

С. Доклад Рабочей группы по международной договорной практике
о работе ее пятнадцатой сессии (Нью-Йорк, 13-24 мая 1991 года)
(А/СН.9/345) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

	<u>Пункты</u>	<u>Страница</u>
ВВЕДЕНИЕ	1-10	539
I. ОБСУЖДЕНИЕ И РЕШЕНИЯ	11-13	540
II. ОБСУЖДЕНИЕ НЕКОТОРЫХ ВОПРОСОВ, КАСАЮЩИХСЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ ГАРАНТА	14-36	540
A. Допустимые сроки рассмотрения	15-17	540
B. Обязанности по уведомлению	18-29	541
C. Ответственность и освобождение от ответственности	30-36	543
III. ОБМАН, ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЕ И АНАЛОГИЧНЫЕ КОНЦЕПЦИИ	37-57; 67-77	544 548
A. Охват и возможные определения понятий обмана и злоупотребления	39-52	544
B. Степень осведомленности и критерии доказательства	53-57	546
C. Исключение на основании обмана, предоставляемое встречному гаранту	67-71	548
D. Лица, против которых не могут применяться меры правовой защиты на основании обмана.....	72	549
E. Возможное положение о требованиях "продлить или уплатить"	73-77	549
IV. ДРУГИЕ ВОЗРАЖЕНИЯ ПРОТИВ ПЛАТЕЖА	78-83	550
A. Недействительность, возможность оспаривания или невозможность принудительного исполнения обязательства совершить платеж	79-80	550
B. Зачет требований гаранта	81-83	551
V. СУДЕБНЫЕ ЗАПРЕТЫ И ДРУГИЕ СУДЕБНЫЕ МЕРЫ	58-66	546
VI. КОЛЛИЗИЯ НОРМ ПРАВА И ЮРИСДИКЦИЯ	84-110	551
A. Предварительное обсуждение целесообразности включения в унифицированный закон положений о коллизии норм права и юрисдикции	85-87	551
B. Взаимоотношения, регламентируемые возможными положениями о коллизии норм права	88-89	552
C. Определение применимого права	90-103	552
1. Свобода сторон выбирать применимое право	91-94	552
2. Определение применимого права в отсутствие выбора сторон	95-101	553
3. Сфера действия применимого права	102-103	554
D. Юрисдикция	104-110	554

ВВЕДЕНИЕ

1. В соответствии с решением, принятым Комиссией на ее двадцать первой сессии 1/, Рабочая группа по международной договорной практике посвятила свою двенадцатую сессию рассмотрению проекта унифицированных правил для гарантий, разработкой которого занимается Международная торговая палата (МТП), и вопроса о целесообразности и возможности любой дальнейшей работы по обеспечению большей степени единообразия в области гарантий и резервных аккредитивов на уровне статутного права (A/CN.9/316). Рабочая группа рекомендовала начать работу по подготовке унифицированного закона либо в форме типового закона, либо в форме конвенции.
2. На своей двадцать второй сессии Комиссия одобрила рекомендацию Рабочей группы о проведении работы по подготовке унифицированного закона и возложила эту задачу на Рабочую группу 2/.
3. На своей тринадцатой сессии (A/CN.9/330) Рабочая группа начала работу с обсуждения возможного круга вопросов унифицированного закона, которые рассматривались в записке секретариата (A/CN.9/WG.II/WP.65). Эти вопросы касались основной сферы применения унифицированного закона, автономии сторон и ее пределов, а также возможных правил толкования. В Рабочей группе состоялся также предварительный обмен мнениями по вопросам формы и момента составления гарантии или резервного аккредитива. Рабочая группа просила секретариат представить на рассмотрение ее четырнадцатой сессии первый проект свода статей по вышеуказанным вопросам с возможными вариантами, а также записку, посвященную другим вопросам, которые могут быть охвачены в унифицированном законе.
4. На своей четырнадцатой сессии (A/CN.9/342) Рабочая группа рассмотрела подготовленные секретариатом проекты статей 1-7 унифицированного закона (A/CN.9/WG.II/WP.67). Секретариату было предложено подготовить на основе обсуждений и выводов Рабочей группы пересмотренный проект статей 1-7 унифицированного закона. Рабочая группа рассмотрела также вопросы, которым посвящена записка секретариата, касающаяся внесения поправок, передачи прав, истечения срока действия и обязательств гаранта (A/CN.9/WG.II/WP.68). Секретариату было предложено подготовить на основе обсуждений и выводов Рабочей группы первый проект статей по обсуждаемым вопросам. Было также отмечено, что секретариат представит Рабочей группе на ее пятнадцатой сессии записку по дополнительным вопросам, которые должны регламентироваться унифицированным законом, в том числе по вопросам обмана и других возражений против платежа, судебных запретов и других судебных мер, коллизии норм права и юрисдикции.
5. Рабочая группа, в состав которой входили все государства - члены Комиссии, провела свою пятнадцатую сессию в Нью-Йорке с 13 по 24 мая 1991 года. В работе сессии приняли участие представители следующих государств - членов Рабочей группы: Германии, Египта, Индии, Ирака, Ирана (Исламской Республики), Испании, Италии, Канады, Кении, Кипра, Китая, Ливийской Арабской Джамахирии, Марокко, Мексики, Нигерии, Нидерландов, Сингапура, Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии, Соединенных Штатов Америки, Союза Советских Социалистических Республик, Того, Уругвая, Франции, Чехословакии, Чили, Югославии и Японии.
6. В работе сессии принимали участие наблюдатели от следующих государств: Австралии, Австрии, Алжира, Багамских Островов, Бразилии, Вануату, Венесуэлы, Вьетнама, Гаити, Гондураса, Индонезии, Йемена, Кабо-Верде, Колумбии, Конго, Объединенной Республики Танзании, Омана, Пакистана, Перу, Польши, Руанды, Румынии, Саудовской Аравии, Таиланда, Туниса, Уганды, Филиппин, Финляндии, Швейцарии, Швеции и Эквадора.
7. В работе сессии принимали участие наблюдатели от следующих международных организаций: Афро-азиатского консультативно-правового комитета (ААКПК), Гаагской конференции по международному частному праву, Международного валютного фонда (МВФ), Банковской федерации Европейского сообщества, Каирского регионального центра по международному торговому арбитражу, Международной торговой палаты.

8. Рабочая группа избрала следующих должностных лиц:

Председатель: г-н Ж. Готье (Канада)

Докладчик: г-н Р. Сандоваль (Чили)

1/ Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок третья сессия, Дополнение № 17 (A/43/17), пункт 22.

2/ Там же, сорок четвертая сессия, Дополнение № 17 (A/44/17), пункт 244.

9. На рассмотрение Рабочей группы были представлены следующие документы: предварительная повестка дня (A/CN.9/WG.II/WP.69) и две записки секретариата, посвященные дальнейшему обсуждению вопросов унифицированного закона: обман и другие возражения против платежа, судебные запреты и другие судебные меры (A/CN.9/WG.II/WP.70); коллизия норм права и юрисдикция (A/CN.9/WG.II/WP.71).

10. Рабочая группа утвердила следующую повестку дня:

1. Выборы должностных лиц.
2. Утверждение повестки дня.
3. Подготовка унифицированного закона о международных гарантийных письмах.
4. Прочие вопросы.
5. Утверждение доклада.

I. ОБСУЖДЕНИЕ И РЕШЕНИЯ

11. Рабочая группа рассмотрела некоторые вопросы, касающиеся обязательств гаранта. Эти вопросы рассматривались в записке секретариата о внесении поправок, передаче прав, истечении срока действия и обязательствах гаранта (A/CN.9/WG.II/WP.68), которая была представлена Рабочей группе на ее четырнадцатой сессии, однако из-за нехватки времени не была обсуждена. Ход обсуждения и выводы Рабочей группы излагаются ниже, в главе II. Секретариату было предложено подготовить на основе этих выводов первый проект свода статей по обсуждаемым вопросам.

12. Рабочая группа рассмотрела затем вопросы, которым посвящена записка секретариата, касающаяся обмана и других возражений против платежа, судебных запретов и других судебных мер (A/CN.9/WG.II/WP.70). Ход обсуждения и выводы Рабочей группы излагаются ниже, в главах III, IV и V. Секретариату было предложено подготовить на основе этих выводов первый проект свода статей по обсуждаемым вопросам с возможными вариантами.

13. Рабочая группа рассмотрела также вопросы, которым посвящена записка секретариата, касающаяся коллизии норм права и юрисдикции (A/CN.9/WG.II/WP.71). Ход обсуждения и выводы Рабочей группы излагаются ниже, в главе VI. Секретариату было предложено подготовить на основе этих выводов первый проект свода статей по обсуждаемым вопросам.

II. ОБСУЖДЕНИЕ НЕКОТОРЫХ ВОПРОСОВ, КАСАЮЩИХСЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ ГАРАНТА

14. Рабочая группа продолжила обсуждение обязательств гаранта и рассмотрела следующие вопросы, которые она из-за нехватки времени не рассмотрела на своей четырнадцатой сессии: допустимые сроки рассмотрения, обязанности по уведомлению и ответственность и освобождение от ответственности (рассматриваемые в документе A/CN.9/WG.II/WP.68, пункты 58-72).

A. Допустимые сроки рассмотрения

15. Рабочая группа отметила, что в соответствии со статьей 10(a) пересмотренного текста проекта унифицированных правил для гарантий по требованию (УПГТ) 3/ "гарант располагает разумным сроком для рассмотрения требования по гарантии и принятия решения о выплате или отклонении требования". При этом понималось, что, как указано в данном положении, это время дается гаранту для обеих связанных целей, а именно для рассмотрения требования и для принятия решения о выплате или об отказе в ней.

16. Многие выступали за использование в унифицированном законе применяемой в вышеизложенном положении формулировки "разумный срок". Указывалось, что эта формулировка хорошо известна в банковском деле и что она обладает достаточной гибкостью для учета различных условий, характерных для отдельных случаев, а также различий в региональной и национальной практике. Вместе с тем некоторые высказались за обеспечение единообразия и определенности путем указания фиксированного количества рабочих или операционных дней (например, трех, пяти или семи). Еще одна точка зрения заключалась в сочетании обоих подходов путем предоставления

гаранту разумных сроков вплоть до семи дней, что, как представляется, предлагается в настоящее время предусмотреть в следующем пересмотренном варианте унифицированных правил и обычаев для документарных аккредитивов МТП (УПО). В ответ на это указывалось, что любой подобный верхний предел, вполне возможно, будет в конечном итоге рассматриваться как обычный срок и что это может, таким образом, привести к увеличению такого срока по сравнению с используемым в настоящее время на практике сроком около трех дней.

17. Рабочая группа согласилась с тем, что будущее положение унифицированного закона о допустимых сроках рассмотрения не должно носить обязательного характера. Это позволит отходить от положений закона путем включения в конкретное гарантийное письмо норм, подобных положениям УПГТ или УПО, или указания в нем иных сроков.

В. Обязанности по уведомлению

18. На основе анализа, который излагается в документе A/CN.9/WG.II/WP.68 (пункты 61-64), Рабочая группа рассмотрела вопрос о том, должен ли унифицированный закон содержать положения, касающиеся уведомления принципала о требовании, уведомления бенефициара об отклонении его требования и возможных дополнительных уведомлений со стороны финансовых учреждений.

Уведомление принципала о требовании

19. Было отмечено, что вопрос уведомления принципала регулируется в проекте статьи 17 УПГТ следующим образом:

"Без ущерба для положений статьи 10 4/ в случае заявления требования гарант незамедлительно уведомляет об этом принципала или в соответствующих случаях свою предписывающую сторону, и в этом случае предписывающая сторона уведомляет об этом принципала".

20. Далее было отмечено, что в проекте статьи 17 УПГТ, очевидно, не преследовалась цель решения проблемы просьб о "продлении срока действия или выплате", поскольку эти вопросы рассматриваются в других статьях правил, а именно в проекте статьи 26 УПГТ. Было отмечено, что норма, подобная содержащейся в проекте статьи 17 УПГТ, будет противоречить практике для резервных аккредитивов, закрепленной в статье 16 УПО 5/.

21. Рабочая группа не смогла прийти к единому мнению в отношении того, должен ли унифицированный закон возлагать на гаранта обязательства информировать принципала о заявленном бенефициаром требовании. Противники включения подобного юридического обязательства выдвигали, в частности, следующие доводы: если уведомление принципала, которое обычно дается из вежливости, станет предписанной законом обязанностью, то это подорвет независимость и целостность обязательства гаранта и будет противоречить ожиданиям определенного и оперативного платежа; это будет давать принципалу реальную возможность пытаться воспрепятствовать платежу по необоснованным причинам при том, что большинство требований не является обманом или злоупотреблением; выполнение любого подобного обязательства об уведомлении нелегко доказать; уведомление принципала легко может превратиться в одно из документарных условий гарантийного письма и нелегко установить надлежащую санкцию за несоблюдение подобного обязательства.

22. Сторонники закрепления в законе обязательства об уведомлении принципала выдвигали следующие доводы: включение в унифицированный закон положения, которое не будет носить обязательного характера, не приведет к резкому изменению той практики, которая, как представляется, в настоящее время широко распространена; это не ограничит независимость оценки и решения гаранта о том, оплачивать или не оплачивать данное требование; уведомление принципала - это лишь вопрос справедливости, поскольку именно принципал вероятнее всего может знать и представить гаранту информацию о любом возможном обмане или злоупотреблении и поскольку в конечном счете речь идет о средствах именно принципала.

23. Были высказаны различные мнения в отношении того, следует ли направлять уведомление до совершения платежа. Согласно одной точке зрения, направление уведомления после совершения платежа не является ни полезным, ни необходимым. Вместе с тем большинство придерживалось

4/ Положения проекта статьи 10 УПГТ воспроизводятся в настоящем докладе в пунктах 15 и 25.

5/ В настоящем документе делаются ссылки на статьи УПО по тексту пересмотренного издания 1983 года, ICC Publication No.400, который воспроизводится в документе A/CN.9/251.

мнения о том, что обязанность по уведомлению не связана по времени с обязанностью по рассмотрению требования и принятию решения о платеже. Соответственно, платеж может быть произведен (в допустимые сроки для рассмотрения требования) до направления уведомления (в предусмотренные для этого сроки), и неисполнение обязанности по уведомлению не влияет на законность или действительность платежа, однако может в определенных обстоятельствах привести к предъявлению иска за ущерб. Было отмечено, что вопрос об ущербе еще предстоит рассмотреть Рабочей группе в отношении этого и других возможных случаев нарушения обязательств.

24. Для того чтобы обеспечить доведение до сведения принципала информации о требовании, не возлагая бремя уведомления на гаранта, было высказано предложение обязать бенефициара – либо путем включения в соглашение соответствующего положения, либо (только для банковских гарантий) на основании отсутствия в соглашении положения об ином – представлять гаранту одновременно с требованием (заверенное) заявление о том, что либо оригинал, либо копия требования были направлены непосредственно принципалу, с тем чтобы гарант имел документальное подтверждение уведомления до совершения им платежа. Хотя это предложение вызвало определенный интерес, оно не было принято по следующим причинам: это потребует внести значительные изменения в нынешнюю практику уведомления; это создает неоправданные технические трудности; предусматриваемая санкция незамедлительного отклонения требования является слишком жесткой; и это создает различные режимы для резервных аккредитивов и банковских гарантий, что является нежелательным, по крайней мере в контексте уведомления принципала.

Уведомление бенефициара об отклонении требования

25. Отмечалось, что в проекте статьи 10(b) УПГТ вопрос уведомления об отклонении требования рассматривается следующим образом:

"Если гарант принимает решение отклонить требование, он незамедлительно направляет соответствующее уведомление бенефициару, используя средства электросвязи или, если это невозможно, другие оперативные средства. Любые документы, представленные в соответствии с гарантией, хранятся для представления в распоряжение бенефициара".

26. Было отмечено, что в практике резервных аккредитивов применяется более подробная норма об уведомлении, предусматривающая определенные санкции и отраженная в статье 16 УПО.

27. Рабочая группа согласилась с тем, что унифицированный закон должен содержать положение, обязывающее гаранта направлять бенефициару уведомление об отклонении требования. Широкую поддержку получило предложение включить в закон требование об указании в уведомлении причин, по которым гарант решил отказать в платеже. Однако было высказано мнение, что требование в отношении изложения причин должно быть достаточно гибким, с тем чтобы учитывать разнообразие условий платежа, используемых в гарантийных письмах. Было предложено, чтобы это требование было достаточно общим, с тем чтобы не обязывать гаранта указывать конкретные детали, что было бы оправданным в других условиях, связанных с товарными аккредитивами; было, однако, отмечено, что такая норма была бы неприемлема для резервных аккредитивов, которые зачастую требуют подробной документации.

28. Были высказаны различные мнения в отношении того, должен ли унифицированный закон содержать какое-либо положение об эстоппеле, аналогичное положениям статьи 16(d) и (e) УПО. Согласно одной точке зрения, включение подобного положения в гарантийные письма было бы неоправданным, поскольку в отличие от товарных аккредитивов гарантийные письма сопряжены со значительно меньшим числом документов, и возможность возникновения несоответствий значительно меньше, кроме того, документы не теряют своей силы через 21 день после даты выписки коносамента (как это предусмотрено в статье 47(a) УПО). Однако возобладала точка зрения о том, что идея эстоппеля в контексте гарантийных писем может быть оправдана, однако необходимо продолжить изучение конкретных условий и последствий с учетом особенностей и практики использования резервных аккредитивов и независимых гарантий.

Дополнительные обязанности по уведомлению

29. Рабочая группа рассмотрела вопрос о том, следует ли предусматривать в унифицированном законе дополнительные обязанности по уведомлению, которые могли бы образовать определенный международный "кодекс поведения", например обязанность любого финансового учреждения, получившего просьбу выдать или подтвердить гарантийное письмо или направить уведомление о нем, информировать запрашивающую сторону в определенные сроки о своем решении не выполнять эту просьбу. Рабочая группа согласилась с тем, что в унифицированном законе не следует рассматривать такие обязанности.

С. Ответственность и освобождение от ответственности

30. На основе анализа, изложенного в пунктах 65-72 документа A/CN.9/WG.II/ WP.68, Рабочая группа рассмотрела вопрос о том, следует ли включать в унифицированный закон положения об ответственности гарантов и о возможном освобождении от ответственности. Было отмечено, что в проектах статей 11-14 УПГТ 6/ содержатся подробные положения, освобождающие гарантов и предписывающие стороны от ответственности или обязательств в отношении целого ряда действий или бездействий, и что проект статьи 15 УПГТ ограничивает действие этих положений об освобождении от ответственности, возлагая на гарантов и предписывающие стороны ответственность "в случае, если они не действовали добросовестно и с разумной осмотрительностью".

Положения об освобождении от ответственности

31. Члены Рабочей группы согласились с тем, что унифицированный закон не должен содержать каких-либо положений об освобождении от ответственности, подобных тем, которые содержатся в УПГТ. По их мнению, было бы неправильным рассматривать освобождение от ответственности на нормативном уровне; этот вопрос должен рассматриваться на договорном уровне и решаться в рамках унифицированных правил, подобных УПГТ, общих условий или индивидуально разработанных соглашений. Кроме того, сложный набор положений об освобождении от ответственности был бы излишним и неуместным в унифицированном законе, в котором, несомненно, будет значительно меньше оперативных правил или аналогичных положений, касающихся обязательств, чем в УПГТ или УПО.

Положение об ответственности и его элементы

32. Были высказаны некоторые сомнения в отношении необходимости включения в унифицированный закон положения об ответственности. Указывалось, что вопросы ответственности редко служат поводом для судебного разбирательства, что этот вопрос можно было бы регулировать на основании общих норм права той или иной правовой системы, что невозможно найти приемлемого для всех стандарта, с помощью которого можно было бы также решать спорный вопрос об ответственности за действия служащих и что положения проекта статьи 5 унифицированного закона вполне достаточно 7/. Вместе с тем после обсуждения участники пришли к выводу, что в унифицированный закон следует включить положение об ответственности, аналогичное проекту статьи 15 УПГТ.

33. Что касается элементов стандарта ответственности, то, по общему мнению, концепцию "добросовестности" следует сохранить. Что же касается концепции "разумной осмотрительности", то высказывались разные мнения, зачастую в зависимости от того, какое положение об ответственности предполагалось принять - обязательное или необязательное. В связи с императивным положением, не позволяющим сторонам отклоняться от него путем использования положений об освобождении от ответственности, было высказано мнение об уместности стандарта разумной осмотрительности, поскольку от гарантов вполне оправданно ожидается профессиональная добросовестность. Тем не менее в связи с императивным положением преобладало мнение о том, что стандарт разумной осмотрительности, оговариваемый, возможно, ссылкой на банковскую практику, является слишком строгим, устанавливая жесткое ограничение, и поэтому императивное положение об ответственности должно распространяться на более узкую категорию случаев, связанных, например, с явно халатными или неосмотрительными действиями.

34. Другие предложения об изменении или дополнении элемента "разумной осмотрительности" были направлены в первую очередь на введение дополнительного положения об ответственности, которое в соответствии с предложением, получившим широкую поддержку, не носило бы обязательного характера и дополняло бы проект положения о стандарте осмотрительности при проверке документов, который был рассмотрен в ходе четырнадцатой сессии (см. пункты 106-110 документа A/CN.9/342). В предложениях говорилось о примерной банковской практике, об

6/ Проекты статей 11-14 УПГТ излагаются в пункте 65 документа A/CN.9/WG.II/ WP.68.

7/ Проект статьи 5, которую Рабочая группа постановила заключить в квадратные скобки (A/CN.9/342, пункт 41), гласит следующее:

"При толковании настоящего закона следует учитывать его международный [характер] [происхождение] и необходимость обеспечивать единообразие в его применении и соблюдении добросовестности в международной практике гарантов или аккредитивов"

общепризнанной добросовестной практике ведения банковских операций, о профессиональной добросовестности и о банковской практике, определенной, например в УПО, руководствах для банкиров, а также о местных, национальных или региональных официальных документах. В связи с предложениями, в которых делалась ссылка на банковскую практику, отмечалось, что установление стандартов не может быть предоставлено исключительно и полностью лицам, на которых распространяется данный стандарт, что подобная банковская практика сложилась не везде и зачастую отличается неустойчивостью и что нет необходимости делать ссылку на категорию затрагиваемых лиц, поскольку любой стандарт осмотрительности должен оцениваться в соответствующем профессиональном контексте.

Возможное распространение положения об ответственности на других лиц помимо гарантов

35. Было предложено, чтобы будущее положение об ответственности в унифицированном законе распространялось не только на гарантов, а охватывало всех участников сделки по гарантийным письмам, в частности бенефициара и принципала. Подчеркивалось, что требование добросовестности является основополагающим и должно определять поведение всех участвующих сторон. Кроме того, тот факт, что императивное положение об ответственности распространяется только на гарантов, может послужить основанием для неверного вывода о том, что унифицированный закон допускает неограниченное освобождение от ответственности в отношении других сторон, упомянутых в унифицированном законе. Более ограниченное предложение заключалось в том, что помимо гаранта такое положение должно распространяться только на бенефициара, учитывая тот факт, что унифицированный закон главным образом регулирует отношения между гарантом и бенефициаром.

36. Вместе с тем, по мнению большинства участников, не следует распространять действие положения об ответственности на другие стороны помимо гарантов и, возможно, предписывающих сторон. Было высказано мнение, что подобное расширение сферы действия этого положения потребовало бы установления разных стандартов для соответствующих коммерческих отношений и решения вопроса о санкциях или средствах правовой защиты; все это было бы необоснованным посягательством на действующие нормы внутреннего права, которые позволяют решать подобные вопросы, не прибегая к помощи унифицированного закона.

III. ОБМАН, ЗЛУПОТРЕБЛЕНИЕ И АНАЛОГИЧНЫЕ КОНЦЕПЦИИ

37. Рабочая группа рассмотрела вопросы, касающиеся обмана, злоупотребления и аналогичных концепций, в контексте операций по гарантийным письмам. На ее рассмотрении находилась записка секретариата, в которой анализировались эти концепции и их применение в различных системах общего и континентального права (A/CN.9/WG.II/WR.70, пункты 7-75).

38. В соответствии с предложением, содержащимся в пункте 9 этой записки, Рабочая группа прежде всего рассмотрела вопрос о том, следует ли в рамках унифицированного закона рассматривать соответствующие случаи обмана или злоупотребления, не связанные с возражением против платежа. Было решено не рассматривать в унифицированном законе такие случаи неправомерного поведения лиц, за исключением бенефициаров. Однако в ходе последующего обсуждения положений об изъятии на основании обмана было предложено рассмотреть на более поздней стадии целесообразность регулирования последствий любых случаев обмана или злоупотребления, допускаемых принципалом в целях воспрепятствовать платежу по необоснованным причинам.

A. Охват и возможные определения понятий обмана и злоупотребления

39. Рабочая группа напомнила о высказанном ею в ходе двенадцатой сессии общем мнении о том, что, хотя согласование различных подходов к проблеме обмана является сложной задачей, необходимо обеспечить большее единообразие в рассмотрении этой проблемы и что разработка положений унифицированного закона внесла бы особенно полезный вклад в этой области (A/CN.9/316, пункты 147-162). Рабочая группа начала свою деятельность по согласованию с предварительного обмена информацией об используемых в настоящее время концепциях и их толковании в конкретных правовых системах.

Обмен информацией о применяемых в настоящее время концепциях

40. Применительно к концепции обмана было указано, что на ее толкование нередко оказывают влияние концепции уголовного права. К числу таких указанных определений обмана, которые используются в конкретных системах права, относятся следующие: введение другого лица в заблуждение неправомерными средствами; представление документов, в которых явно или косвенно дается существенное описание факта, которое, как известно представляющему, не соответствует

действительности; недобросовестное поведение с целью нанесения вреда или получения незаконной прибыли или необоснованного обогащения. Было указано, что в других правовых системах термин "обман" толкуется менее строго и охватывает ситуации, в которых отсутствует элемент намерения; в контексте резервных аккредитивов обман означает отсутствие правомерных оснований для получения платежа по аккредитиву.

41. Применительно к понятию злоупотребления было указано, что оно нередко применяется таким же образом, как и в отношении использования каким-либо лицом любого другого права. К числу таких указанных общих определений злоупотребления, которые используются в конкретных системах права, относятся следующие: превышение пределов нормального использования права разумным лицом; использования права в целях, отличных от тех, для которых это право было предоставлено. К числу других определений злоупотребления, применяемых в контексте гарантийных писем, относились следующие: требование бенефициара, в отношении которого были выполнены все обязательства; требование произвести платеж, несмотря на очевидное отсутствие каких-либо потенциальных обстоятельств или рисков, покрытие которых явно или косвенно является целью гарантийного письма.

42. Было отмечено, что концепции как обмана, так и злоупотребления не только рассматриваются по-разному, как указано выше, но и ведут к возникновению значительных расхождений и неопределенности при их использовании в конкретных случаях. Далее было отмечено, что обе концепции нередко используются как взаимозаменяющие и что их невозможно четко разграничить.

43. Соответственно было предложено попытаться не использовать в унифицированном законе термины "обман" и "злоупотребление". Далее было высказано предложение в целях установления необходимых границ круга случаев, в которых исключение из независимого обязательства совершить платеж является оправданным, установить параметры этого ограниченного круга путем рассмотрения пограничных случаев потенциально спорного характера.

Обсуждение случаев для ограничения сферы применения исключения на основании обмана

44. Был поднят вопрос о возможности составления гарантийного письма на таком уровне абстрагирования, который полностью гарантировал бы от обмана. Отметив, что не удалось выявить ни одной правовой системы, предусматривающей подобный тип резервных аккредитивов или гарантий, Рабочая группа пришла к выводу, что унифицированный закон, вне всякого сомнения, не должен разрешать подобный вид аккредитивов и гарантий. Вместе с тем было признано, что в некоторых правовых системах применение исключения на основании обмана может в определенной степени ограничиваться путем включения договорных положений, таких, как оговорки о неоспоримом доказательстве или о признании правомерности требования.

45. Был приведен ряд примеров ситуаций, которые полностью подпадают под понятие исключения на основании обмана, например, случаи подделки документов или другие уголовные преступления. Было высказано предложение включить в сферу определения исключения на основании обмана и такое положение, как незаконность или отсутствие основной сделки, которая должна обеспечиваться гарантийным письмом.

46. Рабочая группа рассмотрела следующий случай, который в силу его спорного характера можно охарактеризовать как пограничный. Бенефициар по гарантии исполнения, не содержащей оговорки о сокращении, требует выплаты полной суммы, в то время как ущерб, понесенный им в результате незавершения принципалом последней стадии строительного проекта, составляет значительно меньшую сумму. Согласно одной точке зрения, подобное требование следует рассматривать как злоупотребление (на величину разницы между размерами ущерба и суммой гарантии), поскольку требуемая сумма находится в значительном несоответствии с размерами понесенного ущерба и поэтому является чрезмерной с точки зрения целей гарантии или уровня удовлетворения, полученного бенефициаром. Согласно другой точке зрения, подобное требование не следует рассматривать как злоупотребление, поскольку понятие обмана ограничивается случаями полной необоснованности, т.е. полным отсутствием благоприятных оснований для требования. Если требуется установить какую-либо связь между суммой, выплачиваемой по гарантийному письму, и конкретными размерами ущерба, понесенного по основной сделке, то это должно быть четко указано в самом гарантийном письме. Например, гарантийное письмо может включать оговорку о сокращении, содержащую ссылку на документально подтвержденный ход работ, или могут выдаваться отдельные гарантийные письма на отдельные этапы проекта.

47. Еще один пример, приведенный в целях изучения пределов случаев исключения на основании обмана, касался гарантии исполнения контракта на создание телефонной системы, когда в результате отказа нескольких телефонов между сторонами контракта возник спор, потребовавший привлечение эксперта. Одно из высказанных в связи с этим случаем замечаний заключалось в

том, что независимо от того, можно ли рассматривать тот факт, что несколько телефонов не работали, как отсутствие полного исполнения, сама необходимость привлечения эксперта исключает применимость положения об исключении на основании обмана, поскольку не выполняется требование явного или очевидного злоупотребления без необходимости дальнейшего расследования.

48. Рабочая группа пришла к выводу о том, что исключение на основании обмана не должно применяться в условиях добросовестного спора между сторонами основной сделки о фактических или правовых вопросах, касающихся исполнения. Вместе с тем Группа понимает, что нелегко разработать формулировку, четко разграничивающую такие споры по контрактам и случаи, которые должны попадать в сферу действия исключения на основании обмана.

Возможные критерии и подходы к определению сферы применения исключения на основании обмана

49. Рабочая группа рассмотрела вопрос, поднятый в записке секретариата (там же, пункт 75, подпункт 1(a)), о том, следует ли ограничивать общее определение исключения на основании обмана каким-либо субъективным критерием (например, злые намерения, нечестность, недобросовестность) или же оно должно в соответствии с преобладающей судебной практикой основываться на объективных критериях, которые гораздо легче установить (например, отсутствие благовидного основания, выход целей требования за рамки покрытого риска). Хотя предложение ограничить определение субъективным критерием получило определенную поддержку, большинство сочло, что подобное ограничение было бы неправильным.

50. Было отмечено, например, что любое субъективное требование, такое, как нечестность или намерение причинить вред, трудно установить и что оно нередко будет выводиться из объективных критериев. Далее указывалось, что, хотя объективные критерии представляются более подходящими, необходимо тем не менее учитывать в качестве альтернативных субъективные элементы, которые становятся существенными, например, в случаях, когда бенефициар представляет подлинное заявление за подделанной подписью. Группа пришла к выводу, что различие между субъективными и объективными критериями является неопределенным и имеет ограниченную полезность. Рабочая группа сделала вывод о том, что любое последующее определение может содержать как субъективные, так и объективные критерии.

51. Были высказаны различные предложения в отношении возможного определения в унифицированном законе исключения на основании обмана. Одно из предложений заключалось в разработке общего определения, которое могло бы основываться на любом из определений, упомянутых в ходе обсуждения Рабочей группой или в записке секретариата. Другое предложение заключалось в том, чтобы попытаться определить сферу применения исключения на основании обмана путем составления неисчерпывающего перечня ситуаций с учетом случаев, обсужденных Рабочей группой, и случаев возможного злоупотребления, указанных в записке секретариата. Еще одно предложение заключалось в сочетании обоих подходов и подготовке общего определения с прилагаемым к нему перечнем примеров охватываемых случаев. Кроме того, было высказано предложение не пытаться разработать какое-либо определение, а просто сформулировать руководящий принцип, в котором могли бы указываться различные концепции, с упором на характер обязательства гаранта, и разъяснить, что исключение распространяется на обман в ходе сделки и что факты, дающие основание для подобного исключения, должны быть установлены четко и убедительно без какого бы то ни было расследования.

52. Рабочая группа предложила секретариату подготовить на основе вышеизложенных мнений проекты альтернативных предложений с учетом предварительного обсуждения и выводов Рабочей группы.

В. Степень осведомленности и критерии доказательства

53. Рабочая группа рассмотрела вопрос о существенных критериях доказательства или степени осведомленности, дающих гаранту право отказать в платеже в случае предполагаемого обмана или злоупотребления. Было решено, что подобные критерии должны быть четкими ввиду исключительного характера этого отказа выполнить независимое обязательство совершить оперативный платеж с учетом положения и репутации гаранта и необходимости полной определенности. Было высказано мнение о том, что, если гарант добросовестно произвел платеж на основании соответствующих документов, то он имеет право на получение возмещения, даже если имел место обман.

54. Что касается возможных формулировок такого жесткого критерия, то Группа высказалась за использование любого из аналогичных терминов, перечисленных в записке секретариата (там же, пункт 75, подпункт 2(a)), а именно "очевидный", "определенный", "очевидный для каждого", "явный", "установленный на основании бесспорных доказательств". Было указано, что "явный"

должен пониматься как "бросающийся в глаза". Далее были предложены следующие аналогичные термины: "несомненный"; "единственный разумный вывод"; или "единственный реалистичный вывод".

55. В соответствии с предложением, содержащимся в записке секретариата (там же, пункт 75, подпункт 2(b)), Рабочая группа рассмотрела вопрос о том, должен ли такой критерий использоваться лишь в случаях отказа гаранта по его собственной инициативе или же он должен применяться равным образом к случае судебных решений, запрещающих гаранту производить платеж или запрещающих бенефициару требовать или получать платеж. Широкую поддержку получило мнение о том, что, как правило, в обеих ситуациях, т.е. в случае решения гаранта и в случае решения суда, должен применяться один и тот же критерий доказательства. Вместе с тем было отмечено, что различие между этими двумя ситуациями может привести к возникновению определенных различий в применении этого критерия.

56. Например, было указано, что гарант должен оперативно принять решение в сроки, установленные для рассмотрения требования, тогда как суду может потребоваться больше времени или он может отложить принятие решения на более поздний срок в зависимости от конкретных процедур и характера функционирования. Еще одно различие заключается в том, что гарант обычно должен основывать свое решение исключительно на документах, представленных принципалом, тогда как суд может, опять-таки в зависимости от своих процедур, заслушать бенефициара и, возможно, другие стороны. Еще одно различие заключается в том, что гарант должен ориентироваться главным образом на документальные доказательства, тогда как суд в ходе упрощенного рассмотрения может принимать и другие виды доказательств. Кроме того, обычный критерий доказательства, который требуется в ходе предварительного разбирательства, нередко не отвечает требованию определенности или очевидности, поскольку требуется лишь представление, например, доказательства *prima facie* или свидетельств, подтверждающих возможную обоснованность дела по существу.

57. В ходе обсуждения возможных различий между решением гаранта и решением суда было отмечено, что применение критерия доказательства в ходе судебного разбирательства должно рассматриваться не само по себе, а в контексте процессуальных норм, которые в различных правовых системах отличаются друг от друга. Поэтому Рабочая группа постановила на данном этапе обсуждения перейти к вопросу судебных запретов и других судебных мер, рассматриваемых в записке секретариата (там же, пункты 90-114). Рабочая группа позднее завершила обсуждение вопроса об обмане, злоупотреблении и аналогичных концепциях (см. ниже, пункты 67-77).

V. СУДЕБНЫЕ ЗАПРЕТЫ И ДРУГИЕ СУДЕБНЫЕ МЕРЫ

58. Рабочая группа обменялась информацией о существующих в конкретных правовых системах положениях об освобождении от исполнения обязательства по решению суда и их конкретных элементах, в ходе которого во многих случаях была дополнена информация, изложенная в записке секретариата. Например, было отмечено, что не во всех правовых системах, как представляется, существуют процедуры освобождения от исполнения обязательства по решению суда для обеспечения соблюдения положения об исключении на основании обмана; в одной из упомянутых систем права судебный запрет на совершение гарантом платежа возможен лишь в том случае, если гарант или принципал выдвинул существенный иск против бенефициара, и судебный запрет направлен на обеспечение исполнения по этому иску.

59. Далее было отмечено существование значительных расхождений между конкретными этапами и обычными сроками процедур в связи с освобождением от исполнения обязательства по решению суда. Например, в одной из стран приказом о временном запрете в случае одностороннего разбирательства без вызова ответчика можно получить в течение нескольких часов, после чего проводится предварительное разбирательство с более жесткими процессуальными требованиями, которое может затянуться на несколько месяцев, тогда как в другой стране предварительный запрет на основании заслушивания сторон можно получить в течение нескольких дней. Что касается различных сроков процессуальных действий, то было отмечено, что, хотя, по имеющимся данным, в большинстве правовых систем решение, принимаемое в ответ на просьбу наложить судебный запрет, очень редко оказывается положительным, длительные процедуры могут сами по себе использоваться принципалом для отсрочки платежа.

60. В целях уменьшения риска подобных действий в некоторых правовых системах стороне, обращающейся с подобной просьбой, предлагается внести залог или гарантийный депозит. Было указано, что подобный метод можно было бы с успехом использовать и в других правовых системах.

61. Другое предложение, заключавшееся в том, чтобы обязать гаранта в случае отсутствия определенности в факте обмана депонировать на заблокированный целевой счет сумму по гарантийному письму или выплатить ее суду до окончательного завершения основного

разбирательства, не получило такой поддержки. Было высказано мнение, что подобный приказ будет противоречить понятию добросовестности гарантийного письма и ограничению круга исключений на основании обмана очевидными или явными случаями.

62. Рабочая группа отметила существование несоответствия между конкретными видами освобождений от исполнения обязательств по решению суда в различных правовых системах и различия в связи с их фактическим использованием и степенью удовлетворения ходатайств. В различных правовых системах наиболее часто испрашиваемым видом подобного освобождения является приказ гаранту приостановить платежи. Другим видом судебного запрета в отношении гаранта, который предусмотрен в различных правовых системах, является приказ гаранту не дебетовать счет принципала. Как представляется, относительно наиболее перспективной мерой в определенных правовых системах является замораживание средств, которые либо по-прежнему находятся в распоряжении гаранта, либо составляют часть активов бенефициара на территории соответствующего государства. Было указано, что наименее эффективной мерой является запрещение бенефициару требовать или получать платеж, особенно с учетом того факта, что его коммерческое предприятие может быть расположено в другой стране.

63. Приводились различные примеры конкретных элементов освобождения от исполнения обязательства по решению суда, которые не только различаются в разных системах права, но и нередко носят неопределенный или противоречивый характер в рамках одной системы. Одним из таких элементов является связь между предварительным и основным разбирательством и любыми требованиями в отношении сроков начала любых подобных связанных разбирательств. С этим также связан вопрос о том, должны ли в обоих видах разбирательств участвовать одни и те же стороны. Еще один элемент касается возможного требования в отношении причины направления просьбы о принятии судом конкретного вида решения, освобождающего от исполнения обязательства, и важного вопроса о том, должен ли гарант не только иметь право отказать в платеже в случае обманного востребования, но и быть обязан сделать это независимо от того, возникает ли эта обязанность из договора или из деликта.

64. С учетом вышеизложенных несоответствий и неопределенностей было высказано поддержанное многими мнение о желательности обеспечения большей степени определенности и единообразия. Вместе с тем были высказаны различные мнения в отношении того, может ли унифицированный закон способствовать достижению этой цели, и если да, то каким образом. Одно из мнений заключалось в том, что унифицированный закон должен ограничиваться вопросами материального права и не затрагивать процессуальных норм. Однако большинство поддержало точку зрения, согласно которой материально-правовые положения унифицированного закона об исключении на основании обмана будут иметь ограниченную полезность, если не будут сопровождаться согласованными и определенными процессуальными мерами и что, таким образом, следует попытаться достичь этой цели, не посягая на организацию национальных судов и их традиционные процедуры.

65. Одно из предложений заключалось в рассмотрении целесообразности положения, которое в общем плане регулировало бы доступ всех сторон к судам и требовало бы оперативного разбирательства при условии существования у судов данной правовой системы надлежащих норм и процедур. Другое предложение заключалось в попытке разработать руководящие принципы в отношении критериев доказательства и других элементов, имеющих непосредственное отношение к операциям по гарантийным письмам, без внесения, таким образом, радикальных изменений в существующие процедуры и порядок функционирования национальных судов.

66. Что касается тех правовых систем, которые в настоящее время вообще не предусматривают освобождения от исполнения обязательства по решению суда, то была высказана надежда на то, что в будущем это положение может измениться. Вместе с тем было решено, что попытка навязать подобные изменения посредством унифицированного закона нереальна. Поэтому проекты альтернативных положений, которые Рабочая группа просила секретариат разработать на основе вышеизложенных предложений, должны быть сформулированы таким образом, чтобы в них не содержалось императивного требования о внесении подобных изменений.

III. ОБМАН, ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЕ И АНАЛОГИЧНЫЕ КОНЦЕПЦИИ (продолжение)

C. Исключение на основании обмана, предоставляемое встречному гаранту

67. Рабочая группа возобновила обсуждение темы обмана, злоупотребления и аналогичных концепций с рассмотрения вопроса, поднятого в записке секретариата (там же, пункт 75, подпункт 3), о том, какие особые соображения применяются в отношении исключения на основании обмана, предоставляемого встречному гаранту в случае обмана или злоупотребления со стороны конечного бенефициара. При этом рассматривалась ситуация получения требования произвести платеж от бенефициара встречного гаранта (второго банка), который получил от конечного бенефициара требование произвести платеж согласно своему косвенному гарантийному письму. В

записке секретариата были подняты следующие конкретные вопросы: имеет ли какой-либо обман или злоупотребление со стороны конечного бенефициара существенное значение в отсутствие какого-либо сговора между конечным бенефициаром и вторым банком, и если да, то какими должны быть требования для признания поведения конечного бенефициара в качестве основы для исключения на основании обмана, предоставляемого встречному гаранту/первому банку.

68. В ходе обсуждения этих вопросов было решено, что гарантийные письма, выдаваемые первым и вторым банками, представляют собой отдельные и независимые обязательства, которые нередко различаются с точки зрения условий платежа. Как указано в пункте 66 записки секретариата, вопрос об обмане или злоупотреблении в качестве возражения против платежа согласно встречному гарантийному письму должен решаться исключительно в рамках взаимоотношений между двумя банками с учетом цели встречной гарантии, заключающейся в том, чтобы предоставить второму банку возмещение в соответствии с условиями этого гарантийного письма. Поэтому ответственность за любой обман или злоупотребление со стороны конечного бенефициара не может автоматически возлагаться на второй банк, однако эти действия могут приобрести непосредственное значение лишь в случае выставления этим банком требования к первому банку, которое имеет характер обмана или злоупотребления.

69. Были высказаны различные мнения в отношении условий, при которых требование второго банка имеет характер злоупотребления и дает первому банку право отказать в платеже. Одно из мнений заключалось в том, что исключение на основании обмана должно ограничиваться случаями сговора между конечным бенефициаром и вторым банком. Согласно другому мнению, требование второго банка представляет собой злоупотребление, если до момента платежа ему было известно об обмане со стороны конечного бенефициара. Третья точка зрения заключалась в том, что второй банк не имеет права на возмещение в том случае, если он действовал небрежно, т.е. не проявил профессиональной осмотрительности. Еще одна точка зрения заключалась в том, что второй банк имеет право на возмещение в том случае, если он действовал добросовестно. Были предложены следующие дополнительные критерии: неправомерное поведение конечного бенефициара должно служить основанием для возражения против платежа в соответствии с правом, применимым к обязательствам второго банка, или должно вести к признанной обязанности второго банка отказать в платеже.

70. В силу того, что эти дополнительные критерии касались правовых вопросов, которые, возможно, будут регламентироваться в соответствии с законами других стран, содержание которых неопределенно, была высказана озабоченность в связи с тем, что вопрос исключения на основании обмана, предоставляемого встречному гаранту, может оказаться слишком сложным для его надлежащего урегулирования в унифицированном законе. Еще одна причина, выдвинутая против рассмотрения этого вопроса, заключалась в том, что ввиду отсутствия особого характера данная ситуация надлежащим образом охватывается общими положениями об исключении на основании обмана, которые были рассмотрены Рабочей группой ранее. В ответ было указано, что сами вопросы свидетельствуют о необходимости разработки положений, охватывающих эту особую ситуацию.

71. После обсуждения Рабочая группа постановила вернуться на своей следующей сессии на основе проектов положений, которые будут подготовлены секретариатом с учетом вышеизложенных предложений, к рассмотрению вопроса о том, должен ли унифицированный закон содержать специальные положения об исключении на основании обмана, предоставляемом встречному гаранту.

D. Лица, против которых не могут применяться меры правовой защиты на основании обмана

72. Отвечая на вопрос, поднятый в записке секретариата (там же, пункт 75, подпункт 4), Рабочая группа пришла к выводу об отсутствии необходимости указывать в унифицированном законе те категории лиц, против которых не могут применяться меры правовой защиты на основании обмана.

E. Возможное положение о требованиях "продлить или уплатить"

73. Рабочая группа отметила, что требования "продлить или уплатить" были указаны в записке секретариата в качестве одного из возможных источников злоупотребления в определенных обстоятельствах (там же, пункты 51-54) и что, помимо этого контекста, Рабочей группе было предложено рассмотреть вопрос о том, должен ли унифицированный закон содержать положение о таких требованиях, которое, возможно, было бы составлено аналогично формулировке проекта статьи 26 УПГТ следующего содержания:

"Если бенефициар запрашивает продление действия гарантии в качестве альтернативы представлению в соответствии с условиями гарантии требования платежа, гарант незамедлительно информирует сторону, давшую гаранту инструкции. Затем гарант

приостанавливает платеж по требованию на такое время, которое разумно необходимо для того, чтобы позволить принципалу и бенефициару достичь соглашения о предоставлении такого продления и позволить принципалу принять меры к выдаче такого продления.

Если продление не предоставляется в течение срока, предусмотренного в предыдущем пункте, гарант обязан уплатить по удовлетворяющему условиям требованию бенефициара, не требуя каких-либо дополнительных действий со стороны бенефициара. Гарант не несет какой-либо ответственности (за уплату процентов или иной), если платеж бенефициару задерживается в результате вышеупомянутой процедуры.

Даже если принципал соглашается на такое продление или запрашивает его, оно предоставляется лишь в том случае, если гарант и предписывающая (предписывающие) сторона (сторона) также соглашается (соглашаются) на это".

74. Было отмечено, что требование "продлить или уплатить" часто встречается в практике гарантий. Было отмечено, что такой практики не существует в отношении резервных аккредитивов и что требование "продлить или уплатить" в контексте резервных аккредитивов будет рассматриваться как требование внести изменение. Как указано в записке секретариата (там же, пункт 52), существует целый ряд возможных мотивов требований "продлить или уплатить"; определить, направлено ли такое требование добросовестно или недобросовестно, обычно сложно, особенно гаранту. Поэтому направление уведомления принципалу представляется необходимым; кроме того, гарант заинтересован в получении согласия принципала на любое продление срока действия гарантии.

75. Признавая возможные проблемы, возникающие вследствие направления требований "продлить или уплатить", были высказаны различные мнения о том, следует ли рассматривать в унифицированном законе этот вопрос, помимо случаев, когда такие требования являются возможным источником злоупотребления. Одно из мнений заключалось в том, что такой вопрос не должен регулироваться на нормативном уровне, а должен определяться соглашением между сторонами, включая любые общие условия или унифицированные правила, такие, как УПГТ. Согласно второму мнению, данный вопрос является достаточно спорным и важным, чтобы оправдать его урегулирование в унифицированном законе; однако его можно было бы рассмотреть менее подробно, чем в проекте статьи 26 УПГТ, и ограничиться следующими принципами: требованием уведомления принципала; требованием получения согласия принципала на продление срока действия гарантии; положением о том, что согласие или требование принципала не должны носить обязательного характера для гаранта; приостановлением платежа и обязательства уплатить в случае непродления срока действия гарантии лишь в том случае, если требование платежа соответствует условиям гарантийного письма.

76. Было отмечено, что эти принципы зафиксированы в проекте статьи 26 УПГТ. Вместе с тем была выражена озабоченность в связи с предусмотренным в проекте этой статьи сроком приостановления платежа и его последствиями для допустимых сроков рассмотрения требования и для даты истечения срока действия. Было предложено рассмотреть вопрос замены неопределенной формулировки "разумно необходимое время" фиксированными сроками и разъяснить последствия приостановления платежа в любом положении будущего унифицированного закона. Было высказано мнение о том, что гаранта (или встречного гаранта) ни при каких обстоятельствах не следует обязывать продлевать срок гарантийного письма (или встречного гарантийного письма), если он не согласен с таким продлением, и что в течение срока гарантии ее действие не должно приостанавливаться в результате требования о продлении.

77. После обсуждения Рабочая группа постановила вернуться к рассмотрению этого вопроса на основе проекта положений, подготовленного секретариатом.

IV. ДРУГИЕ ВОЗРАЖЕНИЯ ПРОТИВ ПЛАТЕЖА

78. Рабочая группа рассмотрела вопрос о том, должен ли унифицированный закон содержать положения о других возражениях против платежа, которые анализируются в записке секретариата (там же, пункты 76-89).

А. Недействительность, возможность оспаривания или невозможность принудительного исполнения обязательства совершить платеж

79. Рабочая группа рассмотрела ряд случаев недействительных, оспоримых или не подлежащих принудительному исполнению обязательств совершить платеж. Например, были приведены примеры случаев запрещения на национальном или международном уровне перевода средств и проблема обязательства совершить платеж в неконвертируемой валюте, которая отсутствует в месте платежа.

80. Признавая важность подобных вопросов и проблем, Рабочая группа пришла к выводу о том, что в унифицированном законе не должно содержаться каких-либо специальных положений, регулирующих случаи недействительности, возможности оспаривания или невозможности принудительного исполнения обязательств по гарантии.

В. Зачет требований гаранта

81. Были высказаны различные мнения в отношении того, должен ли унифицированный закон регулировать вопрос зачета встречных требований гаранта при получении им требования совершить платеж по гарантийному письму. Одно из мнений заключалось в том, что этот вопрос следует оставить на усмотрение сторон соглашения в рамках применимого национального права. Было высказано мнение, что в унифицированном законе невозможно надлежащим образом рассмотреть все сложные вопросы, включая материально-правовые и процессуальные аспекты зачета требований, которые в разных странах различны. Согласно другой точке зрения, унифицированный закон должен содержать положения, которые способствовали бы преодолению существующих различий и неопределенностей и в то же время предоставляли сторонам полную свободу действий, не посягая на правовые нормы, регулирующие случаи банкротства или неплатежеспособности.

82. Что касается возможного содержания любых будущих положений в унифицированном законе, то широкую поддержку получило мнение о том, что гарант не должен иметь права на зачет требований, переуступленных ему принципалом. Что касается требований самого гаранта, то были высказаны различные точки зрения (в соответствии с различными мнениями, описываемыми в пунктах 83-85 записки секретариата). Одно из мнений состояло в том, чтобы запретить зачет требований, поскольку гарант не должен руководствоваться собственными интересами и бенефициар обоснованно ожидает получения фактического платежа. Другая точка зрения заключалась в том, чтобы разрешить зачет требований, поскольку он не противоречит независимому характеру обязательства и нет никаких причин рассматривать гарантийное письмо отлично от векселя. Промежуточный вариант заключался в предложении разрешить зачет требований в определенных обстоятельствах.

83. После обсуждения Рабочая группа постановила вернуться к рассмотрению этого вопроса на основе проектов положений, которые будут подготовлены секретариатом с учетом вышеизложенных мнений.

VI. КОЛЛИЗИЯ НОРМ ПРАВА И ЮРИСДИКЦИЯ

84. На рассмотрении Рабочей группы находилась записка секретариата с анализом вопросов коллизии норм права и юрисдикции как возможных дополнительных проблем, которые следует урегулировать в рамках унифицированного закона (A/CN.9/WG.II/WP.71).

А. Предварительное обсуждение целесообразности включения в унифицированный закон положений о коллизии норм права и юрисдикции

85. Было высказано мнение о нецелесообразности рассмотрения вопроса включения положений о коллизии норм права и юрисдикции в унифицированный закон, который посвящен материально-правовым аспектам. Подобные положения будут особенно неуместны в случае принятия унифицированного закона в форме конвенции, поскольку такая конвенция будет устанавливать критерии своего собственного применения. Лишь отдельная конвенция по вопросу права, применимого к международным гарантийным письмам, позволит достаточно подробно урегулировать многие сложные вопросы, касающиеся, например, условий оговорок о выборе права и четкого определения сферы действия применимого права. Ввиду сложности и неоднозначности данного вопроса соответствующие положения могут быть разработаны лишь в рамках иного форума (например, другой рабочей группы ЮНСИТРАЛ) или специализированной организацией, такой, как Гаагская конференция по международному частному праву. Еще одна причина, приведенная в качестве возражения против включения положений о коллизии норм права и юрисдикции в унифицированный закон, заключалась в отсутствии необходимости в таких положениях ввиду того факта, что вопросы коллизии норм права или юрисдикции редко вызывают проблемы на практике, о чем свидетельствует незначительное число соответствующих судебных решений.

86. В ответ было указано, что рассмотрение возможности включения в унифицированный закон положений о коллизии норм права и юрисдикции представляется целесообразным. Между этими вопросами и рассмотренными выше материально-правовыми аспектами, включая возможные судебные меры, существует внутренняя связь. Кроме того, ввиду предпринимаемых в настоящее время разнообразных попыток добиться унификации в области гарантий и аккредитивов определенное значение имеет фактор времени. Представляется целесообразным по крайней мере обсудить вопросы, поднятые в записке секретариата, с тем чтобы определить проблемы и рассмотреть возможные решения. После такого обсуждения, получив всю необходимую информацию, можно принять решение о том, должен ли унифицированный закон содержать какие-либо положения о

коллизии норм права и юрисдикции, или же следует, например, рекомендовать передать эти вопросы на рассмотрение Гаагской конференции по международному частному праву. Было высказано мнение о том, что в соответствии с подходом, использованным в Женевских конвенциях о переводных и простых векселях, может быть подготовлена отдельная конвенция о коллизии норм права в дополнение к разрабатываемому в настоящее время основному типовому закону, и что эта задача вполне может быть выполнена самой ЮНСИТРАЛ на основе определенных форм сотрудничества с Гаагской конференцией международного частного права.

87. После обсуждения Рабочая группа постановила обсудить вопросы, связанные с коллизией норм права и юрисдикцией, рассчитывая, что такое обсуждение, которое будет плодотворным само по себе, окажется полезным при решении Рабочей группой впоследствии вопроса о любом дальнейшем направлении деятельности в отношении урегулирования этих проблем.

В. Взаимоотношения, регламентируемые возможными положениями о коллизии норм права

88. Рабочая группа рассмотрела вопрос о том, какие взаимоотношения должны регулироваться положениями о коллизии норм права в случае принятия впоследствии решения о включении таких норм в унифицированный закон. Рабочая группа согласилась с предложением, содержащимся в вышеупомянутой записке секретариата (там же, пункт 10), о том, что основное внимание следует уделить взаимоотношениям между гарантом и бенефициаром, которые включали бы взаимоотношения между любым гарантом (например, косвенным гарантом, встречным гарантом, подтверждающим гарантом) и его бенефициаром.

89. В ответ на вопрос, поднятый в пункте 11 записки секретариата, Рабочая группа приняла решение отказаться от рассмотрения любых других взаимоотношений, кроме отношений между гарантом и его бенефициаром.

С. Определение применимого права

90. Рабочая группа подтвердила решение, принятое ею на двенадцатой сессии (A/CN.9/316, пункт 164), о том, что любые возможные положения о коллизии норм права должны содержать два элемента: признание автономии сторон в отношении выбора применимого права и определение применимого права в случае, если стороны не достигнут согласия.

1. Свобода сторон выбирать применимое право

91. Рабочая группа рассмотрела вопрос о том, должна ли свобода сторон определять применимое право иметь неограниченный характер или же выбранное сторонами применимое право должно иметь определенную связь с операциями по гарантийному письму. Хотя некоторые поддержали предложение требовать от сторон обеспечения определенной связи применимого права с гарантийной сделкой или запрещать неразумный выбор, общее мнение заключалось в том, что свобода сторон должна иметь неограниченный характер, поскольку любой вид ограничений приведет к нежелательной неопределенности и поскольку существует практическая необходимость разрешить сторонам выбирать право, которое никоим образом не связано с конкретной сделкой, например, поскольку оно считается нейтральным или особенно хорошо разработанным.

92. В соответствии с предложением, изложенным в пунктах 18-21 записки секретариата, Рабочая группа рассмотрела форму и методы выбора права сторонами. Было отмечено, что в связи с этими вопросами необходимо учитывать признаки гарантийного письма, включая его независимый и формальный характер, и тот факт, что выбор права, по крайней мере с практической точки зрения, не всегда производится на основе подлинного согласия обеих сторон.

93. Хотя было высказано предложение учитывать лишь прямо выраженный выбор права, общее мнение заключалось в том, что подобное требование было бы слишком жестким. Были высказаны различные предложения в отношении того, какие виды косвенных методов выбора права должны быть допустимы. Одно из предложений заключалось в использовании формулировки статьи 3(1) Конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам (Рим, 1980 год): "Выбор должен быть выражен или определенно вытекать из условий контракта или обстоятельств дела". К другим предложениям, высказанным в связи с вышеупомянутыми признаками гарантийного письма, относились, в частности, следующие: использовать формулировку Римской конвенции 1980 года, но без слов "или обстоятельств дела"; использовать формулировку статьи 2 Гаагской конвенции 1955 года о законе, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, в которой указывается, что выбор "должен быть прямо выражен или же недвусмысленно вытекать из положений договора"; предусмотреть, что выбор права "может вытекать из условий гарантийного письма".

94. Рассмотрев вопрос, поднятый в пункте 21 записки секретариата, Рабочая группа пришла к выводу о несомненном отсутствии необходимости включения в унифицированный закон указания на то, что ни одно положение о выборе права, регулирующего другие взаимоотношения, не имеет отношения к вопросу о праве, применимом к взаимоотношениям между гарантом и бенефициаром.

2. Определение применимого права в отсутствие выбора сторон

95. Что касается возможного содержания положения, определяющего применимое право в отсутствие выбора сторон, то было отмечено, что в большинстве правовых систем, как правило, применяется право страны гаранта. Рабочая группа приняла это правило в качестве базовой нормы с оговоркой в отношении тех случаев, когда гарант (или встречный гарант) имеет более одного коммерческого предприятия, как указано в пункте 27 записки секретариата.

96. На основе обсуждения этого вопроса в пунктах 28-35 данной записки Рабочая группа рассмотрела вопрос о том, можно ли доработать вышеупомянутую базовую норму в отношении тех случаев, когда в дополнение к одному гаранту в гарантийной сделке участвует еще один банк в роли другого гаранта или авизирующего банка или посредника в платежах. Главный из рассмотренных вопросов заключался в том, должны ли в таких случаях в отсутствие положения о выборе права обязательства различных участвующих банков регулироваться единым правом.

97. Первым был рассмотрен случай косвенной гарантии, встречно гарантированной предписывающей стороной. Было высказано мнение о целесообразности применения в интересах последовательности и определенности в обоих гарантийных письмах единого права, которым, согласно одному из предложений, должно быть право встречного гаранта как последнего звена в цепи участников гарантии или, согласно другому предложению, право другого гаранта как лица, от которого конечный бенефициар будет требовать совершения платежа. Однако общее мнение заключалось в том, что, с учетом возможных различий, отдавать в законе приоритет тому или иному праву или навязывать одному из гарантов право другого представляется нецелесообразным и неоправданным. Подобное императивное определение применимого права подрывает независимый характер двух или, возможно, более отдельных операций, тогда как в случае желания сторон обеспечить применение единого права, регулирующего обязательства по гарантиям, они могут достичь этого, используя соответствующие положения о выборе права.

98. Следующим был рассмотрен случай гарантийного письма, подтвержденного банком в другой стране. Было отмечено, что в этой ситуации, которая в отношении банковских гарантий встречается реже, чем в отношении резервных аккредитивов, бенефициар может требовать платежа от подтверждающего гаранта или гаранта-эмитента, в отличие от случая встречной гарантии, когда конечный бенефициар не может требовать платежа от встречного гаранта. Признавая эту особенность случая подтверждения, Рабочая группа в то же время решила, что унифицированный закон не должен навязывать гаранту-эмитенту и подтверждающему гаранту единого права.

99. Следующим был рассмотрен случай с участием авизирующего банка. Было отмечено, что на практике виды участия сильно различаются: от выполнения простой функции уведомления или передачи документов до выполнения банком более широких функций, таких, как изучение требования и осуществление платежа от имени гаранта. Рабочая группа пришла к выводу о том, что даже в случае возложения на банк таких более широких функций необходимо придерживаться вышеупомянутой базовой нормы о выборе права местонахождения коммерческого предприятия гаранта (или встречного гаранта). В этой связи было указано, что "место платежа" не является надлежащим связующим фактором, поскольку оно представляет собой неопределенную правовую концепцию и может привести к возникновению практических трудностей, в особенности если в гарантийном письме отсутствует четкое указание места платежа. Что касается функции изучения требований, то было высказано предложение изучить возможные методы обеспечения применения местных стандартов изучения.

100. Наконец, Рабочая группа рассмотрела вопрос о том, следует ли обеспечивать применение единого права для регулирования всего социально-экономического комплекса контрактов в связи с гарантийными операциями, в том числе не только различные взаимоотношения между гарантом и бенефициаром, но и взаимоотношения между принципалом и гарантом-эмитентом и между принципалом и бенефициаром. Рабочая группа приняла решение не навязывать выбор единого права для регулирования такого глобального комплекса договорных взаимоотношений.

101. В этой связи было высказано предложение обеспечить, чтобы любое будущее положение о коллизии норм права в унифицированном законе обладало определенной гибкостью, как это сделано в статье 4(5) Римской конвенции 1980 года о праве, применимом к договорным обязательствам, согласно которой презумпция в пользу места коммерческого предприятия той стороны, которая должна обеспечить исполнение определенного обязательства, следует игнорировать, если обстоятельства в их совокупности свидетельствуют о том, что договор более тесно связан с другой страной. В ответ было указано, что помимо того, что подобная оговорка является частью

сложного механизма презумпции, ее использование в гарантийных письмах было бы нецелесообразным ввиду их признаков, а именно независимого и формального характера, а также способа выдачи. Было выражено понимание того, что государству, являющемуся участником Римской конвенции 1980 года, будет трудно согласиться на другое положение о коллизии норм права и что этот момент может определить его позицию по общему вопросу о необходимости включения в унифицированный закон вообще каких бы то ни было положений о коллизии норм права. Участники согласились также в том, что Римская конвенция 1980 года регулирует главным образом договорные обязательства и, как свидетельствует исключение из сферы ее применения векселей, может не вполне подходить для учета специфики гарантийных писем; что в рамках этой Конвенции существует механизм внесения последующих изменений и что прежде всего универсальный состав Рабочей группы обуславливает необходимость должного учета интересов государств, не являющихся участниками этой Конвенции. Было выражено беспокойство в связи с тем, что, если будет продолжено обсуждение права одного из регионов, другие страны, возможно, пожелают обсудить другие региональные двусторонние или многосторонние конвенции или ограничения.

3. Сфера действия применимого права

102. Рабочая группа приняла к сведению анализ сферы действия применимого права, содержащийся в пунктах 36-41 записки секретариата. Группа отметила, что упоминаемые в записке вопросы представляют собой примеры типа вопросов, которые должны регулироваться правом, определенным в соответствии с возможным положением о коллизии норм права в унифицированном законе, и что они предназначены прежде всего для оказания Рабочей группе помощи в выработке надлежащей формулировки положения, определяющего сферу действия применимого права.

103. Что касается такой возможной формулировки будущего положения, то Рабочая группа отдала предпочтение подходу, изложенному в пункте 43 записки секретариата, т.е. ссылке на "права и обязательства, вытекающие из гарантийного письма" с возможными исключениями для вопросов, не входящих в сферу действия применимого права, и с учетом возможных разъяснений относительно включения вопросов, которые, по мнению некоторых, могут не входить в сферу действия применимого права. Были высказаны различные предложения в отношении редакции этого положения, включая следующее: в дополнение к "правам и обязательствам" добавить также "возражения" и расширить понятие "вытекающие из гарантийного письма", включив в него такую формулировку, как "или связанные с ним".

D. Юрисдикция

104. Рабочая группа напомнила о своем предварительном обсуждении вопроса о целесообразности включения в унифицированный закон положений о коллизии норм права и юрисдикции (см. выше, пункты 85-87). В отношении возможных положений о юрисдикции были высказаны следующие дополнительные замечания.

105. Было высказано мнение, что проблема юрисдикции суда относится к числу особенно сложных и запутанных и что в полной мере учесть всю сложность этого вопроса можно лишь путем разработки очень подробного документа. В многосторонних договорах (например, в Брюссельской конвенции 1968 года и Луганской конвенции 1988 года о юрисдикции и обеспечении исполнения судебных решений по гражданским и коммерческим делам) уже разработаны удовлетворительные и подробные механизмы регулирования этой проблемы. Кроме того, вопрос судебной юрисдикции до сих пор не рассматривался в конвенциях, посвященных другим проблемам. Было также отмечено, что, хотя Гаагская конференция по международному частному праву специализируется в этой области, она, по сути, ограничилась в рамках своей деятельности по унификации косвенным рассмотрением такого вопроса, как признание судебных решений.

106. В ответ было указано на то, что проблема юрисдикции имеет существенное практическое значение и что ее рассмотрение в конкретном контексте гарантийных писем будет полезным, например, при решении вопроса о законной силе положения об арбитраже или суде в гарантийном письме, которое, как правило, не подписывается бенефициаром. Что касается существования многосторонних договоров по этому вопросу, то было указано, что это не должно препятствовать включению положений о юрисдикции в унифицированный закон для учета интересов тех государств, которые не подписали эти договоры. Интересы тех государств, которые подписали эти договоры, вполне могут быть учтены путем включения в унифицированный закон положений об оговорках, если данный закон будет приниматься в виде конвенции. Далее было указано на существование ряда конвенций - особенно в области перевозок, - которые содержат положения о юрисдикции и арбитраже.

107. Не принимая решения по вопросу о включении в унифицированный закон положений о юрисдикции, Рабочая группа обменялась мнениями по вопросам, рассмотренным в записке секретариата. Рабочая группа пришла к выводу о том, что, как рассматривается в пунктах 46-50 данной записки, необходимо разрешить включение положений об арбитраже или суде. Одно из

предложений заключалось в четком указании того, что нет необходимости включать положение о таком выборе в собственно гарантийное письмо и что подобное положение всегда можно зафиксировать в отдельном соглашении. Другое предложение заключалось в том, чтобы разрешить сторонам уполномочивать арбитров рассматривать их спор в соответствии с нормами права, такими, как международно признанный унифицированный закон или международные обычаи, или унифицированные правила.

108. Что касается вопроса определения юрисдикции в отсутствие выбора сторон, рассмотренного в пунктах 51-55 записки секретариата, то были высказаны серьезные оговорки против того, чтобы предусматривать исключительную юрисдикцию суда. В ответ было указано на то, что положение об исключительной юрисдикции судов в стране гаранта имело бы определенные преимущества, поскольку суды могли бы руководствоваться нормами собственного национального права, которые хорошо им известны, согласно вышеизложенной базовой норме о применимом праве (см. пункт 95), и что это обеспечивает возможность принудительного исполнения любого решения в отношении гаранта как наиболее вероятного ответчика.

109. Наконец, Рабочая группа рассмотрела предложение, изложенное в пунктах 56-58 записки секретариата, о том, что любое положение о юрисдикции может быть расширено для охвата принципала как наиболее вероятного истца. Было высказано мнение, что такое расширение представляется нецелесообразным, поскольку ни в материально-правовых положениях, ни в любых возможных положениях о коллизии норм права в унифицированном законе не рассматриваются взаимоотношения между принципалом и гарантом. Согласно другой точке зрения, поскольку в будущем унифицированном законе могут регулироваться определенные вопросы, касающиеся принципала и, возможно, судебных запретов по инициативе принципала, может оказаться необходимым обеспечить тем или иным способом, чтобы все принципалы, включая иностранных, имели возможность обратиться в суд, который будет обладать юрисдикцией в соответствии с унифицированным законом.

110. Рабочая группа постановила вернуться к рассмотрению вопроса о целесообразности включения в унифицированный закон положений о юрисдикции. В этих целях она просила секретариат подготовить предварительный проект положений с учетом вышеизложенного хода обсуждений и обсудить с Гаагской конференцией по международному частному праву возможные методы сотрудничества в этой области.