

# Банковата гаранция през погледа на съдебната практика

---

проф. г-р Камелия Касабова\*

## SUMMARY

The article “The Bank Guarantee Through the Court Practice” is a study of the bank guarantee regulation in the Bulgarian legislation and the Subsidiary Application of the Uniform Rules for Demand Guarantees 2010 revision, ICC Publication No. 758. The bank guarantee is considered as a complex of legal relations between the orderer, the issuer and the beneficiary. Explained is the importance of the bank guarantee as a document and a unilateral transaction of the issuing bank. The emphasis is on the payment of the bank guarantee and the right of objection by the issuing bank. The specific features of the individual types of bank guarantees are analysed. A distinction has been made between the letter of credit as a form of payment and the bank guarantee as a form of security.

The entire article contains a critical analysis of existing national court practice (case law).

## KEY WORDS

*Guarantor, Issuer, Beneficiary, Expiry date, Requirements for demand, Demand guarantee, Non-complying demand, Irrevocable guarantee, Transferable guarantee, Payment guarantee, Tender guarantee, advance payment guarantee, Performance guarantee, Warranty guarantee.*

---

\* Проф. г-р Камелия Касабова е преподавател по търговско и банково право в Софийския университет „Св. Климент Охридски“ (Kamelia Kassabova, Ph.D. Professor in Commercial and Banking Law Sofia University „St. Kl. Ohridski“).

## § 1. Понятие

### 1.1. Правна уредба

Основната уредба на банковата гаранция е в чл. 442 от Търговския закон (ТЗ) където се съдържа само нейното **определение**: „С банковата гаранция банката писмено се задължава да плати на посоченото в гаранцията лице определена сума пари съобразно условията, предвидени в нея.“

Уредба на банковата гаранция се съдържа и в Еднообразните правила за гаранциите на поискване на МТК от 1992 г. (Uniform Rules for Demand Guarantees 2010 revision, ICC Publication № 758, в сила от 1 юли 2010 г., за краткост: „URDG от 2010 г.“). В тях са обобщени международните търговски обичаи в областта на гаранциите.

В литературата се приема, че те представляват специален източник на договорното право, имат факултативен характер и влизат в действие, когато страните са се позовали на тях. Съдебната практика промени тази теза.

В съдебната практика на ВКС се възприе (Решение № 153 от 19.12.2012 по т. г. № 1189/2011 г. и Определение № 850 от 19.11.2012 г. по т. г. № 1142/2011 г. на ВКС; Определение № 11492/2015 по агм. г. № 12127/2015 на ВАС), че цитираните еднообразни правила намират директно приложение спрямо издателите по реда на българското законодателство гаранции с аргумент от чл. 288 ТЗ, който препраща към търговските обичаи. Обратното становище е застъпено в Решение № 730/2011 по т. г. № 444/2010 г. на Софийски апелативен съд.

Действително еднообразните правила са кодифицирани търговски обичаи. Възприетото в съдебната практика улеснява правоприлагането, тъй като оскъдната уредба на банковата гаранция в ТЗ и липсата на изрично позоваване на еднообразните правила от страните биха направили трудно разрешаването на възникнали спорове. А институтът на банковата гаранция представлява сериозен интерес за търговската и банковата практика. Тя често се използва като обезпечителен способ в процедури за възлагане на обществени поръчки или процедури за участие в конкурс или търг (Tender guarantees), които са с висок имуществен интерес, за обезпечаване на ганъчните и митническите органи

във връзка с публични вземания по ДОПК и пр. Ако една банкова гаранция, издадена в България, не посочва, че се подчинява на цитираните еднообразни правила, те имплицитно се приемат за вогещи в мотивите на съдебните решения. При правоотношения с международен елемент приложимото право е това в мястото на дейност на гаранта. Ако гарантът се подчинява на българското материално право, еднообразните правила се считат за част от банковата гаранция (Определение № 437 от 15.06.2012 г. по т. г. № 972/2011 г., ТК, II т. о. на ВКС).

Няма пречка обаче страните изрично да изключат приложението на тези еднообразни правила в своите договорни отношения, както и конкретни текстове от тях, респ. да се позоват на текстове от преходни ревизии.

Уредбата на банковите гаранции и изискванията към тях в ДОПК и ЗОП са извън настоящото изследване поради административния и публичноправен характер на процедурите.

Въпреки оскъдната национална регламентация, основното значение на банковата гаранция е на **вид лично обезпечение** с оглед на задължението, което гарантът поема спрямо наредителя – да престира на бенефициера съответен паричен еквивалент при неизпълнение на обезпеченото договорно задължение на длъжника – наредител (Решение № 153 от 19.12.2012 по т. г. № 1189/2011 на ВКС; Решение № 347 от 3.07.2015 г. по гр. г. № 476/2015 г. на Окръжен съд – Плевен).

## 1.2. Правоотношения по банковата гаранция

По повод на банковата гаранция се формират отношения между три страни – наредител, гарант и бенефициер. Две от отношенията са каузални, а едно – абстрактно.

а) *Наредител – бенефициер, валутно правоотношение.* В основата му стои каузална сделка, по силата на която длъжникът (наредител) се задължава да обезпечи изпълнението на задължението си към кредитора (бенефициера) с издадена в негова полза банкова гаранция от трето лице (гарант). Източник на това задължение може да бъде всеки възмезден договор. И в теорията, и в съдебната практика е определено като валутно отношение по подобие на отношението при други търговскоправни фигури – акредитив, менителнични ефекти и гр. (Решение № 749 от 19.04.2012 г. по т. г. № 790/2007 г. на СГС; Решение № 73

от 4.05.2011 г. на САС по т. г. № 444/2010 г.; Решение № 15/2012 г. по т. г. № 30/2012 г. на Бургаски апелативен съд; Решение № 121/2013 г. по т. г. № 230 на Окръжен съд – Пазарджик).

б) *Наредител – гарант (банката), мандатно отношение.* В изпълнение на задължението, поето в предходното валутно (казуално) правоотношение, наредителят (длъжникът) сключва с обслужващата го банка договор за издаване на банкова гаранция, в основата на който стои договорът за поръчка. По силата на породеното мандатно отношение банката се задължава срещу възнаграждение да издаде банкова гаранция. Според съдебната практика предпоставките, при които възниква гаранционното задължение, са предмет на договора за поръчка между наредителя и банката гарант и реквизит на самата банкова гаранция (Решение № 783/2011 г. по т. г. № 72/2010 г. на Софийски апелативен съд; Решение № 383/2011 г. по т. г. № 306/2010 г. на Софийски апелативен съд).

В банковата практика се изисква наредителят да учреди в полза на гаранта обезпечение под формата на залог, ипотeka, вкл. и „парично“ обезпечение, чрез блокиране на гаранционната сума по специална сметка. Използва се и механизмът на кредитиране на наредителя за сумата на банковата гаранция, обезпечено по съответния рег. При първокласни клиенти банката може да издаде гаранцията и без да изисква обезпечение. Договорът за поръчка е възмезден, тъй като наредителят дължи на банката съответните такси и разноски по издаване на гаранцията.

в) *Гарант – бенефициер, гаранционно отношение.* В изпълнение на задължението си, поето в предходното мандатно отношение (договор за издаване на банкова гаранция), банката издава банковата гаранция по смисъла на чл. 442 ТЗ. Именно издадената банкова гаранция е източник на това гаранционно отношение. Длъжникът (наредителят) не е страна по него. Издаването на банковата гаранция трябва да бъде узнато от бенефициера, но не се нуждае от приемане, за да породи правните си последици.

Казано по друг начин, банковата гаранция обхваща само отношенията между гаранта и бенефициера и през тази призма, ако я извадим от комплекса на гаранционни отношения, можем да я наречем банкова гаранция в тесен смисъл на думата, по подобие на акредитива.

## § 2. Правна природа на банковата гаранция като източник на гаранционното отношение

Въз основа на чл. 1, ал. 1, чл. 286, ал. 2 и чл. 442 ТЗ можем да изведем следните правни белези на банковата гаранция в тесен смисъл:

а) *банкова сделка*, тъй като гарант по нея може да бъде само банка;

б) *абсолютна търговска сделка* – чл. 286, ал. 2 във връзка с чл. 1, ал. 1 във връзка с чл. 442 ТЗ;

в) *едностранна сделка на банката* – гарант. Сделката поражда действие от обективизиране на волеизявлението, но тъй като банковата гаранция е едностранна сделка, е необходимо бенефициерът да бъде **уведомен** по аргумент от чл. 14, ал. 1 ЗЗД. Уведомяването на бенефициера е съществен елемент от банковата гаранция.

Банковата гаранция поражда действие, по което задължението на банката към бенефициера е **неотменимо**. Бенефициерът придобива права по отношение на гаранта, които не могат да бъдат отменени нито от гаранта, нито от длъжника, независимо дали това изрично е посочено в гаранцията, или не.

Банковата гаранция може да бъде и **гоговор** (вж. т. 4.1. по-голу);

г) *формална сделка* – изисква се *писмена форма* за нейната действителност, чл. 442. Банковата гаранция може да бъде съставена и по електронен път чрез банковата система за предаване на международна банкова информация и извършване на плащания SWIFT<sup>1</sup>. В този случай писмената форма също ще е спазена, чл. 3, ал. 2 ЗЕДЕП. В съдебната практика се сочи, че банковата гаранция трябва да има номер и дата, да е издадена от надлежно оторизирано лице, да сочи гаранта, наредителя и бенефициера и да съдържа ясно и недвусмислено изявление на кого и при какви условия ще се заплати посочената в нея сума (Решение № 822 от 24.01.2006 г. по адм. д. № 7174/2005 г., IV отг. на ВАС);

д) *каузална сделка* – задълженията, които гаранцията поражда, са обусловени от задълженията по валутното отношение и затова както гарантът, така и наредителят могат да правят възражения по повод на това отношение.

<sup>1</sup> Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications

*Каузална е условната банкова гаранция* и именно тя е уредена в чл. 442 ТЗ;

е) *абстрактна сделка* – задълженията, които гаранцията поражда, са абстрактни спрямо останалите правоотношения в гаранционния комплекс. По възникналото въз основа на тази сделка правоотношение между гаранта и бенефициера могат да се правят само възражения, основаващи се на съдържанието на банковата гаранция и по-точно на условията за плащане, предвидени в нея (Определение № 1602 от 02.07.2014 г. по гр. г. № 2388/2014 г. на САС).

*Абстрактна е безусловната банкова гаранция*, която се използва в банковата практика, но няма изрична законова уредба в българското законодателство. Тя се уговаря въз основа на установената в чл. 9 ЗЗД договорна автономия и чрез препращане към уредбата им в URDG от 2010 г. (вж. т. 1.1 по-горе);

ж) *акцесорна сделка* – издава се въз основа на валутното отношение, което възниква първично между наредителя и бенефициера.

*Условната банкова гаранция безспорно е акцесорна сделка.*

Безусловната банкова гаранция, въпреки че се издава по повод на валутното отношение, с обективизирането си се откъсва от него, превръща се в самостоятелна сделка, която не зависи от главния дълг, който обезпечава;

з) *intuitu personae* – правата по гаранцията не могат да се прехвърлят от страна на бенефициера на трето лице без изричното писмено съгласие на банката за това. Прехвърлянето на гаранцията без съгласието на банката води до погасяване на гаранционния ѝ ангажимент.

г) *делима* – ако банковата гаранция е уговорена като *делима*, то задължението на гаранта по нея се намалява съответно с всяка издължена погасителна вноска. Ако банковата гаранция обезпечава задължение за връщане на заемна сума, то *договорното обезпечение има за предмет единствено главното задължение по договора*. Всички акцесорни права на бенефициера, вкл. и правото да претендира обезщетение за забавено изпълнение, не са предмет на гаранцията. *Даденото обезпечение с банковата гаранция не се разпростира върху всички последици от неизпълнението на главното задължение, както това изрично е предвидено при поръчителството в чл. 140 ЗЗД* (Решение № 149 от 12.10.2010 г. по в. т. г. № 336/2010 г. на Варненски апелативен съд).

## § 3. Изпълнение на задължението по банковата гаранция

### 3.1. Предявяване на банковата гаранция за плащане

С банковата гаранция банката се задължава да плати на бенефициера едно чуждо задължение – това на неговия длъжник по валутното отношение и в това се изразява нейната *обезпечителна функция*. Пряка последица от издадената банкова гаранция е правото на вземане на бенефициера към гаранта.

За да стане задължението изискуемо и за да се постави длъжникът в забава, е необходимо да се покани гарантът да изпълни. Затова при настъпване на съответните условия бенефициерът трябва да отправи писмено искане до гаранта за заплащане на сумата по гаранцията.

Това писмено искане има значението на *покана за плащане*, по подобие на чл. 69, ал. 1 и чл. 84, ал. 2 ЗЗД. Така в ТР № 1 от 2005 г., по дело № 1/2004 г. на ОСГК, ВКС приема за менителничните ефекти, че предявяването им представлява покана за изпълнение, предпоставка е да се постави длъжникът в забава и представлява необходимото съдействие от кредитора за изпълнение на задължението. Независимо че банковата гаранция не е ценна книга като менителничните ефекти, аргументите в това тълкувателно решение за правното значение на предявяването могат да се приложат и за нея, тъй като и в други обезпечителни сделки също се извършва покана за плащане и се представят документи (поръчителство, акредитив). Правото на бенефициера да претендира гаранцията не рефлектира върху самото вземане, а има значение единствено на покана към гаранта за изпълнение с оглед поставянето му в забава – чл. 69, ал. 1 ЗЗД (Решение № 153 от 19.12.2012 г. по т. г. № 1189/2011 г. на ВКС, ТК, 2 т. о.).

Неизпълнението на обезпеченото договорно задължение – като условие за плащане на гаранционната сума, следва да е настъпило към момента на депозирание на искането за плащане. Дори и отправеното искане да е депозирано преждевременно, не е необходимо бенефициерът да отправя нова покана до гаранта, ако в срока на валидност на гаранцията не е последвало изпълнение на задълженията на наредителя (Решение № 153 от 19.12.2012 г. по т. г. № 1189/2011 г., ТК, 2 т. о. на ВКС).

Когато банковата гаранция е издадена на хартиен носител, тя може да се предяви за плащане, като се отпрати *писмено искане за плащане* до гаранта, съпроводено със самия гаранционен документ и другите посочени в гаранцията документи, доколкото такива са уговорени. Може да се използва и съдействието на нотариус, който чрез нотариална покана да връчи оригинала на банковата гаранция на банката. Когато банковата гаранция е издадена по електронен път чрез SWIFT и предявяването ѝ за плащане се извършва по електронен път чрез тази система.

## 3.2. Плащане

На този етап от развитието на отношенията банковата гаранция се превръща от вид лично обезпечение във вторична форма на плащане.

*Правото на вземане се реализира по различен начин в зависимост от това дали банковата гаранция е условна или безусловна.* Това налага преди всичко да се намери разграничителната линия между тях.

### 3.2.1. Разграничаване между условна и безусловна банкова гаранция – практически проблеми

Невралгична точка в практиката е виждането доколко задължението на банката гарант е абстрактно, независимо и автономно спрямо главното задължение (валутното отношение). И кога една банкова гаранция е каузална и зависима от валутното отношение. Това е основният проблем, свързан с плащането по нея.

Ако банковата гаранция е абстрактна сделка, тя е от типа „платима при първо поискване“. Но в някои случаи текстът на гаранцията е съставен така, че е трудно да се определи дали я категоризира като гаранция „при първо поискване“. В банковата практика се използват различни изразни средства като: „неотменяемо и безусловно се задължаваме“, „независимо от възраженията на... или трети лица“, „независимо от валидността и действието на договор № ...“ и други подобни.

Водещи следва да бъдат критериите, които са в духа на Египетските правила за гаранциите, платими при поискване (URDG 758), и предходната им редакция (URDG 458).



В съдебната практика и в практиката на Комисията за защита на конкуренцията се срещат различни аргументи за това кога гаранцията е *условна* и кога *безусловна*.

- Гаранцията не е безусловна и неотменяема, тъй като е *със срок*, след изтичането на който същата автоматично се освобождава. Тя не може да обслужи процеса на спиране на изпълнението, при което обезпечението следва безусловно да гарантира данъчните задължения“ (Определение № 4271 от 20.04.2006 г. по адм. г. № 2848/2006 г., I отг. на ВАС). Тезата, че гаранцията не е безусловна само защото има срок на валидност, не може да бъде споделена, защото срокът е съществен елемент както от условната, така и от безусловната банкова гаранция.
- Гаранцията е безусловна, тъй като не предвижда възможност срокът да бъде удължен във връзка с настъпването на обективни обстоятелства, уговорени в договора между нареждателя и бенефициера. Констатирано е, че самата гаранция не съдържа отлагателни и прекратителни модалитети, за да е необходимо да се съобразява налице ли са обективни пречки за изпълнение на задълженията по валутното отношение (Решение № 153 от 19.12.2012 г. по т. г. № 1189/2011 на ВКС, ТК, II т. о.).
- Банковата гаранция има минимално необходими реквизити, които се извличат от императивно определеното съдържание на записа на заповед и банковата практика (Решение № 822 от 24.01.2006 г. на ВАС по адм. г. № 7174/2005 г., IV отг.). Това становище не може да бъде споделено, тъй като уредбата на записа на заповед не може механично да се пренася върху банковата гаранция. Дали липсата на някой реквизит на записа на заповед ще доведе до недействителност на банковата гаранция?
- Гаранцията за участие в процедура за възлагане на обществена поръчка не се приема за безусловна, защото в текста ѝ липсва думата „безусловна“ (според множество извънсъдебни решения на Комисията за защита на конкуренцията).

Точно обратното! Думите безусловна, безусловно (*unconditionally*) внасят неяснота и трябва да се избягват в текста на гаранциите. Безусловността трябва да се тълкува като синоним на абстрактността на банковата гаранция, а именно, че банката гарант не може да прави възражения, произтичащи от

валутното отношение (Решение № 371 от 15.03.2000 г. по гр. г. № 433/1999 г., V г. о. на ВКС).

Заклучението е, че за определяне на вида на банковата гаранция – дали е условна или безусловна, е необходимо да се анализира цялостният ѝ текст, да се установи дали тя е платима при първо поискване и дали по нея могат да се правят възражения, произтичащи от валутното отношение. Минимално условие за извършване на плащане по банковата гаранция от вида „платима при първо поискване“ (в практиката приета да се нарича „безусловна“) е да се представи писмено искане от бенефициера, подкрепено само с декларация за наличие на основание за плащане.

### 3.2.2. Плащане по условна банкова гаранция

С условната банкова гаранция банката обезпечава изпълнението на чужд дълг – задължението на длъжника по валутното отношение. По този начин банката обещава резултат. Условията на банковата гаранция се уговарят в договора за издаване на банкова гаранция, сключен между наредителя и гаранта. Тези условия са реквизити и на самата банкова гаранция като едностранна сделка. Условията обикновено са свързани с валидността и изпълнението на главното задължение, но могат да се уговорят и допълнителни модалитети извън валутното отношение.

Такъв модалитет най-често е въведеният в гаранционния документ прекратителен срок. Съществува трайно установена съдебна практика, според която изтичането на срока на действие на банковата гаранция, посочен в нея, пресича автоматично всякакви възможности на бенефициера успешно да предяви искания по съответната гаранция, както и да представи доказателства за изпълнение на условията по нея, тъй като се погасява самото потестативно право, възникнало в полза на бенефициера (Определение № 850 от 19.11.2012 г. по т. г. № 1142/2011 г., II т. о. на ВКС, където са изброени множество съдебни решения със същия мотив).

При условните банкови гаранции задължението на банката гарант идва на второ място след неизпълнение от страна на главния длъжник по валутното отношение – наредителя.

Задължението на банката гарант е *субсидиарно*, тъй като се поражда от неизпълнение на задълженията на наредителя към

бенефициера по съществуващото между тях каузално отношение (Определение № 1602 от 2.07.2014 г. по гр. г. № 2388/2014 г. на Софийски апелативен съд). Банката има право да откаже плащането с възражение за поредност (*exceptio ordinis*), ако съобразно с уговореното в гаранцията не бъдат ангажирани доказателства за неизпълнението (Решение № 1650/2014 г. по т. г. № 4432/2013 г. на Софийския апелативен съд). Казано по груп начин, изпълнението на главния дълг бенефициерът може да търси само от наредителя, а не от гаранта. Едва след неизпълнение от страна на наредителя може да се претендира обезвъзмездяване за вредите от гаранта.

Условната банкова гаранция е каузална сделка и именно тя е уредена в чл. 442 ТЗ. Правото да се иска плащане на сумата по гаранцията е обусловено от неизпълнение на гарантираното задължение по валутното отношение от страна на наредителя към третото лице (бенефициера). За плащането не е достатъчно само писмено искане за плащане от страна на бенефициера, а е необходимо да се представят документи, които да доказват изпълнението на валутното отношение. Така то не зависи единствено от волята на бенефициера, тъй като документите не изхождат единствено от него, а и от наредителя. Затова и задължението на гаранта не е абстрактно и безусловно.

При предявяване на *условна банкова гаранция* за плащане банката следва да провери с дължимата грижа дали са спазени предвидените в нея условия и представените по нея документи. Възможни са изложените по-долу практически хипотези.

а) При нормално развитие на отношенията, след като прояви грижата на добрия търговец и провери документите и условията на гаранцията, заложи като задължение по мандатното отношение, банката трябва да плати сумата на бенефициера. Приема се, че тя следва да уведоми наредителя за постъпилото искане за плащане. Така се проверяват и осъществяването на условията по гаранцията и събирането на доказателствата. Освен това може да получи доказателства от наредителя, че е изпълнено или да установи, че изявлението, че не е платено, не е било истинско (Решение от 24.08.2012 г. по т. г. № 503/2008 г. на СГС).

б) Банката гарант да прояви недобросъвестност и да плати сумата по гаранцията в отклонение на условията, заложи в договора за нейното издаване. При неправомерно изплащане на

сумата по банковата гаранция наредителят следва да реализира договорната отговорност на банката гарант, тъй като е нарушила задълженията си по мандатното отношение (договора за издаване на банкова гаранция).

в) Ако банката неоснователно откаже да плати сумата по гаранцията при възникнал спор относно обстоятелства, съставляващи и основания за ангажиране отговорността на гаранта, бенефициерът разполага с правото да предяви вземането си по гаранцията по искъв ред чрез предявяване на осъдителен иск (Решение № 153 от 19.12.2012 г. по т. г. № 1189/2011 г. на ВКС).

г) Ако банката изплати сумата по гаранцията, въпреки че задължението по валутното отношение не съществува, гарантът може да предяви иск за неоснователно обогатяване срещу бенефициера (Определение № 1602 от 02.07.2014 г. по в. гр. г. № 2388/2014 г. на Софийския апелативен съд).

### *3.2.3. Плащане по безусловна банкова гаранция*

Както беше посочено по-горе, безусловните банкови гаранции са абстрактни сделки. Те са откъснати от валутното отношение, гарантът не се интересува дали действително съществува главен дълг, дали той е изпълнен, или не е изпълнен. Банковата практика сочи, че в текста на безусловните гаранции се съдържа клауза, по силата на която гарантът дава безусловното си и неотменимо съгласие да отговаря за главния дълг *като основен длъжник, а не като трето задължено лице*. Така възниква второ, самостоятелно задължение наред с главния дълг.

Гарантът се задължава да плати *при първо поискване*, без да е необходимо да се представят каквито и да е доказателства, а само декларация на бенефициера, че има основание да претендира гаранцията. Подобна гаранция дава на бенефициера максимална защита, а поставя наредителя и банката гарант на максимален риск от неправомерно плащане.

Абстрактността и самостоятелността на задължението от валутното отношение поставя гаранта в невъзможност да противопостави на бенефициера каквото и да било възражение, произтичащо от това отношение, в т.ч. и че искът не е бил предявен първо на главния длъжник по валутното отношение.

Възраженията на гаранта могат да се основат на посочените по-долу обстоятелства.

- *Недействителността на самата банкова гаранция.* Банковите гаранции могат да се издават от банки със съответен лиценз и да са погнисани от лица, които имат право да задължават банката. Документи, наименувани банкови гаранции, издадени от други лица, са нищожни, чл. 26 ЗЗД. Ако банковата гаранция е погнисана не от законните представители на банката, а от техни пълномощници по реда на чл. 10, ал. 1 ЗКИ, това не я прави нищожна (Решение № 12571 от 01.10.2013 г. по адм. г. № 8275/2013 г. на ВАС).
- *Неизпълнението на изискването за представяне на необходимите документи,* които са посочени в гаранцията. Както беше посочено, безусловната банкова гаранция е абстрактна сделка, при която гарантът не може да се позовава на възражения, свързани с отношението бенефициер – наредител (валутното отношение), но няма пречка да се постави изискване за представяне на определени документи. Ако в банковата гаранция е предвидено изискване в писменото искане за плащане по гаранцията да бъде представен данъчен ревизионен акт, това не представлява условие по гаранцията и не променя характера ѝ, а е предпоставка за валидното предявяване на претенцията по гаранцията (Решение № 8224 от 08.06.2012 г. по адм. г. № 9654/2011 г. на ВАС).
- *На отлагателни или прекратителни модалитети,* инкорпорирани в самата гаранция. Най-често такива модалитети са сроковете на нейната валидност. Ако в банковата гаранция е уговорен прекратителен модалитет – срок на валидност, който е по-кратък от договорения срок за изпълнение на гарантираното задължение, тя не може да се третира като безусловна и неотменяема банкова гаранция според изискванията на чл. 153, ал. 4 ДОПК. Срокът на гаранцията може да бъде удължаван най-често по искане на бенефициера срещу „заплаха“ от предявяване на гаранцията – искът „плати или удължи“.
- *Гаранцията със срок, след изтичането на който същата автоматично се освобождава,* представлява годно обезпечение за този срок и е допустимо за срока на действие на гаранцията да бъде спряно изпълнението на ревизионния акт, защото за установените с него задължения е гарантирано,

че могат да бъдат събрани от издателя на гаранцията (Определение № 9913 от 16.07.2010 г. по адм. г. № 7304/2010 г. на ВАС).

- Модалитетите на банкова гаранция – срок на действие и изискване за представяне на искане за плащане на гаранцията, с което се декларира, че ревизионният акт е влязъл в сила и сумите по него са дължими и трябва да бъдат платени, не превръщат гаранцията в „условна“ за срока ѝ на действие. Въпреки тези модалитети банковата гаранция следва да се възприеме като безусловна и неотменяема до изтичане на посочения в нея срок (Определение по ч. адм. г. № 2406/2011 г. Административен съд – Варна).

Възражения могат да се правят до плащането на гаранцията.

Практиката се е обединила около позицията, че гарантът е длъжен да плати по силата на поетия от него ангажимент по издадената безусловна и неотменима банкова гаранция независимо от съдбата на главния дълг. Абстрактността и безусловността на задължението на гаранта превръщат банковата гаранция в бързо и високо ликвидно средство, приравнено на парите в брой. **Безусловната банкова гаранция е лишена от типичната си обезпечителна функция.** Тя не е насочена към обезпечаване на изпълнението на главния дълг, а представлява самостоятелно поето задължение на гаранта да отговаря *като основен длъжник*. С безусловната банкова гаранция наредителят фактически обезщетява автоматично бенефициера за претендираните от него вреди до размера на сумата по гаранцията.

Възможни са следните практически хипотези при предявяване на безусловната банкова гаранция за плащане.

а) Ако банката неоснователно не плати сумата по гаранцията, бенефициерът има право на осъдителен иск срещу нея. Банковата гаранция не е несъдебно изпълнително основание, тъй като не е ценна книга.

б) Банката може да откаже да плати, ако има достатъчно основание да се приеме, че е налице злоупотреба с право от страна на бенефициера при предявяването ѝ. Основанието за наличие на злоупотреба с право трябва да бъде достатъчно добре доказано – със съдебно или арбитражно решение (Определение № 437 от 15.06.2012 г. по т. г. № 972/2011 г. ТК, II т. о. на ВКС). Наличието на съдебен или арбитражен спор между наредителя и бенефициера относно съществуването на обезпеченото задължение по

валутното отношение е основание банката гарант да откаже плащане по гаранцията. Правното основание за отказа от плащане по банкова гаранция следва от принципа на добросъвестността, прогласен в чл. 63 ЗЗД и от забраната за злоупотреба с право, чл. 289 ТЗ. Приема се, че до решаване на спора за това дали съществува обезпеченото задължение, запорът върху вземането по банковата гаранция, е адекватна обезпечителна мярка на търсената защита (Определение № 2239 от 04.09.2014 г. по в. ч. гр. г. № 3165/2014 г. на Софийския апелативен съд). Съдебно или арбитражно решение, с което между наредителя и бенефициера се установява, че валутното (обезпечено) задължение не съществува, представлява доказателство за наличие на злоупотреба с право, при което банката гарант следва да откаже плащане по гаранцията.

в) След плащането на безусловната банкова гаранция отношенията се развиват между наредителя и бенефициера.

Ако бенефициерът е усвоил банковата гаранция въпреки неизпълнението на задълженията му по валутното отношение, това изключва потестативното му право да претендира гаранцията и поради неоснователното ѝ предявяване наредителят може да претендира връщане на платената по нея сума като получена без основание, чл. 55, ал. 1 ЗЗД. Наредителят следва да докаже, че неизпълнението на валутното отношение се дължи на виновното поведение на бенефициера, като по този начин установи недобросъвестността му при упражняване на правата по гаранцията. При въведени доводи и твърдения за неоснователно усвояване на сумата по банковата гаранция съдът е длъжен да изследва наличието на предпоставките, обуславящи плащането ѝ (Решение № 1087 от 6.03.2008 г. по т. г. № 662/2007 г. на ВКС – ТК).

Ако банковата гаранция е усвоена в противоречие с клаузите на сключения договор (валутното отношение), наредителят може да предяви срещу бенефициера и иск по чл. 82 във връзка с чл. 79, ал. 1 ЗЗД за заплащане на обезщетение за вреди, претърпени от него в резултат на неправомерното усвояване на банковата гаранция (Решение № 17 от 23.07.2014 г. по т. г. № 811/2012 г. на ВКС, II т. о.).

## § 4. Видове банкови гаранции

Наред със споменатите видове в хода на изследването **условни и безусловни банкови гаранции**, деление, което е същностно и затова е изнесено по-горе (вж. т. 3.2.1), практиката познава и други видове. На тях ще се спрем в следващите параграфи.

### 4.1. Банковата гаранция като едностранна сделка и като договор

В чл. 442 банковата гаранция е уредена като едностранна сделка. Не съществува пречка **банковата гаранция да се уреди като договор**. Банката може да поема гаранционно задължение по силата на договор, сключен между нея и наредителя. Важно е този договор да отразява особеностите, описани по-горе, за да не се отъждествява с договора за поръчителство. Тази препоръка не е спазена от законодателя в чл. 816, ал. 1 от Правилника за прилагане на Закона за митниците, който представлява несполучлива еkleктика между двата института. Съгласно този текст банковата гаранция за митнически цели е *договор за поръчителство* между гарантиращата банка и митническото учреждение, като с банковата гаранция банката се задължава да изплати безусловно и неотменяемо, *солидарно* с посочения в нея длъжник при първо писмено поискване сумата по гаранцията в определен срок.

### 4.2. С право на регрес и без право на регрес

Принципът е, че банковата гаранция е *с право на регрес*. В случай че друго не е предвидено, при плащането на гаранционното задължение в полза на банката се поражда право на регресен иск срещу наредителя, чието задължение тя е изпълнила.

При **банковите гаранции с право на регрес** плащането от страна на гаранта е плащане на чужд дълг – този на наредителя, и за него възниква регресно право срещу наредителя.

а) **Пълна суброгация**. Това осъществява фактическия състав на законната суброгация по смисъла на чл. 74 ЗЗД, който допуска изпълнителното чуждо задължение трето лице да встъпи в правата на удовлетворения кредитор, ако е налице правен интерес



за това лице от изпълнението. Безспорно е, че плащайки чуждия дълг, банката има интерес да си възстанови платената сума. Така от момента на плащането настъпва **пълна суброгация** – гарантът встъпва във всички права на бенефициера срещу наредителя, съществуващи към момента на плащането и свързани с възможността да получи удовлетворение.

б) **Частична суброгация.** Ако е налице прието от бенефициера частично плащане, настъпва и **частична суброгация** – платеният гарант встъпва в правата на бенефициера спрямо наредителя до размера на платената сума (Решение № 73 от 23.02.2015 г. по в. ч. гр. г. № 82/2015 г. на Окръжен съд – Враца; Решение № 87 от 06.03.2015 г. по в. гр. г. № 88/2015 г. на Окръжен съд – Сливен). Когато е налице частична суброгация на гарантa само за главницата, конкурирането му с бенефициера за лихвите и разноските при извършване на разпределение в изпълнителния процес е недопустимо. При недостатъчност на изпълнението да покрие целия дълг, следва да се приложи чл. 76, ал. 2 ЗЗД и да се погасят най-напред разноските, след това лихвите, т.е. да се покрие вземането на бенефициера, а най-накрая – да се изплати главницата в полза на частично встъпилия в правата на кредитора гарант (Решение № 127 от 22.04.2015 г. по гр. г. № 245/2015 г. на Окръжен съд – Перник; Решение № 203 от 23.06.2015 г. по ч. гр. г. № 143/2015 г. на Апелативен съд – Бургас). Възможно е да се уговори и друго, а именно че банката **няма да има право на регресна претенция**, ако плати сумата по гаранцията.

### 4.3. Пряка и косвена гаранция

При *пряката гаранция* банката на наредителя сама издава гаранцията.

При *косвената гаранция* банката на наредителя превъзлага на трета банка да издаде банковата гаранция. Така банката на наредителя се превръща в междинен гарант, като издава междинна гаранция в полза на другата банка. Втората банка става гарант спрямо бенефициера.

#### 4.4. Според предмета на задължението

Според този критерий гаранциите се делят на гаранция за участие в търг, гаранция за добро изпълнение и гаранция за връщане на аванс, които на практика са и най-често срещаните.

- а) *Гаранция за участие в публичен търг* – задължение, поето от банка (гарант) по искане на гаген участник в търг (наредител), спрямо страната, която е обявила търга (бенефициер), с който ангажимент гарантът се задължава да извърши плащане на бенефициера в размер на определена сума, в случай че наредителят не изпълни задълженията си, произтичащи от офертата му за участие в търга.
- б) *Гаранция за добро изпълнение* – задължение, поето от страна на банката (гарант) по искане на доставчик на стока или услуга или на груг контрагент (наредител) спрямо купувач или предприемач (бенефициер), с който ангажимент гарантът се задължава, в случай че наредителят не изпълни надлежно условията на гаген договор, сключен между него и бенефициера, да извърши плащане на бенефициера в размер на определена сума или по свой избор, ако гаранцията предписва това, да обезпечи изпълнението на договора.

*Гаранция за връщане на аванс* е задължение, поето от страна на банка (гарант) по искане на доставчик на стоки или услуги или на груг контрагент (наредител), спрямо купувач или предприемач (бенефициер), с който ангажимент гарантът се задължава да извърши плащане на бенефициера в размер на определена сума. В случай че наредителят не върне обратно, съгласно условията на договора, сключен между него и бенефициера (договор), всяка сума или суми, които той е получил авансово от бенефициера или са му били платени от същия и не са били върнати обратно по груг начин се изплащат от банката със сумите по гаранцията.

### § 5. Съпоставка с други правни фигури

#### 5.1. Банкова гаранция и поръчителство

**Условната банкова гаранция** има типична обезпечителна същност, която се рогее с **поръчителството** като вид лично обезпе-

чение. Доминиращо в теорията и съдебната практика е, че банковата гаранция и поръчителството са самостоятелни правни сделки, между които има сходство, без да са идентични (Решение № 128 от 04.04.2000 г. на ВКС по гр. г. № 1200/1999 г.; Решение № 1448 от 01.11.1999 г. на ВКС по гр. г. № 758/1999 г.).

Ако длъжници по договор за кредит са поели с договора да „гарантират солидарно размера на ползвания кредит“, това не е банкова гаранция (Решение № 128 от 05.02.2001 г. на ВКС, V г. о.), а възникване на солидарна отговорност по силата на договор.

Между двата института съществуват различия, посочени по-долу.

- а) Съдържанието на задължението на поръчителя е идентично със задължението на главния длъжник, докато задължението на банката гарант е винаги парично, независимо от това дали задължението на длъжника е парично, или непарично. Изпълнението на задължението по банковата гаранция е заплащане на парична сума на бенефициера.
- б) Банката може да се задължи да отговаря в различен обем в сравнение с главния длъжник, тъй като тя се задължава да плати *съобразно условията*, предвидени в гаранцията. Банката, в качеството си на търговец, може да се задължи и за *по-голяма сума*, и *при по-тежки условия* спрямо главния длъжник (наредителя), докато подобна клауза при поръчителството е недопустима.
- в) Най-съществената разлика е в отговорността на гаранта и поръчителя. Отговорността на банката гарант е субсидиарна (при условните банковите гаранции) и разделна. Докато поръчителят и главният длъжник отговарят *солидарно*. Банковата гаранция в чл. 442 ТЗ е уредена като едностранна сделка, а поръчителството като двустранна сделка (договор).

## 5.2. Банкова гаранция и акредитив

Конструкцията на акредитива и на банковата гаранция са идентични. Разликата в двата инструмента е в тяхната цел (вж. глава 11).

Акредитивът е преди всичко *разплащателно средство*. Нормалното развитие на отношенията води до неговото освобождаване и до плащане на сумата по него.

Банковата гаранция има основно *обезпечителна функция*. Сумата по нея ще бъде изплатена само в случай на неизпълнение. Това важи основно за условните гаранции.

Акредитивът се издава, когато трябва да се плати, а банковата гаранция – за да се санират последиците от евентуално неизпълнение на главния дълг.

През призмата на обезпечителната същност на двата инструмента важно предимство на акредитива от гледна точка на бенефициера е сигурността, че дължимата сума по каузалната сделка е в наличност по акредитивна сметка и при настъпване на условията на акредитива ще му бъде изплатена. Такова предимство за бенефициера съществува и при банковата гаранция. То идва обаче не от това, че сумата по гаранцията е в наличност, а от надеждността на гаранта. Гарантът е банка, което внушава сигурност, че сумата по гаранцията ще бъде изплатена.

За банките акредитивът е по-изгоден от банковата гаранция поради наличността на сумата по акредитивната сметка на нареждателя. При акредитива банката плаща не със свои, а с „чужди“ пари. Докато при изплатена банкова гаранция с право на регрес банката е изправена пред проблемите на събирането на платената сума по съдебен ред и реализиране на учредените в нейна полза обезпечения.

## Цитирани източници

1. Герджиков, О. *Търговски сделки*. 4-то изд., София, 2015. Gerdžikov, O. *Tărgovski sdelki*, 4-to izd., Sofija 2015.
2. Джилизов, В. Правни възможности за прехвърляне на права по банкова гаранция. *Търговско и конкурентно право*. Džilizov, V. Pravni vāzmožnosti za prehvārljane na prava po bankova garancija, *Tărgovsko i konkurentno pravo*, 2 (2011).
3. Иванов, Д. Допустимост на обезпечителната мярка заповор на вземане по банкова гаранция. *Търговско и облигационно право*. Ivanov, D. Doprustimost na obezpečitelната mjarka zapor na vzemane po bankova garancija, *Tărgovsko i obligacionno pravo*, 5 (2016).
4. Иванов, Д. Преглед на съдебната практика относно банковата гаранция. *Търговско и облигационно право*. Ivanov, D. Pregled na sādebnата praktika otносno bankovата garancija. *Tărgovsko i obligacionno pravo*, 4 (2016).
5. Калайджиев, А. За банковата гаранция. *Съвременно право*. Kalajdziev, A. Za bankovата garancija. *Sāvremennno pravo*, 5 (1994).
6. Калайджиев, А. Какво е значението на искането за плащане на банковата гаранция? *Търговско право*. Kalajdziev, A. Kakvo e značeniето na iskaneto za plaštane na bankovата garancija?, *Tărgovsko pravo*, 5 (2006).
7. Найденов, В. *Банковата гаранция в практиката на рисковото кредитиране*. Сиела, 1996. Najdenov, V. *Bankovата garancija v praktikata na riskovoto kreditirane*, Siela, Sofija 1996.
8. Русев, В. Банковата гаранция за митнически цели. *Счетоводство*, 21/6 (2007).
9. Симеонов, Ив. Безусловността на банковата гаранция. *Бюлетин на ICC-Bulgaria*.
10. Таков, К. *Банковата гаранция*. София, 1998. Takov, K. *Bankovата garancija*, Sofija 1998.

11. Хорн, Н. и Уимийрч. Е. Банкови гаранции. Оперативни акредитиви и гаранции за добро изпълнение в международната търговия. С., 1992. Horn, N. i Uimijrč. E. *Bankovi garancii. Operativni akreditivi i garancii za dobro izpālnenie v meždunarodnata tǎrgovija*, Sofija 1992.
12. Цветанов, Б. *Банковата гаранция във външната търговия*. Наука и изкуство, София, 1969. Svetanov, B. *Bankovata garancija vǎv vǎnšnata tǎrgovija*, Nauka i izkustvo, Sofija 1969.