



ОЛЬГА КОКОЗ,
старший юрист «Кульков, Колотилов и Партнеры»

Гарантия vs страхование экспортной сделки: что лучше защитит интересы экспортера

Новостные заголовки пестрят информацией о срывах поставок авиалайнеров, приостановке международных строительных проектов и т. д. Как экспортеру в условиях пандемии и нарастающих ограничений защитить себя от повышенных рисков нарушения обязательств со стороны контрагентов по внешнеторговым сделкам? В докарантинный период в качестве способа защиты интересов экспортера получило распространение страхование экспортных сделок в ЭКСАР, а также получение банковской гарантии по правилам URDG 758.

В обоих случаях экономический эффект одинаков, а вот порядок получения денежных средств разный. Как экспортеру выбрать подходящий способ защиты своих интересов и не намучиться впоследствии с судебными разбирательствами? Рассмотрим действующее регулирование и имеющуюся судебную практику по нему.

Ситуация с пандемией заставила бизнес задуматься о способах минимизации потерь, не только тех, которые уже возникли в связи с ограничительными мерами, но и тех, которые могут появиться в перспективе, в том числе в случае второй волны пандемии в конце года. Не секрет, что внешнеторговые индустрии оказались в числе наиболее пострадавших. Это логично, ведь возобновление внешнеторговых операций оказывается в два раза более сложным, поскольку требует наличия возможностей для этого одновременно у двух государств.

Еще задолго до пандемии на рынке существовали финансовые продукты, позволявшие защитить интересы экспортера от неисполнения обязательства контрагентом. В частности, были распространены две опции: гарантия, подчиненная Унифицированным правилам для гарантий по требованию (URDG 758) (далее — гарантия), и страхование экспортного кредита в Акционерном обществе «Российское

агентство по страхованию экспортных кредитов и инвестиций» (ЭКСАР) по Правилам осуществления деятельности по страхованию и обеспечению экспортных кредитов и инвестиций от предпринимательских и политических рисков (далее — правила ЭКСАР)¹.

Какой же из вариантов выбрать сейчас экспортеру, чтобы обезопасить себя от возобновления ограничительных мер к осени? Рассмотрим обе опции на примере типовой проблемной ситуации: после подписания контракта на поставку рубашек из России экспортер направил товар покупателю. Однако покупатель не перевел ему деньги, перестал выходить на связь, а возможно, и обанкротился. Что следует учесть экспортеру при

¹ Утверждены Постановлением Правительства РФ от 22.11.2011 № 964 «О порядке осуществления деятельности по страхованию и обеспечению экспортных кредитов и инвестиций от предпринимательских и политических рисков».

предъявлении требования о получении денежных средств банку в качестве гаранта или ЭКСАР в качестве страховщика?

Экспортер-бенефициар предъявляет требование банку по гарантии, подчиненной URDG 758

Во-первых, возможность направления требования по гарантии строго ограничена сроком ее действия. Требование, направленное экспортером слишком поздно, не будет удовлетворено². По общему правилу, требование должно быть направлено сразу в полном соответствии с условиями гарантии. Если вскрыется какой-то дефект, придется направлять требование заново. При этом вновь предъявленное требование будет считаться поданным в момент именно его подачи (а не первоначального дефектного требования), в том числе если срок гарантии уже истечет.

Во-вторых, основной характеристикой гарантии является ее независимость как от основного обязательства, так и от заявления о выдаче. То есть обязательство гаранта заплатить экспортеру не будет зависеть от отношений между ним и покупателем³. С учетом этого пределы рассмотрения направленного гаранту требования будут ограничены. Оценивая возможность выплаты, гарант должен будет определить, является ли требование надлежащим, лишь по его внешним признакам⁴.

Гарантии всегда содержат закрытый перечень документов (документарные условия), которые должны быть представлены вместе с требованием о выплате. При этом гарант не только не может потребовать представления любых иных документов, но и не вправе принимать их во внимание⁵.

Статья 19(b) URDG 758 содержит общее правило проверки документарных условий: «Данные в документе, предусмотренном гарантией, должны проверяться в контексте самого документа, гарантии и настоящих правил. Данные не обязательно должны быть идентичными, но и не могут противоречить данным в этом же документе, любом другом предусмотренном Гарантией документе или в самой Гарантии»⁶.

Кроме того, гарантия может включать недокументарные условия, то есть такие, которые сами по себе не требуют представления документа, подтверждающего их наступление, но учитываются

при проверке отсутствия противоречий. Разберем это на нашем примере⁷.

Предположим, в гарантии указано, что она обеспечивает обязательства экспортера по поставке красных рубашек и для выплаты по ней требуется представить акт, подтверждающий надлежащую поставку. Документарным условием в этом примере будет событие надлежащей, но не оплаченной поставки. Недокументарное условие — указание на красные рубашки. В таком случае гарант не сможет потребовать у экспортера документ, подтверждающий, что его требование касается поставки именно красных рубашек, а получив акт о ненадлежащей поставке с указанием на поставку зеленых рубашек, вправе будет прийти к выводу о том, что требование выплаты по гарантии является ненадлежащим и не подлежит удовлетворению. Кроме того, если бы указание о зеленом цвете рубашек было не в акте о ненадлежащей поставке, а в счете, предоставлять который по условиям гарантии не требуется, то такое противоречие следовало бы игнорировать.

Иными словами, гарант не может потребовать представления подтверждения по недокументарному условию. Противоречие недокументарному условию, которое следует из документов, представление которых является обязательным по условиям гарантии, делает требование ненадлежащим, и тогда выплата по гарантии не подлежит перечислению. А наличие противоречия недокументарному условию в документе, который не является обязательным для представления, не имеет значения для выплаты по гарантии.

В-третьих, важные корректировки в толкование правил URDG вносит судебная практика. Она пока необширная, но в ней уже проявляется неоднородность в отношении проверки на непротиворечивость.

Пробенефициарский подход

Вопрос об оценке противоречий в представленных по гарантии документах недавно дошел до рассмотрения Верховным Судом РФ в деле № А40-75197/2018⁸.

Суды первой и апелляционной инстанций первоначально поддержали позицию гаранта — Транскапиталбанка и отказали в выплате по гарантии в пользу немецкой фармацевтической компании, сославшись на то, что в подлежащих представлению счетах допущена опечатка при указании даты обеспечиваемого договора,

² Ст. 14(a) URDG 758.

³ Ст. 5(a) URDG 758.

⁴ В оригинальной версии on its face — ст. 19(a) URDG 758.

⁵ Статья 19(d) URDG 758

⁶ Статья 19(b) URDG 758

⁷ В данной части пример заимствован из Руководства МТП по Унифицированным правилам для гарантий по требованию.

⁸ В данном деле оценивались противоречия в самих документах, а не в недокументарных условиях гарантии.

Освобождение гаранта от принятого им на себя обязательства всего лишь посредством смены адреса аппликанта представляется абсурдным

в товарно-транспортных накладных место доставки товара не соответствует условиям поставки в счетах, а в товарно-транспортных накладных вес товара не соответствует весу в счетах. При этом и счета, и товарно-транспортные накладные подлежали представлению гаранту вместе с требованием.

Арбитражный суд Московского округа в Постановлении от 22.01.2019 по делу № А40-75197/2018 счел выводы нижестоящих судов не соответствующими правилам URDG 758 и отменил их акты, указав на следующие обстоятельства:

- судам следовало не ограничиваться проверкой идентичности веса товара, а проверить, подтверждают ли товарно-транспортные накладные поставку товара надлежащего веса или же меньшего;
- согласно международным правилам ИНКОТЕРМС 2000, понятия «место доставки» и «условия поставки» несопоставимы друг с другом⁹;
- соответствие места доставки в накладных и в обеспечиваемом договоре не подлежит установлению, так как обеспечиваемый договор не подлежал обязательному представлению вместе с требованием;
- печатка в дате договора не свидетельствует о том, что поставка была осуществлена по какому-либо другому договору (а не по обеспечиваемому), поскольку отсутствуют доказательства наличия иного договора между бенефициаром и его контрагентом.

При новом рассмотрении суды установили все упомянутые кассацией обстоятельства: убедились в надлежащем количестве поставленного товара, то есть в осуществлении надлежащего представления бенефициаром (реально поставленный товар превышал сумму согласованного в счете вследствие указания в товарно-транспортной накладной веса с упаковкой)¹⁰; и, запросив информацию из валютного контроля банков, удостоверились

⁹ Термин «условия поставки» означает не место фактической доставки, а место перехода рисков и место, до которого оплачены перевозка и страхование.

¹⁰ Обосновывая данный вывод, суды сослались по аналогии на ст. 17 URDG, согласно которой «требование не становится ненадлежащим только по причине того, что в об-

в отсутствии иного договора между экспортером (бенефициаром) и его контрагентом (согласились с тем, что простая опечатка при указании даты договора в счетах не должна стоить бенефициару обеспеченной суммы в размере 83 млн рублей). На основе проанализированных доказательств суды решили, что у Транскапиталбанка отсутствовали основания для отказа в выплате.

Подход судов, позволивших бенефициару скорректировать недостатки представленных документов, следует признать соответствующим общему духу правил URDG 758, ведь они направлены на быстрое удовлетворение требований бенефициара-экспортера без детального поиска оснований для отказа в таковой¹¹. При этом еще недавно суды не позволяли осуществлять подобную коррекцию недостатков. Так, в деле А60-25113/2015, также дошедшем до Верховного Суда РФ, они не позволили бенефициару компенсировать формально не указанные в требовании реквизиты обеспечиваемого договора ссылкой на отсутствие каких-либо иных договоров между бенефициаром и его контрагентом (аппликантом в терминологии URDG 758).

Пробанковский подход

Существует и более враждебная по отношению к бенефициару (экспортеру) практика, правда, так и не дошедшая даже до апелляционной инстанции. Например, в Решении Арбитражного суда Свердловской области от 10.06.2016 по делу № А60-25104/2015 суды отказали в удовлетворении требования по гарантии, сославшись на наличие противоречий в представленных документах.

Как следует из судебного акта, вместе с требованием нужно было представить лишь копии оригиналов счетов-фактур. При этом противоречием, по мнению судов, в частности, стало следующее. Во-первых, указание в части счетов-фактур цены товара с учетом налогов, а в другом — без учета. По мнению банка, такое оформление документов препятствовало определению итоговой суммы поставленных товаров. Позиция о трудности расчетов для банка кажется странной, с учетом ссылок суда на наличие в счетах информации о количестве единиц и стоимости каждой из них (что должно позволять рассчитать сумму товара и взимаемый налог). Во-вторых, суд счел противоречием отличие адреса контрагента экспортера в счетах-фактурах от адреса, указанного в гарантии и обеспечиваемом договоре. Подобная позиция также кажется неоправданной. Освобождение гаранта от принятого

основывающем заявлении или другом документе указана сумма, превышающая сумму требования».

¹¹ С учетом положений ст. 19(а) URDG о проверке направленного требования только по внешним признакам.



им на себя обязательства всего лишь посредством смены адреса аппликанта представляется абсурдным, поскольку предоставление такой возможности оставляет огромное пространство для злоупотреблений и лишает любого смысла само существование гарантии.

Экспортер предъявляет требование ЭКСАР в качестве страховщика

Возвращаясь от российской судебной практики к зеленым рубашкам из нашего примера, проанализируем, в чем будет состоять отличие положения экспортера, если вместо гарантии у него заключен договор страхования с ЭКСАР.

Во-первых, в данном случае экспортер сможет получить причитающееся не только при неисполнении обязательств контрагентом, но и в иных случаях. Например, если экспортер застрахован от политических рисков, страховым событием могут стать: вмешательство органа иностранного государства, препятствующее исполнению сделки, наложение запретов на экспорт, а также обстоятельства непреодолимой силы¹².

Во-вторых, в отличие от гарантии, по общему правилу, страхование осуществляется в размере

¹² Пункты 23, 24 Постановления Правительства РФ от 22.11.2011 № 964 «О порядке осуществления деятельности по страхованию и обеспечению экспортных кредитов и инвестиций от предпринимательских и политических рисков».

Возобновление внешнеторговых операций оказывается в два раза более сложным, поскольку требует наличия возможностей для этого одновременно у двух государств

не всей суммы долга, а 90–95 %¹³. Поэтому в отсутствие указания на иное экспортер получит от ЭКСАР не всю сумму недополученного по сделке.

В-третьих, отличительной особенностью такого страхования является то, что ЭКСАР вправе оставить за собой в договоре право перед осуществлением выплаты представить экспортеру инструкцию с обязательными для осуществления шагами¹⁴. Та-

¹³ Пункт 14 Постановления Правительства РФ от 22.11.2011 № 964 «О порядке осуществления деятельности по страхованию и обеспечению экспортных кредитов и инвестиций от предпринимательских и политических рисков».

¹⁴ Вероятно, на основании с п. 1 ст. 962 ГК РФ, хотя в силу п. 22 и 23 ст. 46.1 Федерального закона от 08.12.2003 № 164-ФЗ «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности» ряд иных норм российского законодательства по страхованию не распространяется на ЭКСАР.

Экспортер, будучи уверенным в том, что справится с точным оформлением документов по гарантии и не будет тянуть с взысканием по ней до последнего дня ее действия, может смело выбирать гарантию в качестве способа обеспечения обязательств

кая инструкция может, например, требовать реализации мероприятий по возврату товаров от не оплатившего их покупателя. Отклонение от условий инструкции может стать основанием для отказа в удовлетворении требования экспортера о выплате. При этом доводы об экономической нецелесообразности или невыгодности возврата товара не являются основанием для освобождения от обязанности следовать инструкции ЭКСАР¹⁵.

В-четвертых, в отличие от гаранта, ЭКСАР, как страховщик, имеет значительно больше прав по проверке реальности возникновения убытков у экспортера, а также факта надлежащего исполнения обязательств им самим. В частности, ЭКСАР вправе подробно изучить застрахованное обязательство и отказать в выплате, сославшись на недостаточное обоснование факта возникновения требования. Так, в Постановлении Девятого арбитражного апелляционного суда от 07.10.2019 № 09АП-50059/2019¹⁶ признан правомерным отказ ЭКСАР от выплаты по страховке со ссылкой на то, что вместе с требованием об оплате страхователем была представлена лишь товарная накладная, в то время как из договора, относящегося к страхованию, следовало, что стороны также должны были составлять счет-фактуру и международную товарно-транспортную накладную (CMR). При этом именно из счета-фактуры и международной товарной накладной можно было установить соответствие возникших убытков согласованным условиям страхования.

Также в деле № А40–52541/2017 суды поддержали отказ ЭКСАР в выплате в связи с тем, что

¹⁵ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 07.10.2019 № 09АП-50059/2019, оставленное без изменения Постановлением Арбитражного суда Московского округа от 23.01.2020 по делу № А40–219619/2018.

¹⁶ Оставлено без изменения Постановлением Арбитражного суда Московского округа от 23.01.2020 по делу № А40–219619/2018.

страхователь не представил документы, подтверждающие изменение сторонами места поставки по застрахованному договору¹⁷.

Недавно такую же позицию занял и Арбитражный суд г. Москвы по делу А40–128493/19, в котором заявителю отказали во взыскании денежных средств с ЭКСАР в связи с несоответствием наименования грузополучателя тому, которое указано в застрахованном договоре. Как следует из данного дела, ЭКСАР даже самостоятельно связывается с контрагентами страхователей и устанавливает обстоятельства неоплаты¹⁸.

В-пятых, с учетом расширенных прав ЭКСАР на проверку экспортер также имеет больше возможностей по коррекции представленных документов. Он вправе давать ЭКСАР пояснения, представлять дополнительные документы и не связан жесткими сроками. Равным образом необходимость дополнения документов не влечет за собой отклонения предъявленного ЭКСАР требования и необходимость его подачи заново.

Сравнение двух инструментов

ЭКСАР, как страховщик, имеет больше простора для проверки заявленных требований и даже может самостоятельно связываться с контрагентами страхователей. В свою очередь, гарант по гарантии в качестве основания для отказа в выплате вправе сослаться лишь на заранее определенные документы¹⁹. Однако ввиду отсутствия жестких сроков представления документов процедура восполнения недостатков документов у ЭКСАР представляется более гибкой и менее формальной.

С учетом этого экспортер, будучи уверенным в том, что справится с точным оформлением документов по гарантии и не будет тянуть с взысканием по ней до последнего дня ее действия, может смело выбирать гарантию в качестве способа обеспечения обязательства. Если же по сделке планируются корректировки условий и при этом у бизнеса имеется возможность вести деятельность при более длительной проверке документов, надежной опцией будет страхование сделки в ЭКСАР. **□**

¹⁷ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 25.06.2018 по делу № А40–52541/2017.

¹⁸ Фабула этого дела интересна утверждением заявлением контрагента страхователя в ответ на запрос ЭКСАР по поводу того, что он вообще не заключал никакого контракта со страхователем и не ожидал поставку товара.

¹⁹ Ранее в статье уже был сделан вывод о том, что практика российских судов по данному вопросу также неоднородна (см. например, дело № А60–25113/2015).

Черный лебедь налогообложения

Карантинный обзор ВС РФ

Хроники битвы арендодателей
и арендаторов

«Ритейл — не только
технологичный, но и высоко-
организованный бизнес»

Интервью с Екатериной
Лобачевой, Директором по правовым
вопросам, «X5 Retail Group»



Legal Insight

Не идти вперед — значит идти назад

№ 05 (91) Июнь 2020

НА ВОЛНЕ ПЕРЕМЕН

