

# БАНКОВСКАЯ СИСТЕМА И БАНКОВСКАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ

DOI: 10.17803/1994-1471.2021.123.2.022-029

Е. В. Яценко\*

## Контргарантия: причины возникновения, сущность и правовое регулирование

**Аннотация.** В статье определены причины возникновения такого способа обеспечения обязательств, как контргарантия. Перечисляются пять факторов, которые влияют на выбор этого инструмента. Автор делает выводы о том, что контргарантия возникла под воздействие глобализации экономики и развития международной торговли. Указанный эффективный и удобный инструмент позволяет кредитору получить гарантию приемлемого банка и минимизировать расходы и риски кредитора в международных сделках. Автор утверждает, что ядром контргарантии является одностороннее обязательство банка-контргаранта, которое стимулирует банк-эмитент выдать прямую гарантию, что является целью контргарантии. В статье представлены особенности правового регулирования контргарантии в России и за рубежом, в том числе ретроспективный анализ проблем правового регулирования контргарантии в России. В частности, указано на сложности выдачи контргарантии в российском праве до 2015 г. в связи с отсутствием прямого регулирования этого инструмента Гражданским кодексом Российской Федерации и несовпадением конструкции банковской гарантии и контргарантии в старой редакции ГК РФ. Проведен анализ судебной и банковской практики в сфере предоставления контргарантии.

**Ключевые слова:** банковские гарантии; международная торговля; контргарантия; контргарант; глобализация; обеспечительные обязательства; инструменты международного торгового финансирования; обеспечительные сделки; косвенная гарантия; встречная гарантия; унифицированные правила.

**Для цитирования:** Яценко Е. В. Контргарантия: причины возникновения, сущность и правовое регулирование // Актуальные проблемы российского права. — 2021. — Т. 16. — № 2. — С. 22–29. — DOI: 10.17803/1994-1471.2021.123.2.022-029.

### Counter-Guarantee: Reasons for Emerging, the Essence and Legal Regulation

**Ekaterina V. Yatsenko**, Postgraduate Student, Department of Banking Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)  
ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9, Moscow, Russia, 125993  
yatsenko@mail.ru

**Abstract.** The paper defines the reasons for the emergence of such a method of ensuring obligations as a counter-guarantee. The author highlights five factors that influence the choice of this instrument. The author draws conclusions that the counter-guarantee emerged as a result of globalization of the economy and development

---

© Яценко Е. В., 2021

\* Яценко Екатерина Васильевна, аспирант кафедры банковского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)  
Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993  
yatsenko@mail.ru

of international trade. This effective and convenient instrument allows the creditor to obtain a guarantee of an acceptable bank and minimize the creditor's costs and risks in international transactions. The author argues that the core of the counter-guarantee is formed by the unilateral obligation of the counter-guarantee bank encouraging the issuing bank to issue a direct guarantee, which is the purpose of the counter-guarantee. The paper examines the features of the legal regulation of the counter-guarantee in Russia and abroad, including a retrospective analysis of the problems of the legal regulation of a counter-guarantee in Russia. In particular, the author highlights the difficulty of issuing a counter-guarantee under Russian law before 2015 due to the lack of regulation of this instrument in the Civil Code of the Russian Federation and mismatch of the design of the bank guarantee and counter-guarantee in the old version of the Civil Code of the Russian Federation. The paper analyzes judicial and banking practices in the field of counter-guarantee provision.

**Keywords:** bank guarantees; international trade; counterguarantee; counter-guarantor; globalization; security obligations; international trade instruments financing; security transactions; indirect guarantee; counter-guarantee; unified rules.

**Cite as:** Yatsenko EV. Kontrgarantiya: prichiny vzniknoveniya, sushchnost i pravovoe regulirovanie [Counter-Guarantee: Reasons for Emerging, the Essence and Legal Regulation]. *Aktualnye problemy rossiyskogo prava*. 2021;16(2):22-29. DOI: 10.17803/1994-1471.2021.123.2.022-029 (In Russ., abstract in Eng.).

Во все времена с момента возникновения товарно-денежных отношений кредиторы старались найти способы обеспечить исполнение обязательств должником. В правовом поле возникало всё больше различных способов обеспечения обязательств. Так, в прошлом веке из института поручительства выделился и показал себя наиболее эффективным такой способ обеспечения обязательства, как гарантия. Кредиторы требовали избавить их от длительных и дорогостоящих судебных разбирательств, которые были необходимы при предъявлении требований к поручителю, и предложить такой способ обеспечения обязательств должника, который бы давал возможность получить удовлетворение по первому требованию. Наибольшее распространение гарантии получили в банковской практике. Высокая востребованность банковских гарантий обусловлена доверием участников оборота к банкам. Банки, являясь «кровеносной системой» развитой экономики, всегда находились под пристальным контролем государства. Во многих странах банковская сфера была высоко урегулированной, что создавало относительную стабильность банковских систем

и давало возможность с помощью различных инструментов, в том числе кредитных рейтингов, выделять финансово надежных гарантов.

В связи с глобализацией экономики и возникновением к концу прошлого века мира «без границ» для товаров, работ и услуг в результате развития технического прогресса и либерализации финансовых рынков мир погрузился в лавинообразное развитие международных торговых и иных экономических отношений<sup>1</sup>. Как указывал профессор О. Е. Кутафин, «вообще историю человечества принято делить на периоды, которым люди дают названия, определяющие суть происходящих в это время в обществе процессов: Великая депрессия, Эра холодной войны, Космический век. Наше время точнее всего характеризует термин “глобализация”»<sup>2</sup>.

Развитие международных экономических отношений и международного торгового финансирования повлекло усложнение экономических отношений, потребовало возникновения новых инструментов в экономике. Следствием развития международных коммерческих отношений стало появление новых правовых конструкций при одновременных тенденциях к

<sup>1</sup> Согласно данным UNCTAD (структура ООН) мировой объем экспорта с 1980 г. по 2019 г. вырос в 10 раз — с 2 млрд до 20 млрд долл. США (см.: URL: [https://unctad.org/en/PublicationChapters/tdstat44\\_FS01\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationChapters/tdstat44_FS01_en.pdf) (дата обращения: 01.08.2020)).

<sup>2</sup> Кутафин О. Е., Захаров А. В. Концепция единого правового пространства Европы, ЕврАзЭС и СНГ // Право и экономика. 2003. № 3. С. 9.

унификации и гармонизации норм права. Даже такой эффективный способ обеспечения исполнения обязательств, как гарантия по первому требованию, перестал в полной мере удовлетворять возрастающие потребности кредиторов в международных сделках.

Наиболее наглядно эти тенденции может проиллюстрировать крупный международный экономический проект, к примеру строительство аэропорта в Арабских Эмиратах. Архитектором проекта может выступать немецкое архитектурное бюро, генеральным подрядчиком — турецкая компания, имеющая соглашения о субподряде с рядом местных организаций, а разработкой технических систем внутри аэропорта может заниматься российская компания «Глонасс». Налицо десяток контрактов, которые могли подчиняться различным юрисдикциям, и любая отсрочка обязательств или гарантия исполнения контракта требовала бы обеспечения, приемлемого для стороны-кредитора. Очевидно, что простая банковская гарантия, обеспечивающая исполнение обязательств, например гарантия архитектурного бюро, выданная немецким банком, вряд ли устроила бы заказчика из Арабских Эмиратов. Ведь в случае предъявления требований и возникновения споров с немецким банком он столкнулся бы с валютными рисками, чужой юрисдикцией, с незнакомым правом и с высокими судебными издержками. Такая же непростая ситуация возникла бы и в других контрактах в рамках одного проекта.

Выход из этой и аналогичных сложных ситуаций был найден. Поскольку все банки могут взаимодействовать друг с другом путем использования корреспондентских отношений, посредничество банков по предоставлению обещания одного банка другому — заплатить при раскрытии гарантии — и привело к возникновению института контргарантии (называемой также «встречной», «косвенной» гарантией).

В контексте указанного примера контргарантия — это обязательство одного банка, предостав-

ленное другому банку для обеспечения выдачи последним прямой гарантии. При контргарантии бенефициар получает гарантию приемлемого банка и контракт будет обеспечен. Контргарантия эффективно влияет на развитие международной торговли и сферу международного торгового финансирования и при этом позволяет:

- организовать получение кредитором по международному коммерческому договору обеспечения от приемлемого гаранта;
- минимизировать риски высоких судебных расходов для кредитора в случае споров по гарантии;
- снизить валютные риски кредитора по гарантии;
- сократить риски, связанные с взаимодействием кредитора с чужой юрисдикцией.

Факторами, которые оказывают влияние на выбор этого инструмента, являются<sup>3</sup>:

- 1) требование бенефициара о предоставлении гарантии конкретного банка или банка, соответствующего определенным критериям;
- 2) иностранная юрисдикция банка-гаранта (право гарантии), которая влечет риски невозможности удовлетворения требований бенефициара либо риски несения дополнительных расходов для бенефициара при предъявлении таких требований, а также возможные политические и/или экономические риски юрисдикции государства банка-гаранта;
- 3) валютное законодательство стран бенефициара и гаранта, которое может содержать ограничения по выплатам в пользу иностранных бенефициаров сумм в валюте, а также риски, связанные с конвертацией валют при предъявлении требования;
- 4) ограничение по принятию гарантий иностранных банков, установленное законодательством бенефициара (характерно для государственных тендеров и законодательства стран Среднего Востока и Северной Африки<sup>4</sup>);

<sup>3</sup> См.: *Суховерхова Л. А.* Использование контргарантии как частный случай гарантийной операции // *Банковское кредитование.* 2006. № 1. С. 92

<sup>4</sup> См.: *Гришина А. Е.* Контргарантия: сущность инструмента и юридический аспект его применения в международной практике // *Международные банковские операции.* 2006. № 5.

5) исчерпание банком-гарантом лимита суммы всех одновременно выданных банковских гарантий в пользу бенефициара<sup>5</sup>.

В стандартной банковской гарантии участвуют, как правило, три стороны (см. схему 1):

- 1) принципал, по поручению которого предоставлена гарантия;
- 2) банк-гарант, предоставляющий гарантию;
- 3) бенефициар, в пользу которого предоставляется гарантия.

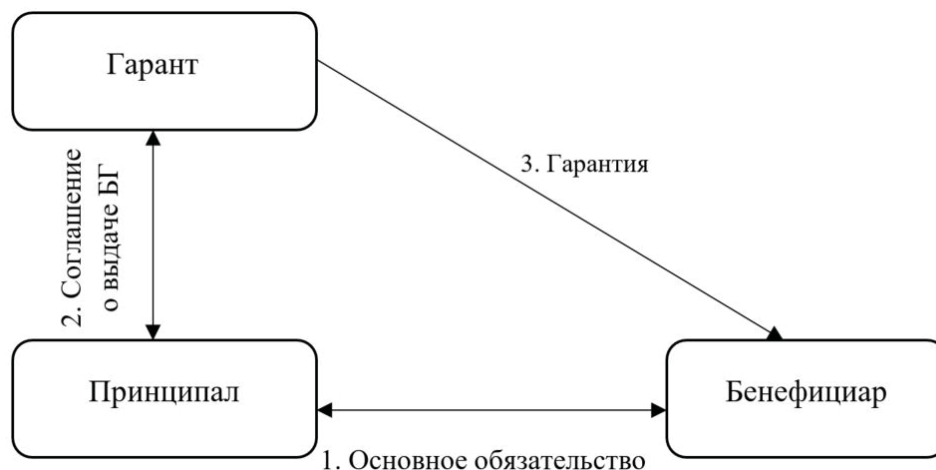


Схема 1. Выдача гарантии:

Шаг 1: принципал и бенефициар заключают основное обязательство, бенефициар требует обеспечения основного обязательства гарантией банка.

Шаг 2: принципал обращается в банк за предоставлением гарантии.

Шаг 3: банк-гарант выдает гарантию

Механизм реализации контргарантии более сложный и обусловлен следующим: если бенефициар по гарантии не принимает гарантийное обязательство, выпускаемое банком принципала, то принципал совместно с обслуживающим его банком ищет иное решение данной задачи. Как правило, предлагается использовать непрямую гарантию, которая, в отличие от прямой гарантии, задействует второй банк, приемлемый для бенефициара, и обеспечивает выдачу прямой гарантии (см. схему 2).

Каковы стороны контргарантии?

- 1) принципал: сторона, запрашивающая выдачу контргарантии;
- 2) банк-контргарант: банк, который просит банк бенефициара выдать гарантию против его встречного возмещения;

- 3) банк-эмитент: банк, который гарантирует, что согласованная сумма компенсации будет выплачена, если принципал не выполнит свои договорные обязательства, а бенефициар предъявит соответствующее письменное требование в соответствии с условиями гарантии;
- 4) бенефициар: сторона, в пользу которой выдается гарантия.

По сравнению с правовой конструкцией банковской гарантии (прямой гарантии), которая включает совокупность трех правоотношений (основное обязательство, договор с принципалом, собственно банковская гарантия), при выдаче контргарантии возникают более сложные правоотношения, вытекающие из следующих сделок:

<sup>5</sup> См.: Алексеева Д. Г. Управление правовыми рисками при выпуске банковской гарантии // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2016. № 2. С. 88.

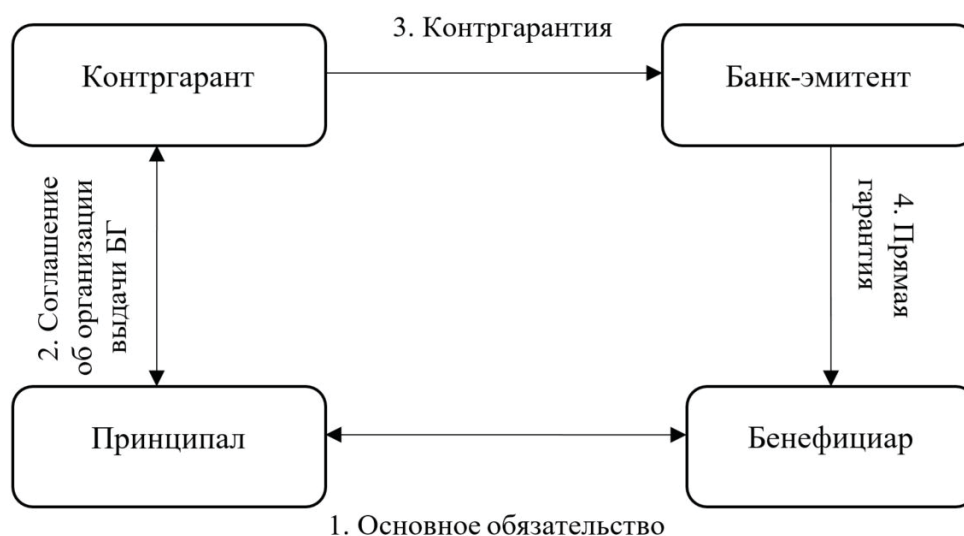


Схема 2. Выдача контргарантии:

Шаг 1: принципал и бенефициар заключают основное обязательство. Бенефициар выдвигает требование о предоставлении гарантии приемлемого банка.

Шаг 2: принципал передает своему банку просьбу об организации прямой гарантии другим банком, согласованной с бенефициаром, под контргарантию банка принципала.

Шаг 3: банк-контргарант дает инструкции банку, который приемлем для бенефициара (банк-эмитент), выдать прямую гарантию и выдает контргарантию — свое обязательство заплатить банку-эмитенту при раскрытии прямой гарантии.

Шаг 4: банк-эмитент выдает прямую гарантию в пользу бенефициара

- основного обязательства, содержащего обязанности принципала перед бенефициаром;
- соглашения об организации выдачи прямой гарантии и предоставления контргарантии, заключенного между принципалом и банком-контргарантом;
- соглашения, содержащего поручение выдать прямую гарантию и предоставить контргарантию, заключенного между банком-контргарантом и банком-эмитентом;
- контргарантии (обязательства контргаранта совершить платеж в адрес банка-эмитента при предъявлении требования банком-эмитентом вследствие получения требования по прямой гарантии);
- прямой гарантии.

Важно, что, хотя схема выдачи контргарантии предусматривает участие четырех сторон, сама по себе контргарантия — это одностороннее обя-

зательство банка-контргаранта перед банком-эмитентом оплатить сумму контргарантии при предъявлении надлежащего требования. Это обязательство является ядром контргарантии. Именно оно стимулирует банк-эмитент выдать прямую гарантию (что является целью контргарантии), в результате чего бенефициар получает приемлемый для себя инструмент обеспечения основного обязательства. Принципал, в свою очередь, получает иные экономические выгоды (возможность быть стороной основного обязательства, получить отсрочку исполнения и др.).

Источниками правового регулирования контргарантии, равно как и других банковских гарантий, являются национальное законодательство, международные обычаи делового оборота и международные договоры.

Во многих странах мира регулирование контргарантии на законодательном уровне от-

существует. Следует отметить, что на постсоветском пространстве определение контргарантии дано в гражданском праве Белоруссии<sup>6</sup> и Казахстана<sup>7</sup>. В большинстве европейских стран (стран континентального права) правоотношения по контргарантии регулируются судебной практикой и Унифицированными правилами для гарантий по требованию (URDG 758), утвержденными ICC в 2010 г. Унифицированные правила являются систематизированными международными торговыми обычаями и имеют огромное распространение в банковской сфере. Правилами URDG 758 урегулированы все значимые аспекты, связанные с выдачей и вступлением в силу контргарантии, с ее независимостью, содержанием, порядком авизования, изменением сумм, предъявлением требования по контргарантии, пределами ответственности контргаранта, форс-мажором и др.

Унифицированные правила применяются к любой гарантии по требованию или контргарантии, в которой прямо указывается, что она им подчинена. Они обязательны для всех сторон гарантии по требованию или контргарантии, за исключением тех случаев и в той мере, в какой они изменены или исключены гарантией по требованию или контргарантией<sup>8</sup>. Следовательно, при указании в тексте контргарантии на то, что к ней применяются Унифицированные правила, они будут обязательными для сторон.

Что касается применимого права, то в соответствии со ст. 34 URDG 758, если только в гарантии/контргарантии не предусмотрено иное, она регулируется правом страны местонахождения отделения или конторы гаранта/контргаранта, выдавшего эту гарантию. Это означает, что при выдаче гарантии/контргарантии российским банком и отсутствии в гарантии/контргарантии

ссылки на применение права другого государства будет применяться право Российской Федерации.

До внесения изменений в 2015 г. в Гражданский кодекс РФ<sup>9</sup> возможность выдачи контргарантий в российском праве находилась под большим вопросом. Это было связано с тем, что правовая конструкция контргарантии не совпала с определением банковской гарантии по двум аспектам:

1. В определении банковской гарантии по российскому праву речь шла о другом субъектном составе правоотношений: бенефициар — это кредитор принципала, тогда как в контргарантии бенефициаром является банк-эмитент, который не связан с принципалом никакими договорными отношениями;

2. В определении, содержащемся в ст. 368 ГК РФ, в редакции до 01.06.2015 закреплено, что банковская гарантия — это обязательство гаранта уплатить бенефициару денежные средства в случае неисполнения принципалом основного обязательства, а не в случае предъявления требования по другой гарантии, как в случае с контргарантией.

Таким образом, банк-контргарант обязуется перед банком-эмитентом и гарантирует возмещение не в случае неисполнения принципалом основного обязательства, а в случае выплаты банком-эмитентом по гарантии. При этом согласно пп. «б» ст. 3 URDG 758 под бенефициаром понимается также банк-эмитент, в пользу которого выпускается контргарантия. Однако банк-эмитент не связан никакими договорными отношениями с принципалом. ГК РФ предусматривал, что бенефициар является кредитором принципала (ст. 368 по состоянию на 31.05.2015), в связи с чем приравнять банк-

<sup>6</sup> Банковский кодекс Республики Беларусь от 25.10.2000 № 441-З. Ст. 164 // Национальный правовой интернет-портал Республики Беларусь. URL: <https://pravo.by/document/?guid=3871&p0=НК0000441> (дата обращения: 01.08.2020).

<sup>7</sup> Правила выдачи банками второго уровня банковских гарантий и поручительств, утв. постановлением правления Национального банка Республики Казахстан от 28.01.2017 № 21. П. 7 // URL: [https://online.zakon.kz/document/?doc\\_id=38077854#pos=7;-108](https://online.zakon.kz/document/?doc_id=38077854#pos=7;-108) (дата обращения: 01.08.2020).

<sup>8</sup> Пп. «а» ст. 1 URDG 758.

<sup>9</sup> Федеральный закон от 08.03.2015 № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации».

эмитент к бенефициару при толковании российского права на тот момент было нельзя.

Несмотря на указанные обстоятельства, в сфере международного торгового финансирования контргарантии российскими банками все же активно выдавались. Такое ограниченное регулирование института гарантии приводило к очень неблагоприятным последствиям. Возникали судебные споры, в которых принципалы после раскрытия прямой гарантии пытались оспорить требования о выплате по контргарантии сумм, взыскиваемых с них на основании регресса, мотивируя тем, что институт контргарантии не соответствует российскому праву<sup>10</sup>. А в деле № КГ-А40/2780-99 ФАС МО банку-контргаранту пришлось выкупить у банка-эмитента право требования к принципалу в результате раскрытия прямой гарантии для того, чтобы конструкция «принципал — бенефициар — гарант» совпала в реальном правоотношении с требованиями российского законодательства и регресс к принципалу устоял в суде. Несовершенство гражданского законодательства Российской Федерации в этой части значительно тормозило развитие института контргарантии и, как следствие, мешало развитию в России международного торгового финансирования и его гарантийных инструментов.

В международной практике контргарантия относится к одному из видов гарантий, что в свете указанных выше норм Унифицированных правил представляется весьма логичным. Так, Унифицированные правила не содержат требований к тому, чтобы бенефициар был кредитором принципала; нет ограничений по обеспечению гарантией только обязательства, которое связывает бенефициара и принципала. Кроме того, контргарантия, так же как и банковская гарантия, обладает обеспечительной функцией

и имеет аналогичный механизм действия. В этой связи представляется логичным, что применение международных обычаев делового оборота дает больше свободы действий и позволяет динамично развиваться институту контргарантии.

Как было указано выше, банки и до 2015 г. применяли инструмент контргарантии в своей практике<sup>11</sup>. Они исходили из того, что ст. 5 ГК РФ относилась к части российского права также деловой обычаем, что позволяло применять URDG 758 и рассматривать контргарантию как иной вид обеспечения, не предусмотренный Гражданским кодексом РФ. Тем не менее некоторые банки отказывались от этого инструмента или пытались адаптировать какие-либо иные правовые конструкции (например, агентский договор, договор поручения, рамбурсирование и другие конструкции) либо подчинять выдачу контргарантии иностранному праву.

В ходе реформы гражданского законодательства в России в ст. 368 ГК РФ были внесены изменения, в результате чего из определения гарантии было исключено требование о том, что в качестве бенефициара можно рассматривать только кредиторов принципала. Таким образом, определение гарантии в Гражданском кодексе РФ стало наиболее близко соответствовать URDG 758.

С внесением изменений в Гражданский кодекс РФ и расширением возможности выдачи гарантий без указания на то, что принципал должен быть обязательно кредитором бенефициара, контргарантия получила возможность для существования и развития в российском праве без необходимости создания квазиправовых конструкций, позволяющих защитить эффективный и нужный в международном финансировании инструмент, а суды получили возможность в спорах по контргарантии без сомнений ссылаться на Гражданский кодекс РФ<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> См., например: постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 01.03.2005, 09.03.2005 № 09АП-278/05-ГК по делу № А40-44361/04-42-330.

<sup>11</sup> См., например: *Гришина А. Е.* Контргарантия: сущность инструмента и юридический аспект его применения в международной практике // *Международные банковские операции.* 2006. № 5 ; *Долгушина Ю. Б.* К вопросу о понятии контргарантии и правовом регулировании данной банковской операции в РФ // *Актуальные проблемы российского права.* 2007. № 1. С. 717.

<sup>12</sup> См., например: постановление АС МО от 23.07.2019 по делу № А41-48591/2018 ; решение Арбитражного суда Иркутской области от 05.04.2019 по делу № А19-26456/2018.

Контргарантия как новый способ обеспечения обязательств, возникшая под влиянием глобализации экономики и развития международных торговых отношений, оказалась весьма востребованным и эффективным инструмен-

том обеспечения обязательств в международных коммерческих контрактах и продолжает получать все более широкое применение как в Российской Федерации, так и за рубежом.

#### БИБЛИОГРАФИЯ

1. Алексеева Д. Г. Управление правовыми рисками при выпуске банковской гарантии // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). — 2016. — № 2.
2. Гришина А. Е. Контргарантия: сущность инструмента и юридический аспект его применения в международной практике // Международные банковские операции. — 2006. — № 5.
3. Долгушина Ю. Б. К вопросу о понятии контргарантии и правовом регулировании данной банковской операции в РФ // Актуальные проблемы российского права. — 2007. — № 1.
4. Кутафин О. Е., Захаров А. В. Концепция единого правового пространства Европы, ЕврАзЭС и СНГ // Право и экономика. — 2003. — № 3.
5. Суховерхова Л. А. Использование контргарантии как частный случай гарантийной операции // Банковское кредитование. — 2006. — № 1.

*Материал поступил в редакцию 19 августа 2020 г.*

#### REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Alekseeva D. G. Upravlenie pravovymi riskami pri vypuske bankovskoj garantii // Vestnik Universiteta imeni O.E. Kutafina (MGYuA). — 2016. — № 2.
2. Grishina A. E. Kontrgarantiya: sushchnost' instrumenta i yuridicheskij aspekt ego primeneniya v mezhdunarodnoj praktike // Mezhdunarodnye bankovskie operacii. — 2006. — № 5.
3. Dolgushina Yu. B. K voprosu o ponyatii kontrgarantii i pravovom regulirovanii dannoj bankovskoj operacii v RF // Aktual'nye problemy rossijskogo prava. — 2007. — № 1.
4. Kutafin O. E., Zaharov A. V. Konceptiya edinogo pravovogo prostranstva Evropy, EvrAzES i SNG // Pravo i ekonomika. — 2003. — № 3.
5. Suhoverhova L. A. Ispol'zovanie kontrgarantii kak chastnyj sluchaj garantijnoj operacii // Bankovskoe kreditovanie. — 2006. — № 1.