бути поручителем є незручним для банку, оскільки банк, будучи солідною організацією, не може дозволити собі вникати у взаємовідносини між кредитором та боржником (що є необхідним для поручителя, оскільки він замінює неплатоспроможного боржника та замість нього вступає у відносини з кредитором) – для цього у банків немає ані часу, ані бажання, ані спеціалістів.

Не можна не погодитися із думкою з цього приводу Н. Ю. Рассказової, яка зазначає, що: “Банки не бажають витратити час та сили на такі суперечки з клієнтом з приводу того, чи був обов'язковим платіж та чи є у банка право на регресні вимоги” [3].

Таким чином, виникає необхідність у новому способі забезпечення виконання зобов'язань. Таким інструментом стає банківська гарантія. Більш того, як суб'єкт гарантійного зобов'язання можуть бути фінансово стійкі підприємства чи спеціальні установи, що мають грошові кошти.

Як і будь-яке нововведення, сама сутність гарантії формувалася поступово.

Банківська гарантія знаходить застосування у різних галузях підприємницької діяльності. Можна виділити основні.

1. Тендери. Велику небезпеку при проведенні тендеру являє можливість виникнення ситуації, за якої переможець тендера відмовиться від укладення договору та не сплатить неустойку за свою відмову. Тоді організатор торгів буде мати великі збитки у зв'язку з необхідністю організувати повторні торги. З метою запобігання ймовірності настання такої ситуації, а точніше, надати організатору можливість отримати в найкоротший строк суму, необхідну для повторних торгів, однією з умов для участі в тендері стає надання тендерної гарантії. За своєю сутністю, у цьому випадку банківська гарантія замінює завдаток.

2. Забезпечення виконання різноманітних договорів. Можливе гарантування виконання не усього договору, а його частини (етапів). Такі гарантії можна кваліфікувати як гарантії виконання.

3. Сфера митних відносин. Гарантії в цій сфері мають таку мету: відшкодувати в найкоротші строки суми мита та платежів, несплачених з якихось причин особами, зобов'язаними їх сплатити.

Процес формування гарантії як інституту цивільного права відбувався паралельно у багатьох країнах, внаслідок чого було багато несхожого, в тому числі щодо назви досліджуваного інституту. Так, у Німеччині використовують термін “гарантія” (Garantie), у Франції та Італії цей інститут називають “банківською гарантією” (Garantie de banque, Garanzie bancarie), в Англії – це “гарантія” (Guarantee), а також “незалежна гарантія” (Independent guarantee), “безвідклична гарантія” (Irrevocable guarantee) та ін., в США використовується термін “резервний акредитив” (Stand-by letter of credit). Д. М. Михайлів зазначає, що в швейцарському зобов'язальному праві (Swiss Securities Law. Swiss-American Chamber of Commerce; Zurich 1982. “Code of Obligations”) прямо вказано про те, що закон, який регулює інститут поруки (“Surety”, “Burgschaft”), складається з безлічі індивідуальних випадків (прецедентів), які в сукупності складають взаємопов'язану структуру. В банківській практиці це знайшло відображення у використанні стандартизованих проформ, у яких містяться посилання на текст діючого закону. Прикладом може бути солідарна порука (Solidarburgschaft, Joint and Several Guarantee) [4]. Порука залежить від стану та змісту зобов'язання основного боржника та обмежена його обсягом, тобто є другорядною за своєю природою. Якщо з якоїсь причини (наприклад, внаслідок платежу) борг погашено, то порука втрачає силу.

Поручитель має право й обов'язок за певних умов порушити проти кредитора або пред'явити йому заперечення, що є в основного боржника (Зобов'язальне право, ст. 502).

Положення швейцарських законів діють так, що банк як поручитель у випадку пред'явлення вимоги за порукою звичайно здійснює платіж після одержання чіткого повноваження від свого замовника.

При простій поруці обов'язок поручителя з платежу виникає лише тоді, коли основний боржник зазнає банкрутство або якщо йому надана відстрочка в зв'язку зі спадковим процесом (за законом існує декілька інших випадків меншого значення) (Зобов'язальне право, ст. 495), тобто тільки в тому разі, коли всі інші заходи впливу на боржника вичерпані. Тільки в тому разі, коли порука є солідарною, до поручителя може бути пред'явлена вимога до пред'явлення її основному боржникові (Зобов'язальне право, ст. 496). Порука в практиці швейцарських банків є майже виключно для забезпечення вітчизняних кредиторів, оскільки не всі іноземні бенефіціари готові прийняти швейцарські закони, що регулюють інститут поруки [4, 197].

В. М. Усокін зазначає, що за правом США гарантія визначається як спосіб забезпечення, що полягає у згоді третьої сторони погасити борг у разі нездатності боржника виконати зобов'язання. Відомі дві форми гарантійних угод: гарантія (guaranty) та зобов'язання про відшкодування шкоди (indemnity). У першому випадку гарант приймає на себе другорядне зобов'язання та вступає у дію лише у разі невиконання зобов'язання боржником (відповідальність за гарантією (guaranty) – субсидіарна); у другому випадку гарант є безпосереднім відповідачем за позикою (відповідальність за зобов'язанням про відшкодування шкоди (indemnity) – солідарна). У першому випадку він звертається до банку із такою

пропозицією: “Видайте кредит пану Х; якщо він не погасить борг, сплачу я”. У другому випадку зобов'язання може бути виражено так: “Видайте кредит пану Х, я зобов'язуюсь, що борг буде погашено”. Різниця між гарантією та зобов'язанням з відшкодування шкоди полягає також в тому, що у випадку гарантії необхідним є ще письмовий документ, що вводиться в дію за рішенням суду, а в зобов'язанні про відшкодування шкоди такий документ не вимагається, або сам цей документ, завірений печаткою, гарантує відшкодування шкоди.

Такий документ (*indemnity*) видається, наприклад, банку в разі розпорядження про призупинення платежу за чеком (*stop-payment*) [5].

На відміну від відносин поруки, гарант не приєднується до основного боржника при видачі зобов'язання. Його відповідальність має місце в разі настання обумовленої події, такої, як невиконання основним боржником свого зобов'язання, неплатоспроможність чи банкрутство основного боржника.

Якщо до підпису на зворотному боці документа особа додає “оплата гарантована” чи будь-яке еквівалентне формулювання, то це означає, що особа, яка підписала таке формулювання, зобов'язується сплатити за документом, якщо його не оплачено при настанні строку, відповідно до його змісту без звернення особи, яка ним володіє, до будь-якої іншої сторони.

Ще одним своєрідним моментом, характерним тільки для США, є те, що банкам США відповідно до американських законів не дозволяється видавати гарантії тих видів, що видаються банками європейських країн. Однак на практиці існують “безвідклично підтвержені банком акредитиви” (резервні акредитиви, “стенд-бай” – *Irrevocable Standby Letter of Credit*), які фактично є гарантіями.

Якщо американські фірми заявляють, що вони готові надати банківські гарантії, під ними зазвичай маються на увазі “безвідклично-підтвержені банком акредитиви”.

Єдиний торговельний кодекс (ЄТК) США 1962 р. передбачає, що будь-яка гарантія, написана на зворотному боці документа, підлягає примусовому виконанню, незважаючи на жодні положення статуту про обманні дії. До прийняття ЄТК, відповідно до діючого законодавства, було прийнято декілька судових рішень, в яких передбачалося, що згідно з положеннями статуту про обманні дії гарантія зобов'язувала гаранта лише у випадку, коли вона була вчинена в письмовій формі й містила вказівку про отримання зустрічного задоволення [4, 195-197].

Банківська гарантія – найбільш зручна форма та найчастіше застосовується на практиці. Звичайно банківські гарантії видаються японськими банками, уповноваженими на ведення валютних операцій. Відповідно до вказівок Міністерства фінансів, видача банківських гарантій в розмірі до 20% вартості вантажу не вимагає отримання відповідного дозволу. Якщо розмір банківської гарантії перевищує 20% вартості вантажу, то питання про її видачу розглядається у кожному окремому випадку Міністерством фінансів. Однак склалася тенденція зменшення процедур та формальностей, що стосуються видачі гарантій, розмір яких перевищує 20%.

В Японії гарантія розглядається як форма поруки. Положення про гарантії регулюються Цивільним кодексом, Торговим кодексом та іншими законодавчими

актами. Гарантії, що використовуються у зовнішній торгівлі, розуміються ширше, ніж гарантії, що регулюються цивільним законодавством, оскільки на сторону, яка бере участь в угоді про гарантію у зовнішньоекономічній угоді, покладається не лише виконання гарантійних боргових зобов'язань, але й суворе дотримання правил, що регулюють зовнішню торгівлю та валютні операції.

Передбачається, що резидент може укласти “угоду про гарантії” з нерезидентом лише з дозволу міністра фінансів чи міністра зовнішньої торгівлі та промисловості. До сфери компетенції останнього належать угоди, що стосуються експорту чи імпорту, передачі прав на розробку ресурсів, промислової власності чи інших аналогічних прав.

Відповідно до звичної для Японії практики, в її зовнішній торгівлі використовуються такі види угод про гарантії:

- договірні гарантія надається з метою попередження невиконання договірних зобов'язань, в тому числі у разі несплати чи затримання сплати вартості товару, затримки у поставці вантажу;
- гарантія повернення авансу надається на випадок невиконання договірних зобов'язань. Гарантується, що в разі непоставки товару раніш сплачений аванс буде повернуто;
- гарантія повернення транспортних засобів дається щодо того, що транспортні засоби будуть повернуті.

Особиста гарантія (в тому числі президента фірми чи основного держателя акцій) нечасто використовується як спосіб забезпечення виконання зобов'язань. Фірмові гарантії звичайно видаються третім особам та найчастіше використовуються як спосіб забезпечення отримання продавцем суми платежу.

У Німеччині власне гарантія відсутня, а використовуються безліч видів поруки, невідомих іншим країнам. Німецький Цивільний кодекс передбачає, що при укладанні договору поруки поручитель бере на себе зобов'язання перед кредитором третьої особи нести відповідальність, якщо ця третя особа не виконає свого зобов'язання перед кредитором.

Договір поруки має бути обов'язково укладений у письмовій формі. Винятком з цього правила є випадок, коли поручителем є особа, яка звичайно займається підприємницькою діяльністю (*Vollkauf-mann*), для якої цей договір є торговою угодою, і застосуванню підлягають норми Торгового кодексу. В такій ситуації достатньо усної домовленості про поруку. Порука може існувати щодо майбутніх чи умовних правочинів. Обов'язки поручителя виникають лише тоді, коли вступає у дію основний договір. Порука може бути видана як на певний строк, так і на невизначений строк. Поручитель може покласти на себе лише певні зобов'язання, що випливають з основного договору. Окрім звичайних заперечень (які може заявити боржник за основним договором), поручитель має право на особливе заперечення: він може відмовитися виконати своє зобов'язання доти, доки спроби кредитора отримати примусове виконання не виявляться марними. Тому для кредитора бажано добиватися включення у договір поруки положень, що виключають можливість пред'явлення таких заперечень. Заперечення щодо примусового виконання виключається у тих випадках, коли порука видана особою,

яка займається підприємницькою діяльністю, тобто коли правочин торговий. Крім того, таке заперечення виключається в разі:

- коли поручитель сам відмовляється від цього заперечення;
- коли правові дії по відношенню до основного боржника ускладненні у зв'язку із переминою ним юридичної адреси;
- коли на майно боржника оголошено конкурс;
- коли визнано, що примусове виконання за рахунок майна боржника не зможе задовольнити вимоги кредитора.

Якщо порука обмежується певним строком, кредитор зобов'язаний до спливу цього строку повідомити поручителя, що він може пред'явити до нього претензії, в іншому випадку поручитель вільний від своїх зобов'язань.

1. *Selbstschuldnerische Bürgschaft*. Цей вид поруки відрізняється від звичайного тим, що поручитель відмовляється від свого права не виконувати зобов'язання, якщо кредитор не застосував інститут примусового виконання.

2. *Mitbürgschaft* (спільна порука), за якої декілька поручителів поручаються за виконання одного зобов'язання. У такому разі всі поручителі відповідають перед кредитором солідарно.

3. *Nachbürgschaft* – порука, в силу якої третя особа поручається перед кредитором за основним зобов'язанням за виконання зобов'язання першим поручителем за основним зобов'язанням.

4. *Ausfallbürgschaft* – порука, за якою поручитель відповідає перед кредитором, оскільки боржник за основним зобов'язанням не задовольнив вимоги кредитора. Кредитор має довести, що він не отримав повного задоволення від боржника. З цією метою йому необхідно представити докази того, що він використав проти боржника всі засоби, які мав.

5. *Rückbürgschaft* – порука, в силу якої третя особа поручається за виконання боржником за основним зобов'язанням обов'язку відшкодувати збитки першого поручителя, що виникають у нього в силу невиконання боржником зобов'язань перед основним кредитором. Стороною цього договору є поручитель кредитора за основним зобов'язанням. Поручитель може скористатися цим засобом лише у випадку, коли він виконав зобов'язання перед основним кредитором. До другого поручителя в силу закону переходять всі права кредитора щодо боржника за основним зобов'язанням.

6. Вексельна порука. Виплата суми за векселем може забезпечуватися порукою як в цілому, так і частково. Поручителем може бути і третя особа, підпис якої вже є на векселі. Про поруку має бути зазначено на самому векселі чи на додатку до нього. Воно має виражатися словами “як поручитель” (“Als Bürge”) чи іншими подібними та має бути підписано поручителем. Поручитель за векселем відповідає в такий самий спосіб, як особа, за яку він поручається. Вексельний поручитель, який сплатив за векселем, отримує всі права, що впливають з векселя відносно особи, за яку він поручився, а також всіх осіб, які відповідають за векселем.

Із зазначеного випливає висновок про те, що цивільне і торговельне право інших держав розмежовують гарантію і поруку, передбачаючи акцесорний харак-

тер останньої. У деяких державах гарантія розглядається як договір, за яким зобов'язана особа (гарант) гарантує кредитора від збитків при настанні визначених умов (наприклад, при неплатоспроможності боржника).

Внаслідок такого “паралельного” становлення банківської гарантії “стало гостро відчуватися, що національні відмінності права та практики... стають вагомим гальмом функціонування сучасної ринкової економіки” [6]. Першою спробою узагальнити міжнародний досвід використання банківської гарантії та норм, що регулюють правовідносини з приводу банківської гарантії в міжнародному праві, є Уніфіковані Правила про договірні гарантії 1978 р. Ці правила підлягають застосуванню лише у випадку, якщо сторони зовнішньоторговельної угоди в самій гарантії зробили відповідне застереження. Уніфіковані правила 1978 р. не містили визначення гарантії, а лише включали визначення деяких різновидів банківських гарантій, таких як тендерна гарантія, гарантія виконання та гарантія повернення платежів. Вказаний документ містив підстави припинення дії гарантії.

Слід звернути увагу на порядок пред'явлення претензій за гарантією. Претензія задовольняється гарантом в такій ситуації: коли вона була здійснена в письмовій формі (чи по телефону, чи телеграмою, чи по телеграфу...) не пізніше строку дії, зазначеного в гарантії, а якщо цей строк не зазначено, то згідно строків, вказаних у ст. 4 Уніфікованих правил 1978 р., та коли вона обґрунтована такою документацією, яка передбачена в гарантії чи цих Правилах. Звертає на себе увагу цікавий момент: якщо документація, що обґрунтовує претензію, не зазначена в тексті самої гарантії, чи в гарантії передбачено надання лише заяви бенефіціара про претензію, останній має надати документи, перелічені в ст. 9 Уніфікованих правил 1978 р., а саме для тендерної гарантії таким документом є заява бенефіціара із зазначенням невиконання принципалом своїх зобов'язань, а для гарантії виконання чи гарантії повернення платежів – рішення суду чи арбітражу, що задовольняє позов, чи письмова згода принципала з претензією.

Таким чином, Уніфіковані правила не позбавляли гарантів від необхідності вникати у сутність спорів між бенефіціарами и принципалами, а бенефіціари не отримували можливість відшкодувати свої збитки в найкоротші строки. Ось чому необхідним був інший документ, що регламентує відносини з приводу гарантій відповідно до потреб учасників господарської діяльності.

Таким документом стали Уніфіковані правила для гарантій на першу вимогу, видані Міжнародною Торгівельною Палатою 1992 р., в яких “було втілено колективні знання та досвід національних комітетів Міжнародної Торгівельної Палати, комерційних компаній та окремих спеціалістів усього світу”.

Однак, ці Правила мають таке саме факультативне значення, як і попередні, тобто застосовуються лише у разі прямої вказівки на них в самій гарантії.

ЛІТЕРАТУРА

1. Левченко Н. Банковская гарантия // Законность. – 2000. – № 2. – С. 21.
2. Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. – М., 1995. – С. 295.
3. Рассказова Н. Ю. Банковская гарантия по российскому законодательству. – М. 1998. – С. 11.

4. Михайлов Д. М. Международные расчеты и гарантии. – М: ФБК-ПРЕСС, 1998, – с. 197.
5. Усокин В. М. Современный коммерческий банк: управление и организация. – М: ИПЦ “Ва-зар-Ферро”, 1994, – С. 208-209.
6. Рубанов А. Международная унификация правил о банковской гарантии и Гражданский кодекс России // Хозяйство и право. – 2000. – № 5. – С. 59.

УДК 35.08(477)

О.В. Жила

ПОНЯТТЯ ПОСАДОВОЇ (СЛУЖБОВОЇ) ОСОБИ В ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ

Державна служба є важливим інститутом сучасної держави.

Прийняття у грудні 1993 р. Закону України “Про державну службу” дало поштовх створенню нормативного і теоретичного підґрунтя цього важливого інституту демократичної правової держави. Прийняття спеціального закону констатувало сам факт утворення інституту державної служби в Україні, дозволило сформулювати систему її проходження, кар’єри державних службовців тощо. Законом сформульовано основні складові елементи державної служби: етика поведінки, структура управління державною службою, права і обов’язки, обмеження, особливості відповідальності державних службовців тощо. Таким чином, прийнятий закон значною мірою виконав поставлене завдання зі створення й законодавчого забезпечення основних напрямів функціонування інституту державної служби в Україні.

Попри загальне позитивне значення цього Закону, багато питань залишилось поза межами його регулювання. На думку юристів, основною вадою Закону є фактичне ототожнення поняття “державного службовця” та “посадової особи”, що призвело до розмитості основних, визначальних понять Закону [1, 333].

Державна служба, відповідно закону, це професійна діяльність осіб, які займають посади в державних органах та їх апараті щодо фактичного виконання завдань і функцій держави та одержують заробітну платню за рахунок державних коштів [2].

На жаль, Закон “Про державну службу” не містить ні визначення поняття “державний службовець”, ні положень, що визначають коло осіб – державних службовців. У різних галузях права застосовуються різні визначення цієї категорії. Так, у конституційному праві державний службовець є “слугою” держави, наділений нею відповідними повноваженнями. Він репрезентує державу в її багатоманітних взаємозв’язках як усередині, так і ззовні.

В адміністративному праві державний службовець володіє владними, організаційно-розпорядчими повноваженнями. Будучи представником держави, він застосовує юрисдикційні заходи й повноваження, застосовує адміністративно-правові санкції.

У кримінальному праві державний службовець – це особливий суб’єкт кримінальної та адміністративної відповідальності [3, 314-315].