

МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

И.М. Кутузов*

КОНТРГАРАНТИЙНЫЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

Ключевые слова: денежные обязательства, гарантии по требованию, контр-гарантии, унифицированные правила, обычаи делового оборота, гарант, контр-гарант, инструктирующая сторона, аппликант

В процессе заключения и исполнения возмездных сделок трансграничного характера формируются международные имущественные правоотношения, содержание которых во многом определяются особенностями денежных обязательств субъектов таких правоотношений. К числу международных денежных обязательств, регулирование которых активно развивается в международном частном праве в последние годы, относятся гарантийные обязательства, в том числе обязательства по так называемым встречным гарантиям, именуемым в правовых источниках контргарантиями. Возрастающий интерес к данной особой разновидности гарантии подтверждается, в частности, публикациями российских и зарубежных авторов по правовым аспектам контргарантийных отношений¹.

© Кутузов И.М., 2012

* Кандидат исторических наук, доцент кафедры международного частного права Московской государственной юридической академии имени О.Е. Кутафина. [Kutuzov@ironbank.ru]

¹ См., например: *Шмиттгофф К.М.* Экспорт: право и практика международной торговли: пер. с англ. М., 1993. С. 228–229; *Латынцев А.В.* Обеспечение исполнения договорных обязательств. М., 2002; *Гришина А.Е.* Контргарантии: сущность инструмента и юридический аспект его применения в международной практике // *Международные банковские операции.* 2006. № 5. С. 64–72; *Михай-*

Контргарантийные обязательства уже достаточно давно «задействованы» в практике международных расчетных отношений в тех случаях, когда кредитор (бенефициар) проявляет заинтересованность в представлении должником (принципалом) гарантии какого-то определенного гаранта (например, банка в стране бенефициара). При этом дополнительным условием выдачи такой прямой гарантии является оформление контргарантии – специфического способа обеспечения с участием еще одного субъекта гарантийных отношений (например, банка принципала), обязующегося перечислить гаранту денежные средства при получении последним требования по гарантии. Возникающие в результате этого гарантийные правоотношения приобретают структуру не прямой (четырёхсторонней) гарантии, в отличие от прямой (трехсторонней) гарантии. Как заметил в этой связи А.В. Латынцев, устанавливается правовая конструкция «в соответствии с которой первоначальная гарантия является обеспеченным обязательством, а контргарантия, соответственно – обеспечивающим»².

Востребованность не прямой гарантии в международной коммерческой практике была связана с тем обстоятельством, что принципал, поставленный своим контрагентом по сделке перед необходимостью представить гарантию иностранного банка (банка бенефициара), фактически ограничен в возможностях установления взаимосвязей с этим банком и вынужден обратиться к банку в своей стране (банк принципала) с просьбой содействовать в оформлении такой гарантии. Банк принципала, действуя на основе банковской лицензии, позволяющей осуществлять международные банковские операции и взаимодействовать с иностранными банками, вступает в переписку с банком бенефициара и направляет ему необходимые инструкции, полученные от принципала или по его поручению, связанные с оформлением гарантии. Наряду с указанным содействием в оформлении гарантии банк принципала может по его просьбе взять на себя дополнительные (гарантийные) обязательства перед гарантом (банком бенефициара).

Правовое закрепление соответствующих терминов и унификация формирующихся в международной коммерческой практике правил регулирования контргарантийных отношений началось под эгидой Международной торговой палаты. В Унифицированных правилах для гарантий по требованию (публикация Международной торговой палаты № 458³, далее – Правила 1992) был обозначен такой субъект гарантийных правоотноше-

лов Д.М. Международные контракты и расчеты. М., 2006. С. 446–447; Суховеркова Л.А. Использование контргарантии как частный случай гарантийной операции // Банковское кредитование. 2006. № 1. С. 100–107; Ранних Н.А. Новая редакция Унифицированных правил для гарантий по требованию // Международные банковские операции. 2010. № 1. С. 8–24.

² Латынцев А.В. Указ. соч. С. 254.

³ Унифицированные правила для гарантий по требованию. М., 1996.

ний, как «инструктирующая сторона». В Руководстве к Правилам 1992 (публикация Международной торговой палаты № 510) было дано следующее определение: «Инструктирующая сторона – банк или другое лицо (обычно банк принципала), который по просьбе принципала инструктирует (местный) банк или иное уполномоченное лицо выдать гарантию и дает контргарантию»⁴. Термин «контргарантия», согласно Правилам 1992 (п. «с» ст. 2) означал «любую гарантию, бонд или иное платежное обязательство инструктирующей стороны, независимо от того, как оно названо, данное в письменной форме гаранту и предусматривающее платеж по представлении письменного требования об оплате в соответствии с условиями данного обязательства и других документов, указанных в контргарантии». В Правилах также обращалось внимание на то, что контргарантии по своей природе являются сделками, не зависящими от гарантий, к которым они относятся, и от любого лежащего в их основе контракта, и что инструктирующая сторона не связана с такими гарантиями и контрактами.

Несмотря на то, что в ст. 1 Правил 1992, определяющей сферу их применения, указывалась только гарантия по требованию и отсутствовало упоминание о контргарантии, они содержали множество положений, непосредственно регулирующих отношения по контргарантии. Помимо вышеприведенных определений, речь шла о безотзывности контргарантии (ст. 5), об ответственности инструктирующей стороны (ст. 11–13, 15), о применимом праве (ст. 27) и юрисдикции (ст. 28). Ряд положений, содержащих ссылки только на гарантии и гарантов, были применимы также к контргарантиям и инструктирующим сторонам.

Многолетнее применение Правил 1992 в международной коммерческой и банковской практике подтвердило правильность выбранного формата регулирования международных гарантийных отношений и вместе с тем выявило необходимость дальнейшего их совершенствования, расширения сферы действия и внесения дополнений. В 2007 г. (в рамках Банковской комиссии и Комиссии по коммерческому праву и практике МТП) началась работа по пересмотру Правил 1992. В итоге, 3 декабря 2009 г. на заседании Исполнительного комитета МТП была утверждена новая редакция Унифицированных правил для гарантий по требованию (публикация Международной торговой палаты № 758, далее – Правила), вступившая в силу с 1 июля 2010 г.

В новой редакции Правил существенно изменена структура текста, скорректированы ранее использовавшиеся термины и введены новые понятия. Используемые определения раскрываются в ст. 2 Правил. В частности, указывается, что гарантия по требованию или гарантия означает любое подписанное обязательство, независимо от его названия или описания, предусматривающее платеж по предъявлении надлежащего требования.

⁴ Руководство к Унифицированным правилам для гарантий по требованию. М., 1999. С. 71.

Необходимо отметить изменения в субъектном составе регулируемых гарантийных правоотношений. Например, понятие принципала заменено понятием аппликанта, обозначающим лицо, указанное в гарантии в качестве стороны, чье обязательство по основному договору (контракту) обеспечивается этой гарантией. Функции по оформлению гарантии и выдаче контргарантии, осуществлявшиеся согласно Правилам 1992, одним субъектом – инструктирующей стороной, закреплены в Правилах за двумя самостоятельными субъектами – инструктирующей стороной и контргарантом. Инструктирующей стороной признается отличная от контргаранта сторона, которая инструктирует о выдаче гарантии (контргарантии) и отвечает за освобождение гаранта (контргаранта) от его обязанностей по гарантии (контргарантии) и предоставление ему возмещения. Инструктирующей стороной может быть и аппликант, который, в свою очередь, также может выполнять функции инструктирующей стороны.

Согласно Правилам, контргарантия «означает любое подписанное обязательство, независимо от его названия или описания, предоставляемое контргарантом другой стороне для обеспечения выдачи такой другой стороной гарантии или другой контргарантии и предусматривающее платеж по предъявлении надлежащего требования по контргарантии, выданной в пользу такой стороны». Отношения по контргарантии выделяются как самостоятельный объект регулирования и в отличие от предыдущей редакции документа включены в сферу его применения. В ст. 1 Правил указано, что они применяются к контргарантии, в которой прямо указывается, что она им подчинена. Эти положения являются обязательными для всех сторон отношений по контргарантии, за исключением тех случаев и в той мере, в какой они изменены или исключены контргарантией.

Для понимания юридической природы контргарантии важен принцип ее независимости, характерный в целом для всех гарантийных правоотношений. В отношении контргарантии речь идет о так называемой «двойной независимости»: и от гарантии, и от основной сделки между аппликантом и бенефициаром. Кроме этого, контргарантия не связана с заявлениями аппликанта и с другими контргарантиями. «Ссылка в контргарантии на основную сделку для целей идентификации, – отмечается в ст. 5 (п. «b») Правил, – не меняет независимой природы контргарантии». Обязательство контргаранта платить по контргарантии не зависит от требований или возражений, вытекающих из каких-либо отношений, помимо отношений между контргарантом и гарантом или другим контргарантом, которому выдана данная контргарантия.

Поскольку контргарантийное обязательство является разновидностью гарантийных обязательств, то естественно, что основные правила, регулирующие гарантийные отношения в целом, применяются и для регулирования контргарантийных отношений. Так, требование (к оплате) по контргарантии должно подкрепляться заявлением стороны, в пользу которой была выдана контргарантия. Это может быть гарант или другой контргарант, которые играют роль своеобразных бенефициаров по контр-

гарантии, хотя и не именуется так. В этом заявлении содержится информация о получении надлежащего требования по выданной гарантии. В случае, когда контргарантия выдана по другой контргарантии, в заявлении указывается, что надлежащее требование получено по выданной контргарантии. Это является документарным условием осуществления платежа по контргарантии (аналогично тому, что бенефициар по гарантии должен предоставить заявление о том, что принципал не выполнил гарантируемых обязательств). Требование и обосновывающее заявление не могут быть датированы более ранней датой, чем дата возникновения у бенефициара права на предъявление требования.

Требование может включать в себя просьбу продлить срок действия гарантии. В этом случае гарант вправе приостановить платеж по ней на срок, не превышающий 30 календарных дней после получения требования. Аналогичное право приостановки платежа предусмотрено и для контргаранта, получившего (от приостановившего платеж гаранта) требование по контргарантии с альтернативным условием о продлении ее срока. Оба субъекта вправе отказать в любом продлении и в этом случае должны платить, но они не несут ответственности за приостановку платежа. Контргарант при получении требования по контргарантии или обращении за ее продлением должен (так же как гарант при получении требования по гарантии) незамедлительно известить об этом инструктирующую сторону.

Обязанность платить возникает после проверки представленных документов и установления (по внешним признакам), что требование является надлежащим. Согласно Правилам, надлежащим является представление, соответствующее условиям самой гарантии, правилам (в той мере, в какой они согласуются с условиями гарантии) и – при отсутствии соответствующих положений в гарантии или правилах – международной стандартной практике для гарантий по требованию. Срок для проверки требования по гарантии (применимый по аналогии и к требованию по контргарантии) определен в пять рабочих дней (ст. 20 Правил). При этом уточняется, что этот срок не сокращается и никак не меняется в связи с тем, что в день представления или вскоре после него истекает срок действия гарантии.

Установление требования ненадлежащим дает контргаранту право отклонить его. Вместе с тем контргаранту предоставлено право, действуя по собственному усмотрению, обратиться к инструктирующей стороне за получением согласия принять такое требование с расхождениями. При этом, даже получив такое согласие, контргарант не обязан принять какое-либо расхождение. При отклонении требования он обязан направить лицу, представившему требование, соответствующее уведомление об отклонении. В противном случае он лишается права ссылаться на то, что требование не является надлежащим.

В отношении гарантий по требованию в целом и по контргарантии в частности, новым является правило о включении в текст условия о возможности предъявления требования на сумму меньшую, чем сумма гаран-

тии («частичное требование») и условия о возможности предъявления более одного требования («множественные требования»).

Платеж совершается в месте нахождения контргаранта либо месте, указанном в самой контргарантии. Учитывая трансграничный характер отношений по контргарантии важным представляется вопрос о валюте платежа. По общему правилу, валюта платежа должна быть указана в гарантии. Вместе с тем существует исключение из этого правила (п. «б» ст. 21 Правил): гарант должен совершить платеж в валюте места платежа, если платеж в валюте, указанной в гарантии, не может быть совершен в силу обстоятельств, находящихся вне контроля гаранта, или такой платеж нарушает законодательство, действующее в месте платежа. Платеж, произведенный в такой валюте, будет обязывающим для инструктирующей стороны, а в случае контргарантии – для контргаранта. При этом контргарант (также как и гарант) вправе выбрать, в какой валюте получить возмещение. Данные уточнения направлены на урегулирование проблем, возникавших ранее по вопросу валюты платежа. Ранее выплаты по гарантиям, выданным в неконвертируемой валюте, зачастую становились предметом споров: бенефициары пытались получить платеж в свободно конвертируемой валюте, а инструктирующая сторона заявляла, что, заплатив в валюте, отличной от валюты гарантии, гарант нарушил свои обязанности и отказывались возмещать ему соответствующие суммы⁵.

Контргарантия, так же как и гарантия, считается выданной в тот момент, когда контргарантом (гарантом – в отношении гарантии) осуществлена ее отправка. По общему правилу, действие контргарантии прекращается по истечении ее срока. При отсутствии в контргарантии указания на срок или событие, определяющее истечение срока, ее действие прекращается через тридцать дней после прекращения действия гарантии. Уточняющий характер в этой связи имеют положения ст. 26 Правил («Форс-мажор»). В частности, если срок контргарантии истекает в то время, когда представлению или платежу препятствуют форс-мажорные обстоятельства, то контргарантия продлевается на срок тридцать календарных дней с даты извещения контргарантом гаранта о прекращении действия таких обстоятельств. При этом контргарант должен известить об указанных обстоятельствах и продлении инструктирующую сторону. Что касается представленного, но не оплаченного (по причине форс-мажора) надлежащего требования по контргарантии, то оно оплачивается по окончании действия форс-мажорных обстоятельств (даже если срок действия контргарантии истек).

В Правилах уточнены некоторые вопросы ответственности контргаранта. В частности, если контргарантия предусматривает отнесение расходов по гарантии на счет бенефициара, но взыскать эти расходы не удастся, ответственным за оплату указанных расходов перед гарантом остается

⁵ Ранних Н.А. Указ. соч. С. 17.

контргарант, а перед контргарантом – инструктирующая сторона. Контргарант обязан также обеспечить гаранту возмещение специфических убытков, которые могут быть вызваны применением иностранных законов и обычаев. Так же как в ситуации с расходами по гарантии, инструктирующая сторона обеспечивает возмещение указанных убытков контргаранту.

Аналогично унифицированным правилам и обычаям по документарному аккредитиву в текст унифицированных правил по гарантиям включена статья «Перевод (трансферация) гарантии и уступка выручки». Переводная гарантия означает гарантию, которая может быть предоставлена гарантом новому бенефициару по просьбе действующего бенефициара («цедента»). Однако при этом в Правилах оговаривается, что «контргарантия не может быть переводной (трансферабельной)» (п. «а» ст. 33). Исходя из независимого характера контргарантии, изменения в субъектном составе гарантийного отношения, произошедшие в силу перевода гарантии, не влекут каких-либо последствий для отношений по контргарантии. Необходимо заметить, что, предусматривая право бенефициара на уступку любой части платежа, причитающегося ему по гарантии, Правила не содержат каких-либо указаний на аналогичное право гаранта в контргарантийном отношении.

Положения о применимом праве и юрисдикции в новой редакции правил не претерпели существенных изменений по сравнению с прежней. Так, в отношении контргарантии в ст. 34 (п «b») установлено, что если в ней не предусмотрено иное, она регулируется правом страны местонахождения отделения или конторы контргаранта, выдавшего эту контргарантию. То есть, участники контргарантийного отношения могут на основе принципа автономии воли сами выбрать применимое право. В случае, если стороны не пришли к согласию по этому вопросу, применяется коллизионная привязка к праву страны местонахождения контргаранта.

Стороны контргарантийного отношения также вправе выбрать суд, компетентный рассматривать споры между ними. В случае, если сторонам в контргарантии не удалось согласовать юрисдикцию, спор между контргарантом и гарантом подлежит разрешению исключительно компетентным судом страны местонахождения отделения или конторы контргаранта, выдавшего эту контргарантию.

Рассматриваемые в настоящей статье положения Унифицированных правил по гарантиям в части регулирования контргарантий – конкретный пример неофициальной частной кодификации существующих и продолжающихся развиваться обычаев и обыкновений международного делового оборота. Подобные документы и отдельные содержащиеся в них положения «применяются либо тогда, когда стороны соответствующих отношений договорились об этом (имеют силу контрактных условий), либо ко-

гда государство санкционировало и признало за ними юридическую силу»⁶.

Такого рода правила «характеризуются одним общим принципиальным качеством: они не обладают юридической силой и применяются только в силу прямо выраженной воли сторон конкретного международного коммерческого договора»⁷. На данное обстоятельство обращено внимание в ст. 1 Правил, согласно которой правила применяются к контргарантии, в которой указывается, что она им подчинена. Контргарантия регулируется данными правилами, когда гарантия выдается по просьбе контргаранта с подчинением этим правилам. Однако само по себе подчинение контргарантии правилам не влечет автоматического подчинения им гарантии. В свою очередь, подчинение гарантии правилам по решению гаранта не обязывает других лиц (в том числе и контргаранта) и не позволяет ему ссылаться на положения правил в части обязанностей других лиц.

В контргарантии (так же как и в гарантии) может содержаться ссылка как на новые Правила, так и на Правила 1992 г. Если ссылка на унифицированные правила по гарантиям делается без указания конкретной редакции (номера публикации МТП), то применяются Правила 2010 г.

Определения, сформулированные в Правилах, позволяют по-прежнему считать контргарантию специфической разновидностью гарантии. Оба термина означают любое подписанное обязательство (обычно банковское), предусматривающее платеж по предъявлении надлежащего требования. Об однотипности этих двух обязательств свидетельствует и толкование термина «гарантия», содержащееся в ст. 3 Правил, согласно которому термин «гарантия» включает в себя контргарантию, термин «гарант» включает в себя контргаранта, термин «бенефициар» включает в себя сторону, в пользу которой выдана контргарантия (за исключением случаев, когда контекстом отношения предусматривается иное).

Одновременно рассмотренные положения Правил более четко определяют специфические правовые черты контргарантии. Если гарантия по требованию служит обеспечением исполнения обязательств по международной коммерческой сделке, то контргарантия обеспечивает исполнение обязательств по гарантийной сделке (гарантии либо другой контргарантии). Банк-контргарант обязуется выплатить (возместить) банку-гаранту (банку-эмитенту) денежную сумму, оговоренную в контргарантии и корреспондирующую с обязательствами инструктирующей стороны (действующей в интересах аппликанта), ответственной за возмещение банку-гаранту, а в случае контргарантии – контргаранту.

Рассмотренные трансграничные правоотношения гаранта и контргаранта представляют собой специфическую разновидность международ-

⁶ Международное частное право: учебник / отв. ред. Г.К. Дмитриева. 3-е изд. М., 2010. С. 91.

⁷ Там же. С. 333.

ных гарантийных отношений с участием банков. Наряду с Правилами на данные отношения распространяются и положения Конвенции ООН 1995 г. о независимых гарантиях и резервных аккредитивах. Как отмечалось в одном из комментариев к данной Конвенции, она «регулирует контргарантии и подтвержденные обязательства наряду с обычными (первичными) обязательствами, полностью распространяя на них правовой режим последних»⁸.

Международные контргарантийные отношения отличаются от аналогичных отношений, которые могут возникать в связи с оформлением гарантийных обязательств во внутренней гражданско-правовой и банковской практике. Последние регулируются национальными нормативными актами и внутренними обычаями делового оборота. Российское законодательство, содержащее нормы о банковской гарантии, не упоминает об обязательствах по контргарантии. Однако при дальнейшем развитии гражданско-правовых и банковских норм по вопросам обеспечения обязательств в форме гарантии данная разновидность гарантийного обязательства может закрепиться и во внутреннем нормативном регулировании. При этом может быть использован накопленный в последние годы международно-правовой опыт унификации обычаев деловой практики в сфере контргарантийных отношений.

Материал поступил в редакцию 24.03.11.

⁸ *Овсейко С.* Комментарий к Конвенции ООН о независимых гарантиях и резервных аккредитивах // *Банковское право.* 2001. № 3. С. 56.