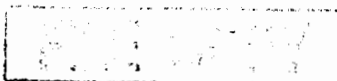


ОБЪЕДИНЕННЫЕ НАЦИИ

ГЕНЕРАЛЬНАЯ
АССАМБЛЕЯ



Distr.
GENERAL

A/CN.9/388
23 December 1993

RUSSIAN
Original: ENGLISH

КОМИССИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ
ПО ПРАВУ МЕЖДУНАРОДНОЙ ТОРГОВЛИ
Двадцать седьмая сессия
Нью-Йорк, 31 мая - 17 июня 1994 года

ДОКЛАД РАБОЧЕЙ ГРУППЫ ПО МЕЖДУНАРОДНОЙ ДОГОВОРНОЙ ПРАКТИКЕ
О РАБОТЕ ЕЕ ДВАДЦАТОЙ СЕССИИ

(Вена, 22 ноября - 3 декабря 1993 года)

СОДЕРЖАНИЕ

	<u>Пункты</u>	<u>Стр.</u>
ВВЕДЕНИЕ	1-11	3
I. ОБСУЖДЕНИЯ И РЕШЕНИЯ	12-13	4
II. РАССМОТРЕНИЕ СТАТЕЙ ПРОЕКТА КОНВЕНЦИИ О МЕЖДУНАРОДНЫХ ГАРАНТИЙНЫХ ПИСЬМАХ	14-112	5
ГЛАВА IV. ПРАВА, ОБЯЗАТЕЛЬСТВА И ВОЗРАЖЕНИЯ	14-37	5
(продолжение)		
Статья 18. Альтернативная просьба о продлении или платеже	14	5
Статья 19. Необоснованное требование	15-30	5
Статья 20. Зачет	31-37	9
ГЛАВА V. ВРЕМЕННЫЕ СУДЕБНЫЕ МЕРЫ	38-73	11
Статья 21. Предварительный судебный запрет [в отношении эмитента или бенефициара]	38-73	11
ГЛАВА VI. ЮРИСДИКЦИЯ	74-84	22
Статья 24. Выбор суда или арбитража	74-84	22
Статья 25. Определение юрисдикции суда	74-84	22
ГЛАВА VII. КОЛЛИЗИЯ НОРМ ПРАВА	85-89	25
Статья 26. Выбор применимого права	85-89	25
Статья 27. Определение применимого права	85-89	25

	<u>Пункты</u>	<u>Стр.</u>
ГЛАВА I. СФЕРА ПРИМЕНЕНИЯ	90-112	27
Статья 1. Сфера применения	90-106	27
Статья 2. Гарантийное письмо	107-112	32
БУДУЩАЯ РАБОТА	113	33

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 занималась Международная торговая палата (МТП), и обсуждению вопроса о целесообразности и возможности проведения в будущем какой-либо работы, касающейся достижения большей степени унификации на законодательном уровне в отношении гарантий и резервных аккредитивов (A/CN.9/316). Рабочая группа рекомендовала начать работу по подготовке унифицированного закона либо в форме типового закона, либо в форме конвенции. На своей двадцать второй сессии Комиссия одобрила рекомендацию Рабочей группы о проведении работы по подготовке проекта унифицированного закона и возложила эту задачу на Рабочую группу 2/.
2. На своей тринадцатой сессии (A/CN.9/330) Рабочая группа начала свою работу с рассмотрения возможного круга вопросов унифицированного закона, которые обсуждались в записке секретариата (A/CN.9/WG.II/WR.65). Эти вопросы касались основной сферы применения унифицированного закона, автономии сторон и ее пределов, а также возможных правил толкования. Рабочая группа провела также предварительный обмен мнениями по вопросам, касающимся формы и момента выставления гарантийного документа или резервного аккредитива.
3. На своей четырнадцатой сессии (A/CN.9/342) Рабочая группа рассмотрела подготовленный секретариатом проект статей 1-7 унифицированного закона (A/CN.9/WG.II/WR.67). Рабочая группа рассмотрела также вопросы, которые обсуждались в записке секретариата относительно внесения поправок, передачи прав, истечения срока действия и обязательств гаранта (A/CN.9/WG.II/WR.68).
4. На своей пятнадцатой сессии (A/CN.9/345) Рабочая группа рассмотрела некоторые вопросы, касающиеся обязательств гаранта. Эти вопросы обсуждались в записке секретариата относительно внесения поправок, передачи прав, истечения срока действия и обязательств гаранта (A/CN.9/WG.II/WR.68). Затем Рабочая группа рассмотрела вопросы, которые обсуждались в записке секретариата относительно обмана и других возражений против платежа, судебных запретов и других судебных мер (A/CN.9/WG.II/WR.70), а также вопросы, которые обсуждались в записке секретариата относительно коллизии норм права и юрисдикции (A/CN.9/WG.II/WR.71).
5. На своей шестнадцатой сессии (A/CN.9/358) Рабочая группа рассмотрела проект статей 1-13 и на своей семнадцатой сессии (A/CN.9/361) проект статей 14-27 унифицированного закона, которые были подготовлены секретариатом (A/CN.9/WG.II/WR.73 и Add.1). На восемнадцатой и девятнадцатой сессиях (A/CN.9/372 и 374) Рабочая группа рассмотрела пересмотренные проекты статей (содержащиеся в документах A/CN.9/WG.II/WR.76 и Add.1), которые, как было предварительно решено Рабочей группой на ее шестнадцатой сессии, должны быть представлены в форме проекта конвенции (A/CN.9/361, пункт 147).

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.

6. Рабочая группа, в состав которой входят все государства-члены Комиссии, провела свою двадцатую сессию в Вене, 22 ноября - 3 декабря 1993 года. На сессии присутствовали представители следующих государств - членов Рабочей группы: Австрии, Венгрии, Германии, Египта, Индии, Ирана (Исламская Республика), Испании, Канады, Китая, Коста-Рики, Марокко, Мексики, Нигерии, Польши, Российской Федерации, Саудовской Аравии, Словакии, Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии, Соединенных Штатов Америки, Таиланда, Уругвая, Франции и Японии.

7. На сессии присутствовали наблюдатели от следующих государств: Австралии, Армении, Боливии, Индонезии, Мьянмы, Никарагуа, Объединенных Арабских Эмиратов, Румынии, Турции, Украины, Финляндии, Чешской Республики, Швейцарии и Швеции.

8. В работе сессии приняли участие наблюдатели от следующих международных организаций: Организации Объединенных Наций по промышленному развитию (ЮНИДО), Гаагской конференции по международному частному праву.

9. Рабочая группа избрала следующих должностных лиц:

Председатель: г-н Ж. Готье (Канада)
Докладчик: г-н В. Тувайанонд (Таиланд).

10. На рассмотрении Рабочей группы были представлены следующие документы: предварительная повестка дня (A/CN.9/WG.II/ WP.79), записка секретариата, содержащая статьи 12-27 проекта конвенции (A/CN.9/WG.II/ WP.76/Add.1), а также пересмотренный проект статей 1-17 (A/CN.9/WG.II/ WP.80), подготовленный секретариатом после девятнадцатой сессии.

11. Рабочая группа утвердила следующую повестку дня:

1. Выборы должностных лиц
2. Утверждение повестки дня
3. Подготовка проекта конвенции о независимых гарантиях и резервных аккредитивах
4. Другие вопросы
5. Утверждение доклада.

I. ОБСУЖДЕНИЯ И РЕШЕНИЯ

12. Рабочая группа обсудила подготовленные секретариатом проекты статей 18-27, изложенные в документе A/CN.9/WG.II/ WP.76/Add.1, и проекты статей 1 и 2(1), изложенные в документе A/CN.9/WG.II/ WP.80, уделив особое внимание вопросу о том, является ли та или иная норма уместной как для независимых гарантий, так и для резервных аккредитивов или только для одного из этих двух видов обязательств.

13. Ход обсуждений и заключения Рабочей группы, касающиеся проектов статей 18-27, а также 1 и 2(1) проекта конвенции, излагаются в главе II. Секретариату было предложено подготовить на основе этих заключений пересмотренный проект статей 18-27, 1 и 2(1).

II. РАССМОТРЕНИЕ СТАТЕЙ ПРОЕКТА КОНВЕНЦИИ О МЕЖДУНАРОДНЫХ
ГАРАНТИЙНЫХ ПИСЬМАХ

ГЛАВА IV. ПРАВА, ОБЯЗАТЕЛЬСТВА И ВОЗРАЖЕНИЯ
(продолжение)

Статья 18. Альтернативная просьба о продлении или платеже

14. Присутствующим напомнили, что на семнадцатой сессии было высказано предположение о том, что процедура представления просьб о продлении или платеже не соответствует практике резервных аккредитивов и поэтому не должна применяться к гарантийным письмам, выданным в этой форме. Рабочая группа отметила, что исключение статьи 18 приведет к такому же результату, т.е. процедура представления просьб о продлении или платеже будет применяться только к гарантиям по требованию. Это произойдет в силу того, что резервные аккредитивы регулируются Унифицированными правилами и обычаями для документарных аккредитивов (УПО), в которых не рассматривается процедура представления просьб о продлении или платеже, а гарантии по требованию будут, вероятно, включать Унифицированные правила для гарантий по требованию (УПГТ), в статье 26 которых содержатся правила, в целом сопоставимые с теми, которые предлагаются в варианте А. Соответственно Рабочая группа постановила исключить статью 18.

Статья 19. Необоснованное требование

Вводная часть

15. На рассмотрении Рабочей группы находились два варианта вступительной формулировки статьи 19. В варианте А дублировались некоторые элементы, уже включенные в статью 17(2), а именно обязанность эмитента отклонить требование в качестве необоснованного и положение о том, что необоснованный характер требования должен быть известен эмитенту или являться для него явным и очевидным. По широко распространенному мнению, такое дублирование создает сложности и не является необходимым. Рабочая группа в целом согласилась с нынешней структурой текста, предусматривающего определение в статье 19 необоснованного требования и указание в статье 17(2) правовых последствий необоснованности требования. Рабочая группа согласилась с тем толкованием, что ссылка в статье 17(2) на статью 19 является ссылкой лишь на определение необоснованного требования и, согласно преследуемой цели, не относится к упоминанию в варианте А о проявлениях необоснованности. Рабочая группа отдала предпочтение варианту В по причине ясности и простоты его формулировки и из-за того, что он не дублирует, полностью или частично, статью 17(2).

16. Отмечалось, что вопрос о применении статьи 19 в отношении любого обязательства эмитента воздерживаться от платежа можно будет обсуждать лишь после рассмотрения Рабочей группой статьи 17(2). Было также указано, что в тех случаях, когда такая обязанность предусматривается, для резервных аккредитивов должно быть сделано исключение.

Подпункт (а)

17. Был проведен обмен мнениями о заключенном в квадратные скобки требовании о том, что бенефициару должно быть известно, что какой-либо документ является поддельным, с тем чтобы такая подделка обусловила необоснованность требования. Одна из точек зрения состояла в том, что подпункт (а) следует изложить в более объективной формулировке, что может быть сделано с помощью исключения ссылки на осведомленность бенефициара. Было указано, что поскольку

поддельный характер документа должен быть объективно устанавливаемым - или "несомненно очевидным" для "разумного лица" - и определение того, является ли документ, представленный в обосновании платежного требования, поддельным, будет обычно осуществляться эмитентом гарантийного письма, необходимости в какой-либо оценке того, что известно или должно быть известно бенефициару, не имеется. В силу этого было предложено изменить формулировку этого подпункта следующим образом: "несомненно очевидно, что документ является поддельным". Рабочая группа, хотя она и не пришла к окончательному мнению относительно предложения об исключении ссылки на осведомленность бенефициара, приняла решение не включать формулировку, касающуюся требуемой степени доказательства. Как это отмечалось при обсуждении вступительной формулировки, было принято решение о том, что этот вопрос должен быть урегулирован отдельно в статье 17.

18. Что касается использования слов "какой-либо документ является поддельным", то была высказана точка зрения о том, что понятие поддельности может в некоторых правовых системах толковаться как имеющее скорее технический смысл, что приведет к квалификации требования в качестве необоснованного, даже если соответствующая подделка не носит существенного значения, поскольку она не изменяет коммерческую сбалансированность сделки, и, возможно, даже была осуществлена без ведома бенефициара. Например, указывалось, что согласно прецедентному праву ряда стран, наличие поддельной даты на коносаменте, представленном в обоснование платежного требования по гарантийному письму, если бенефициару не известно об этой подделке, необязательно повлияет на действительность такого требования. В силу этого было предложено добавить в это положение формулировку приблизительно следующего содержания: "или составлен иным обманным образом", - особенно, если будет исключена ссылка на осведомленность бенефициара. Присутствующим, однако, напомнили о том, что Рабочая группа ранее постановила избегать использования таких терминов, как "обман" или "злоупотребление". В качестве альтернативы было предложено включить ссылку на "существенную" подделку. Господствовавшее мнение заключалось, однако, в том, что используемую в настоящее время ссылку на поддельный характер следует сохранить при условии исключения ссылки на осведомленность бенефициара.

Подпункт (b)

19. Был обсужден вопрос о целесообразности сохранения подпункта (b). В поддержку исключения этого подпункта было указано, что рассматриваемую в подпункте (b) ситуацию можно охарактеризовать как перечисление частных случаев более общей ситуации, охваченной подпунктом (c). В этой связи было высказано мнение о том, что сфера действия этого пункта вызывает сомнения, поскольку Рабочая группа уже приняла решение о том, что гарантии по простому требованию следует охватить проектом Конвенции, что снимает необходимость в заключенных в квадратные скобки словах ("на основаниях, указанных в требованиях и вспомогательных документах"). В поддержку сохранения этого подпункта было заявлено, что, хотя, возможно, подпункты (b) и (c) частично дублируют друг друга, подпункт (b) является необходимым для урегулирования конкретной ситуации, когда основания требования ограничиваются в тексте самого гарантийного письма, например, в случае, когда на неисполнение какого-либо конкретного обязательства потребуется указать для того, чтобы получить платеж по гарантии исполнения. В качестве примера был приведен случай, когда между документами, представленными вместе с платежным требованием, имеется несоответствие в содержании. Было указано, что в случае, когда в подобной ситуации бенефициаром будет представлено требование, по всей видимости соответствующее условиям гарантийного письма, и эмитенту будет известно, что обеспеченное обязательство удовлетворительно исполнено, подпункт (b) будет

необходимым для того, чтобы четко установить, что эмитент не несет обязательства проводить выходящее за пределы утверждения бенефициара исследования вопроса о том, существуют ли другие возможные основания для требования, как это может быть ошибочно выведено из прочтения подпункта (с). В ответ было указано, что банки не в состоянии установить определенные факты, как это предусмотрено в подпункте (b), в то время как суды могут это сделать, и что поэтому такой обязанности не может существовать. Возобладало мнение о том, что подпункт (b) следует сохранить.

20. Что касается содержания подпункта (b), то было отмечено, что осведомленность бенефициара является предварительным условием применимости подпункта (b). По тем же причинам, по которым аналогичная формулировка была исключена из подпункта (a), было предложено исключить вступительные слова ("бенефициару известно или не может быть не известно"). В ответ была высказана обеспокоенность в связи с тем, что требование об осведомленности со стороны бенефициара является необходимым для защиты действующего добросовестно бенефициара, который представляет платежное требование, не зная о том, что платежа в действительности не причитается. Было указано, что такая защитная мера в отношении добросовестного бенефициара предусматривается прецедентным правом ряда стран и является одним из факторов, обеспечивающих определенность и надежность документа. Господствовавшее мнение заключалось в том, что независимо от того, известно ли бенефициару о махинациях, приведших к представлению требования в случае, когда платежа в действительности не причитается, в проекте конвенции не следует разрешать производить платеж в подобной ситуации.

21. После обсуждения Рабочая группа приняла решение о приблизительно следующей редакции подпункта (b): "платежа не причитается на основаниях, указанных в требованиях и вспомогательных документах".

Подпункт (с)

22. Рабочая группа сочла существенные положения подпункта (с) в целом приемлемыми.

Пункт 2

23. Было отмечено, что цель пункта 2 состоит в том, чтобы охарактеризовать ряд типичных случаев, при которых становится очевидным, что для требования не имеется возможных оснований. На рассмотрении Рабочей группы находились два варианта, отражающие предложения, внесенные на семнадцатой сессии. Вариант X включал общую формулу определения отсутствия возможных оснований через указание ряда случаев, когда необоснованность требования является в целом явной и не вызывает сомнений. Вариант Y включал неисчерпывающий перечень конкретных ситуаций, возникающих в случае использования различных видов документов.

24. По вопросу о целесообразности сохранения пункта 2 были высказаны различные мнения. Одно из замечаний общего характера состояло в том, что определения необоснованного требования, изложенного в пункте 1, вполне достаточно и что трудности, связанные с установлением не вызывающих сомнений случаев, при которых становится очевидно, что требование не имеет возможных оснований, ослабят воздействие пункта 2. В этой связи был внесен ряд предложений. Одно из них состояло в том, что содержание вариантов X и Y следует отразить в комментарии, что позволит исключить пункт 2. Другое предложение заключалось в том, что варианты X и Y могут быть исключены, а вопрос о мошенничестве и другие проблемы, возникающие в связи с основной

сделкой, могут быть рассмотрены в других положениях Конвенции, причем основное внимание следует уделить роли судов, а не обязанности эмитента. Еще одно предложение заключалось в том, что варианты X и Y можно исключить при том условии, что в пункт 1(c) будет добавлена ссылка на основную сделку приблизительно следующего содержания: "с должным учетом основных обязательств". В этой связи было отмечено, что предложенное добавление к пункту 1(c) может вызвать неопределенность относительно той степени, в которой основная сделка должна учитываться при определении необоснованности требования.

25. Возобладало, однако, мнение о том, что пункт 2 следует сохранить, поскольку он выполняет полезные руководящие функции для определения того, когда для требования не имеется возможных оснований.

26. В связи с двумя вариантами пункта 2 были высказаны различные мнения. Определенная поддержка была выражена варианту Y на том основании, что он содержит перечень различных случаев, которые могут возникнуть в связи с различными видами гарантийных писем, и мог бы послужить в качестве руководства. Была высказана поддержка также и объединению вариантов X и Y. В этой связи было отмечено, что варианты X и Y взаимно не исключают друг друга, поскольку в вариант X включены общие правила, а в вариант Y - перечень различных ситуаций. Другое замечание состояло в том, что пункт 2 должен охватывать только наиболее очевидные случаи, при которых для требования не имеется возможных оснований, и он должен быть сформулирован таким образом, чтобы быть применимым в контексте судебного разбирательства. Наиболее широкая поддержка была выражена, однако, в отношении варианта X на том основании, что он является более простым и четким. Было отмечено, что в варианте X не содержится исчерпывающего перечня общих ситуаций, при которых для требования не имеется возможных оснований.

27. Что касается содержания варианта X, то один из моментов, вызвавших озабоченность, был связан с тем, что подпункт (b) создает опасность того, что эмитенту придется решать такие выходящие за рамки компетенции эмитента вопросы, как обладает ли соответствующий суд юрисдикцией или какова юридическая сила арбитражного решения. Другой вызвавший беспокойство момент заключался в том, что подпункт (b), в котором предусматривается, что требование не будет считаться имеющим возможные основания, если основное обязательство было объявлено недействительным судом или арбитражем, носит чрезмерно широкий характер, поскольку на практике могут возникать случаи, когда гарантийное письмо выдается именно для покрытия такого рода непредвиденного обстоятельства. Было высказано предложение о том, что эта проблема может быть решена, если будет предусмотрено, что подпункт (b) действует с учетом права сторон согласиться в гарантийном письме об ином. Аналогичное предложение состояло в том, чтобы обусловить действие всего пункта 2 автономией воли сторон. Была выражена обеспокоенность в связи с тем, что такое изменение позволит сторонам исключить даже наиболее серьезные случаи необоснованности требования, что будет противоречить публичному порядку. Поэтому Рабочая группа решила внести более ограниченное изменение, а именно включить в новый проект в квадратных скобках формулировку, указывающую, что стороны могут предусмотреть в гарантийном письме, что требование не будет необоснованным в случае, если по меньшей мере одна из целей гарантийного письма состояла в том, чтобы покрыть риск объявления основной сделки недействительной судом или арбитражем.

28. Еще один момент, вызвавший обеспокоенность, был связан с тем, что вариант X не охватывает случаи, когда понесенные убытки явно несоразмерны с истребуемой по гарантийному письму суммой, причем соответствующая озабоченность уже высказывалась на семнадцатой сессии Рабочей группы. В этой

связи было предложено, что идея о явной непропорциональности должна быть охвачена либо в подпункте (с) варианта X, либо в отдельном новом подпункте (е) за счет добавления формулировки приблизительно следующего содержания: "истребуемая сумма явно несоразмерна с понесенным убытком". Это предложение не получило достаточной поддержки, в частности, поскольку эта ситуация не относится к случаям полного отсутствия оснований для представления требования и поскольку это предложение связано с проблемой, которая может быть решена за счет включения в гарантийное письмо механизма сокращения.

29. Было высказано мнение о том, что подпункт (d) является нечетким, в частности, поскольку эмитенту может быть трудно установить причины, в силу которых принципал не исполнил основное обязательство. В дополнение к этому было указано, что имеется целый ряд других видов действий или бездействия бенефициара помимо намеренного противоправного поведения, которые могут воспрепятствовать исполнению основного обязательства, что будет указывать на возможные основания для представления требования. Однако с предложением об исключении подпункта (d) Рабочая группа не согласилась.

30. После обсуждения Рабочая группа просила секретариат подготовить пересмотренный проект пункта 2 на основании варианта X с учетом поправок, согласованных для внесения в подпункт (b), с тем чтобы охватить случаи, при которых очевидно, что для требования не имеется возможных оснований.

Статья 20. Зачет

31. Присутствующим напомнили о том, что с учетом высказанного Рабочей группой понимания, что на основании общеправовых норм, регулирующих зачет, могут устанавливаться дополнительные ограничения (A/CN.9/361, пункты 97 и 98), вместо формулировки "путем зачета" в варианте A была использована формулировка "путем использования права зачета". В развитие этого понимания вариант B составлен просто в виде ограничения и согласно ему запрещается использовать любое право зачета, существующее на основании общеправовых норм, регулирующих зачет, в отношении требований, переуступленных принципалом. В целом предпочтение было отдано подходу, использованному в варианте A, который, как было указано, более четко отражает тот принцип, что зачет может использоваться в контексте гарантийных писем.

32. Что касается вступительной формулировки ("Если стороны не договорились об ином"), то было достигнуто общее согласие о том, что в контексте зачета необходимо сделать ссылку на принцип автономии воли сторон. Согласно общему мнению, принцип автономии воли сторон должен применяться ко всей этой статье, в том числе к устанавливаемому в конце варианта A исключению ("за исключением любого требования, переуступленного эмитенту принципалом"), поскольку от этого положения сторонам также следует разрешить отходить на основании соглашения. Что касается использования слова "стороны", то была высказана обеспокоенность в связи с тем, что простой ссылки на "стороны" может быть недостаточно для того, чтобы в случае, когда платеж осуществляется банком, не являющимся эмитентом, такой банк имел возможность использовать право зачета любого требования, которое он может иметь в отношении стороны, требующей платежа. Было предложено слово "стороны" заменить словами "сторона, производящая платеж по гарантийному письму, и бенефициар". Против предложенной формулировки были высказаны возражения на том основании, что отношения между бенефициаром и сторонами, которые не являются ни эмитентами, ни принципалами, не регулируются другими положениями проекта конвенции и что в целях обеспечения единообразия никакого иного порядка не следует закреплять в связи со статьей 20. Было отмечено, что, как и в других местах текста проекта конвенции, слово "стороны" будет заменено словами "гарант или эмитент и бенефициар" в соответствии с

решением, принятым на девятнадцатой сессии. Тем не менее отмечалось, что статья 9(3) касается стороны, осуществляющей платеж.

33. Что касается ссылки на право, регулирующее вопросы неплатежеспособности ("с учетом положений права, регулирующего вопросы неплатежеспособности"), то было высказано мнение, что необходимости в подобной ссылке не имеется. Было указано, что ссылка на право, регулирующее вопросы неплатежеспособности, может вызвать трудности в связи с определением применимого национального права, т.е. права страны гаранта, права страны бенефициара или права места платежа. Кроме того, эта ссылка может вызвать неопределенность в тех случаях, когда производство по делу о банкротстве осуществляется в нескольких странах. В этой связи было предложено установить в статье 20 правило о том, что согласно проекту конвенции может осуществляться зачет лишь ликвидных обязательств. Была также высказана точка зрения, заключающаяся в том, что вопрос о взаимодействии между проектом конвенции и правом, регулирующим вопросы неплатежеспособности, должен быть оставлен на решение на основании национального законодательства, особенно с учетом сложности правовых механизмов, касающихся порядка очередности в отношении обеспеченных сделок в случае банкротства. Кроме того, была поставлена под сомнение целесообразность выделения положений права, регулирующего вопросы неплатежеспособности, из всех специальных положений законодательства, которые могут регулировать те же вопросы, что и текст проекта конвенции. Хотя определенная поддержка была выражена сохранению в тексте варианта А ссылки на право, регулирующее вопросы неплатежеспособности, Рабочая группа после обсуждения постановила исключить эту ссылку.

34. Что касается существа нормы, закрепляемой в варианте А ("эмитент может исполнить свое платежное обязательство по гарантийному письму путем использования права зачета любого требования в отношении лица, требующего платежа"), то было выражено мнение, что в проекте конвенции следует дать определение концепции зачета. Было указано, что в праве ряда стран зачет ограничивается требованиями гаранта, возникающими из той же сделки, что и требования бенефициара, в то время как в праве других стран подобного ограничения не устанавливается. Рабочая группа подтвердила, однако, принятое на ее семнадцатой сессии решение о том, что этот вопрос должен быть оставлен на решение на основании общеправовых норм, регулирующих зачет в каждой стране (см. A/CN.9/361, пункт 98), и отметила, что цель слов "использование права зачета" состоит в том, чтобы сделать такую отсылку к национальному праву. В этой связи была высказана обеспокоенность, что статья 20 может быть неверно истолкована как попытка создать права зачета в том случае, когда подобных прав по национальному праву не существует. В силу этого было предложено прямо предусмотреть в статье 20, что устанавливаемая в ней норма применяется "с учетом общеправовых норм, регулирующих зачет". Было, однако, признано, что такая ссылка на "общеправовые" нормы, регулирующие зачет, с необходимой точностью не проясняет, что любой запрет зачета в вопросах, связанных с гарантийными письмами, должен отменяться на основании текста проекта конвенции.

35. Что касается слов "любого требования в отношении лица, требующего платежа", то была высказана обеспокоенность в связи с тем, что в случае, когда право на платеж было передано бенефициару, зачет требования в отношении предыдущего бенефициара осуществлен быть не может. Было сочтено, однако, что в проекте конвенции не следует устанавливать для цессионария более благоприятное юридическое положение, чем для предыдущего бенефициара, т.е. цедента. После обсуждения Рабочая группа постановила исключить слова "любого требования в отношении лица, требующего платежа".

Пункт 3 статьи 9 бис

36. Напомнив о принятом на девятнадцатой сессии решении рассмотреть вопрос о зачете в контексте переуступки поступлений после дополнительного рассмотрения статьи 20, Рабочая группа провела обсуждение пункта 3 статьи 9 бис. На рассмотрение Рабочей группы были представлены два варианта пункта 3 (A/CN.9/WG.II/WP.80). В варианте X право зачета прямо ограничивается требованиями в отношении бенефициара, что исключает любые возможные требования в отношении цессионария. В варианте Y содержится общее положение, в котором этот вопрос не регулируется.

37. Рабочая группа рассмотрела вопрос о целесообразности сохранения или исключения пункта 3. Доводы в пользу сохранения пункта 3 приводились на том основании, что этот пункт является полезным для прояснения обстоятельств, при которых может осуществляться право зачета. Противоположное мнение состояло в том, что пункт 3 следует исключить, поскольку он затрагивает общеправовые нормы, регулирующие зачет, а этот вопрос должен быть оставлен на решение на основании национального права, как это было согласовано при рассмотрении статьи 20. Хотя общее мнение склонялось к тому, чтобы исключить пункт 3, Рабочая группа отложила принятие решения до рассмотрения относительных преимуществ вариантов X и Y. Определенная поддержка была выражена варианту X на том основании, что он соответствует пункту 1 статьи 9 бис, который касается переуступки денежных сумм, а не требований. В то же время в отношении варианта X были высказаны критические замечания на том основании, что он неблагоприятно воздействует на права зачета, существующие в силу национального права. Вариант Y получил более широкую поддержку, поскольку он представлял собой положение более общего характера, без недостатков, присущих варианту X. После обсуждения Рабочая группа постановила, однако, исключить пункт 3.

ГЛАВА V. ВРЕМЕННЫЕ СУДЕБНЫЕ МЕРЫ

Статья 21. Предварительный судебный запрет [в отношении эмитента или бенефициара]

Общие замечания

38. Как и на семнадцатой сессии, мнения по вопросу о предварительных судебных запретах разделились (см. A/CN.9/361, пункты 102 и 103). Были высказаны определенные сомнения относительно включения в проект конвенции статьи 21, в частности, в связи с тем, что в этой статье излагаются процессуальные правила по вопросам, которые в различных государствах регулируются по-разному и которые, возможно, целесообразнее оставить на решение на основании местного права. Была высказана точка зрения, что если законодательные органы, на рассмотрение которых будет представлен проект конвенции, столкнутся с необходимостью перекраивать для одной конкретной области права, установленные нормы, регулирующие судебные запреты, то это окажет неблагоприятное воздействие на решение вопроса о приемлемости конвенции. Было указано также на то, что для некоторых государств предусматриваемое в проекте статьи освобождение от обязательства на основании судебного запрета будет являться новацией. С учетом вышесказанного было предложено исключить эту статью или по крайней мере адресовать ее только тем государствам, в которых судебные запреты являются признанной правовой мерой. В качестве возможной альтернативы предложению о полном исключении статьи 21 была высказана мысль, что в проект конвенции можно было бы, не предпринимая попытки установить какие-либо

процессуальные правила, включить широкий перечень принципов по аналогии с тем, как это было сделано в бывшей статье 23, которую Рабочая группа решила на своей семнадцатой сессии исключить (см. A/CN.9/361, пункты 119-121).

39. В пользу сохранения положения о судебных запретах было заявлено, что подобная норма является неотъемлемым элементом положений, касающихся мошенничества и злоупотреблений; было указано, что если не самая главная, то одна из самых главных задач подготовки проекта конвенции состоит в том, чтобы отыскать определенные решения в этой области, которая выходит за пределы сферы действия правовых документов, регулирующих соответствующие вопросы на договорном уровне (например, УПО и УПГТ). Было также заявлено, что цель проекта статьи не состоит в том, чтобы внести радикальные изменения в существующие национальные процедуры, хотя именно из-за многообразия национальных подходов включение данного положения в проект конвенции было бы полезным. В связи с тем, что в некоторых государствах процедур вынесения судебных запретов не существует, сохранение положений о судебных запретах, как было сказано, будет иметь положительное значение, ибо они будут выполнять роль руководства для этих государств при разработке подобных положений. Что касается таких государств, а также проблемы многообразия национальных подходов, то включение положений о предварительных судебных запретах, как было заявлено, положительно скажется на достижении единообразия правовых норм на международном уровне и на защите целостности гарантийного письма.

40. После состоявшегося обсуждения Рабочая группа решила продолжить рассмотрение проекта статьи 21; Рабочая группа согласилась вновь вернуться к вопросу о необходимости сохранения статьи 21 после рассмотрения содержания проекта этой статьи. Было высказано замечание относительно целесообразности рассмотрения этого вопроса после того, как секретариат сможет представить пересмотренный вариант статьи 19, подготовленный с учетом обсуждений, состоявшихся на нынешней сессии (см. выше, пункты 15-30). Было указано также, что на более позднем этапе потребуется обсудить возникающий в контексте международной конвенции вопрос о возможности разрешить государствам делать в момент ратификации или присоединения оговорки о неприменении статьи 21.

Название

41. Было высказано мнение, что по крайней мере в ряде стран термин "предварительный судебный запрет", возможно, адекватно не отражает те процедурные действия, с помощью которых суд будет обычно принимать временное решение, направленное на то, чтобы воспрепятствовать бенефициару в получении средств, оговоренных в гарантийном письме. Общую поддержку получило мнение, что формулировку желательно выдержать в более нейтральной форме. Было, например, предложено сослаться в этой статье на "судебные меры, запрещающие акцепт или платеж по гарантийному письму". Хотя Рабочая группа конкретной формулировки не приняла, было достигнуто согласие, что в названии, помимо того, что оно должно быть более нейтральным, следует также подчеркнуть "предварительный" или "временный" характер судебных мер, рассматриваемых в статье 21.

42. Что касается слов, заключенных в квадратные скобки ("в отношении эмитента или бенефициара"), то Рабочая группа пришла к выводу, что установление ограничительного перечня лиц, в отношении которых может быть запрошено принятие временных мер на основании статьи 21, может чрезмерно ограничить дискреционные полномочия судов в вопросах принятия временных мер, которые могут быть уместными в ряде стран в случае предъявления необоснованного требования по гарантийному письму. Рабочая группа постановила эти слова исключить.

Пункт 1

"В тех случаях, когда [по заявлению принципала]"

43. Было достигнуто общее согласие, что определение о временных судебных мерах должно выноситься только на основе "заявления", а не по инициативе суда. Был высказан ряд сомнений относительно того, что сфера применения пункта 1 ограничена ситуациями, когда заявление в отношении принятия временных судебных мер представляется принципалом. Первое сомнение состояло в том, что существующий текст приведет к тому, что гарант или эмитент не будет иметь возможности обратиться за вынесением временных судебных мер. Было заявлено, что возможна ситуация, когда сам гарант или эмитент - хотя в статье 17 и устанавливается обязанность гаранта или эмитента не производить платежа по требованию, если оно является явно и очевидно необоснованным, - может обратиться к суду с ходатайством о вынесении решения, запрещающего ему производить платеж по гарантийному письму, особенно в случаях, когда ожидается предъявление необоснованного требования. Другое сомнение состояло в том, что ссылка на заявление принципала может помешать другим лицам, например ликвидатору, представить вместо заявления принципала свое заявление. В целом было сочтено, что в отношении временных мер доступ к суду следует предоставить всем лицам, заинтересованным в том, чтобы воспрепятствовать платежу в случае предъявления необоснованного требования. Было, однако, сочтено, что подготовить исчерпывающий перечень таких лиц будет трудно и что общая норма, касающаяся доступа к судам всех лиц, имеющих законный интерес в приостановлении платежа, может вступить в коллизию с положениями национального права, касающимися таких вопросов, как право на подачу искового заявления. После обсуждения Рабочая группа постановила исключить из текста слово "принципала". (Обсуждение этого вопроса было возобновлено в контексте пункта 5, и вышеупомянутое решение было изменено; см. ниже, пункт 72.)

"явно и определенно доказано"

44. Состоялось обсуждение по вопросу о том, следует ли в статье 21 установить стандарт доказывания для применения судом при принятии решения по заявлению о временных мерах, направленных на приостановление платежа. В поддержку исключения любой ссылки на стандарт доказывания было заявлено, что вопросы, касающиеся уровня доказывания, должны быть оставлены на решение на основе применимого процессуального права и что текст проекта не должен ограничивать дискреционных полномочий судов. В этой связи вместо установления стандарта доказывания было предложено лишь сослаться в статье 21 на случаи, когда "суд убежден, что требование является необоснованным". В аналогичном ключе было внесено еще одно предложение, в соответствии с которым существующий текст пункта 1 следовало заменить следующим: "Компетентный орган в соответствии с требованиями своего процессуального права в том случае, если требование, предъявленное бенефициаром, является необоснованным по смыслу или на основании положений статьи 19, может выдать предварительный приказ, запрещающий эмитенту выполнять требование". Было выражено общее мнение, что такой текст не будет способствовать согласованию правового регулирования в данной области. В поддержку установления стандарта доказывания было заявлено, что одна из важных задач проекта конвенции будет заключаться в создании "одинаковых условий игры", т.е. в установлении равного режима для пользователей гарантийных писем в тех странах, где в настоящее время возможность вмешательства в исполнение обязательства платежа по гарантийному письму ограничительно толкуется судами, и в тех странах, где суды, особенно в контексте временных мер, с большей готовностью допускают исключения из порядка исполнения платежного обязательства.

45. Что касается существа возможного стандарта доказывания, то был поднят вопрос относительно того, должен ли стандарт доказывания, сформулированный в отношении временных судебных мер в контексте статьи 21, быть аналогичным стандарту доказывания, установленному в статье 17 в связи с отказом гаранта или эмитента от платежа. Было высказано мнение, что в обоих случаях должен быть установлен, по возможности, высший стандарт доказывания, с тем чтобы не создавалось опасности нанесения ущерба надежности гарантийного письма. Соответственно был предложен следующий текст: "Суд не осуществляет вмешательства в порядок исполнения обязательства по гарантийному письму или представления документов с целью получения платежа по такому гарантийному письму, если в дополнение к определению о том, что его обычные процедуры соблюдены, он не установит, что требование является явно и определенно необоснованным и причинит серьезный ущерб заявителю". В числе соображений, высказанных в поддержку применения единого стандарта доказывания к статьям 17 и 21, было заявлено, что обе статьи направлены на обеспечение защиты принципала. Согласно статье 17, принципал вправе добиваться того, чтобы в случае необоснованного требования гарант отказал в платеже. Аналогичным образом, в контексте судебных мер принципал вправе обращаться в суды за защитой в том случае, если в результате платежа будет причинен невосполнимый ущерб. Было заявлено, что судья, принимающий решение на основании статьи 21, будет выполнять функции гаранта, принимающего решение о том, является ли требование явно и определенно необоснованным.

46. Однако было достигнуто общее согласие, что статьи 17 и 21 применяются в различных контекстах и что стандарты доказывания, которые должны применяться в этих обстоятельствах, могут отличаться. Содержащийся в статье 17 стандарт доказывания должен применяться гарантом или эмитентом при определении того, достаточно ли ясно из внешних признаков требования вытекает, что оно является необоснованным и не создает для эмитента обязательства произвести платеж. Среди доводов, приведенных в поддержку установления по возможности максимально высокого стандарта доказывания в статье 17, были высказаны следующие соображения: гарант или эмитент, которому предстоит определить, является ли требование необоснованным, не должен иметь легкой возможности отказаться при помощи такого определения от своего первоначального обязательства осуществить платеж по требованию; высокий уровень доказывания необходим также для того, чтобы обеспечить законное оправдание банку, не отказавшемуся осуществить платеж лишь на основании голословного утверждения принципала о том, что требование является необоснованным. В отношении стандарта доказывания, который должен применяться судьей в соответствии со статьей 21, было заявлено, что вышеупомянутые соображения не применимы, в частности, ввиду временного характера рассматриваемых мер.

47. Различные мнения были высказаны в отношении стандарта доказывания, который должен применяться судом. Согласно одному мнению, такой стандарт должен быть максимально высоким, для того чтобы не поставить под угрозу надежность гарантийного документа в результате предоставления судам права устанавливать различные стандарты. В связи с этим было также указано, что стандарт доказывания должен быть высоким с учетом того факта, что во многих правовых системах решение о предварительном судебном запрете или других предварительных судебных мерах может выноситься судом в контексте процедуры *ex parte*, т.е. без предоставления ответчику возможности быть заслушанным. Тем не менее было указано, что если в проекте конвенции будет предусматриваться, что судья должен определить, является ли данное требование "явно и определенно необоснованным", то во многих правовых системах в результате этого не будет существовать каких-либо предварительных мер,

поскольку определение "явно и определенно" необоснованного характера требования может производиться лишь тем судом, который будет выносить окончательно решение в отношении обоснованности данного требования. В пользу установления несколько более низкого стандарта доказывания было указано, что в большинстве правовых систем, которые предусматривают возможность принятия предварительных судебных мер, применяемый стандарт основывается на таких понятиях, как "высокая вероятность" или "весьма значительная возможность" того, что требование является необоснованным, или "высокая вероятность удовлетворения иска" по данному делу. Было указано, что такой несколько более низкий стандарт доказывания будет все же довольно трудно соблюдать и что временный приказ о приостановлении платежа на основе таких стандартов будет во многих странах действовать лишь на протяжении нескольких дней. В качестве возможного усовершенствования такого стандарта было предложено включить в проект конвенции ссылку на понятие "бесспорные доказательства". Согласно другому мнению, в качестве стандарта доказывания, который будет применяться судами, следует установить более низкий стандарт, используя, например, такие формулировки, как "суд удостоверился *primo facie*", "имеются серьезные основания утверждать" или "суд имеет разумные основания полагать", что данное требование является необоснованным. Тем не менее широкую поддержку получило мнение о том, что подобный более низкий стандарт, хотя он и не будет ограничивать дискреционных полномочий судов, может поставить под угрозу надежность гарантийного письма.

48. После обсуждения Рабочая группа постановила, что стандарт доказывания, основанный на явно и определенно необоснованном характере требования, является чрезмерно высоким в контексте предварительных судебных мер и что в будущий проект следует включить критерий, основанный на формулировке примерно следующего содержания: "высокая вероятность" того, что требование является необоснованным.

"[с помощью документов или других могущих быть представленными средств доказывания]"

49. Было высказано мнение о том, что приводимые в квадратных скобках слова следует исключить, с тем чтобы не ущемлять дискреционных полномочий судов. Согласно другому мнению, необходимость того, чтобы суды основывали свое решение на документах и других могущих быть представленными средствах доказывания, непосредственно связано с определением необоснованного требования в соответствии со статьей 19. Тем не менее было также высказано мнение о том, что ссылка на "бесспорный" (т.е. доступный характер доказательства, которое будет приниматься во внимание судом), возможно, все же следует добавить в существующий текст, который в противном случае может показаться слишком расплывчатым. После обсуждения Рабочая группа постановила исключить слова, приводимые в квадратных скобках.

"что требование, которое предъявлено [или, как ожидается, будет предъявлено] бенефициаром, является необоснованным согласно статье 19,"

50. Было в целом поддержано мнение о том, что существует необходимость предусмотреть возможность вынесения предварительных решений о судебных запретах, которые могут оказаться особенно уместными в контексте гарантийных писем с последовательными платежами. Рабочая группа решила сохранить слова "или, как ожидается, будет предъявлено".

"[соответствующий] [компетентный] суд может выдать предварительный приказ:"

51. По общему мнению, ссылка на "компетентный" суд может быть неправильно исполкована как попытка создать конкретные основания для компетенции суда. Рабочая группа решила исключить слово "компетентный".

Подпункты (а) и (b)

52. Рабочая группа рассмотрела подпункты (а) и (b) по существу. Подпункт (а) предусматривает два вида предварительных приказов, адресованных эмитенту, первый из которых запрещает эмитенту осуществлять платеж по требованию, а другой, заключенный в квадратные скобки, - запрещает эмитенту дебетовать счет принципала. Подпункт (b) предусматривает три вида предварительных приказов, адресованных бенефициару, первый из которых запрещает бенефициару принимать платеж, второй - приказывает бенефициару отозвать требование, если такое требование представлено, а третий - приказывает бенефициару не предъявлять требования, если его представление ожидается.

53. Рабочая группа рассмотрела содержание этих подпунктов, для того чтобы оценить целесообразность включения указанного перечня возможных мер, предусмотренных в существующем проекте. Никаких возражений против упоминания в подпункте (а) приказа, запрещающего эмитенту удовлетворять требование в отношении платежа, высказано не было. Тем не менее были высказаны различные мнения относительно уместности ссылки на приказ, запрещающий эмитенту дебетовать счет принципала. Согласно одному мнению, включение конкретного положения в отношении такого вида судебного запрета в пользу принципала соответствует общей цели статьи 21, которая, как отмечалось, состоит в защите интересов принципала. Отмечалось, что в практическом плане приказ, запрещающий эмитенту дебетовать счет принципала, будет во многих случаях иметь более важное значение для принципала, чем вынесение решения о судебном запрете на осуществление платежа бенефициару, поскольку риск, связанный с платежом в нарушение статьи 17, будет нести эмитент.

54. Тем не менее преобладающее мнение состояло в том, что возможность вынесения подобного предварительного приказа будет сопряжена с определенными проблемами. Мнения, сторонники которых стремились убедить Рабочую группу в необходимости исключения такой возможности, состояли в следующем: эмитенту будет запрещено дебетовать счет принципала, однако он все же будет обязан осуществить платеж бенефициару; такой запрет связан с одним из аспектов отношений между принципалом и эмитентом и поэтому выходит за рамки тех вопросов, которым посвящен проект конвенции; поскольку при определении прав и обязательств сторон в проекте конвенции не делается ссылки на дебетование счетов, следует избегать подобной ссылки в статье 21. В качестве альтернативы исключению данного положения предлагалось объединить оба вида запретов, используя вместо слова "или" слово "и", в результате чего эти обе меры будут рассматриваться в качестве комплексной меры, а это позволит исключить возможность возложения на эмитента противоречивых обязательств. Тем не менее это предложение не получило достаточной поддержки.

55. Были высказаны различные мнения в отношении целесообразности, сохранения или исключения подпункта (b), который предусматривает возможность принятия предварительных мер, не позволяющих бенефициару предпринимать шаги для получения платежа. Согласно одному мнению, подпункт (b) в принципе не будет

вызывать возражений, если будет внесен ряд изменений, позволяющих разъяснить его содержание. Согласно одному замечанию, понятие "принимать платеж" является неясным, не будет единообразно пониматься и может быть заменено ссылкой на взимание средств. В соответствии с другим предложением следовало исключить приказ, приказывающий бенефициару отзывать требование. Еще одно предложение состояло в том, что, ввиду неуместности слов "запрещающий бенефициару...", эти слова следует заменить формулировкой примерно следующего содержания: "объявляющий, что бенефициар не может принимать платеж...". Тем не менее преобладающее мнение состояло в том, что предлагаемые изменения не позволят преодолеть те проблемы, для решения которых они предназначены, и что подпункт (b) следует поэтому исключить. В поддержку исключения было указано, что характер судебного запрета, предусмотренного в подпункте (b), является неясным, что такой запрет не известен во многих правовых системах и что подпункт (a) является вполне достаточным. Было также выражено беспокойство в связи с тем, что приказ, приказывающий бенефициару не предъявлять или отзывать требование, может привести к тому, что требование будет представлено несвоевременно, если тем временем истечет последний срок представления подобного требования.

56. Обсуждение средств правовой защиты, упомянутых в подпунктах (a) и (b), а также желание избежать упоминания некоторых из них побудили Рабочую группу рассмотреть вопрос о целесообразности использования какого-либо иного подхода, помимо подхода, основанного на попытках дать исчерпывающий или иллюстративный перечень различных видов мер, которыми будут располагать стороны. В связи с этим предлагалось заменить подпункты (a) и (b) общей нормой примерно следующего содержания: "суд может принять любую меру, которая будет защищать интересы принципала и эмитента", прямо указав при этом на предварительный характер таких мер. После обсуждения было решено, что в целях замены подпунктов (a) и (b) в конце вводной части пункта 1 можно было бы добавить формулировку примерно следующего содержания: "предварительный приказ, направленный на то, чтобы не допустить получения платежа бенефициаром".

Заключительное положение пункта 1

57. В отношении формулировки положения, приводимого в конце пункта 1, были высказаны различные замечания. В соответствии с этим положением вынесение предварительных приказов, предусмотренных в пункте 1, обусловливается тем, что в результате отказа суда вынести такой приказ принципал может понести "серьезный ущерб" или же - в качестве альтернативной формулировки - "невосполнимые убытки".

58. Одно замечание состояло в том, что формулировка "при условии" является чрезмерно жесткой, ограничивая дискреционные полномочия судов при рассмотрении риска нанесения ущерба принципалу, и может войти в противоречие с нормами национального процессуального права, предусматривающими такие дискреционные полномочия. Поэтому указывалось, что более приемлемой может оказаться формулировка "принимая во внимание". Хотя были выражены опасения в связи с тем, что такая формулировка может оказаться недостаточно ясной в качестве руководящего принципа для судов, секретариату было предложено попытаться включить в текст формулировку примерно такого же содержания.

59. Другое замечание состояло в том, что слова "отказ суда" могут означать, что на суд может быть возложена ответственность за убытки, которые могут быть причинены принципалу в результате непринятия предварительных мер, в то время как такая ответственность фактически должна возлагаться на бенефициара,

представляющего необоснованное требование. Еще одно замечание состояло в том, что слово "причинит" может ограничить возможность принятия предварительной меры, поскольку будет довольно трудно с полной определенностью доказать, что серьезный ущерб будет причинен. Поэтому предлагалось использовать формулировку "вполне вероятно может причинить".

60. Различные мнения были высказаны в отношении альтернативных формулировок, приводимых в квадратных скобках для выражения степени ущерба, который вполне вероятно может быть причинен в результате отказа принять испрашиваемые предварительные меры. Согласно одному мнению, предпочтение следует отдать словам "невосполнимые убытки", поскольку они являются более ясными и благодаря использованию слова "убытки" лучше отражают финансовый характер ущерба, причиняемого истцу. Тем не менее в отношении слова "невосполнимые" были высказаны критические замечания, поскольку оно является недостаточно ясным и может привести к установлению слишком высокого общего стандарта, поскольку принципал, если ему удастся на более позднем этапе добиться принятия решения в свою пользу, может в конечном счете получить возможность вернуть средства, которые он уплатил для покрытия необоснованного платежного требования. Было указано, что вполне достаточно использовать слово "серьезный" в сочетании со словом "убытки" или словом "ущерб". Согласно другому мнению, слова "невосполнимые убытки" устанавливают повышенные, а слова "серьезный ущерб" - пониженные стандарты, и поэтому следует использовать слова "с трудом возполнимый". Согласно еще одному мнению, приемлемым является любой из этих стандартов. Другое мнение состояло в том, что гаранту или эмитенту не следует предоставлять права на получение возмещения от принципала или заявителя, если он осуществил платеж вопреки обязательству отказать в платеже в соответствии со статьей 17(2), и что поэтому положение, требующее, чтобы принципал или заявитель доказал, что он может понести ущерб, будет вынуждать суд отказывать в вынесении приказа о любых предварительных мерах в тех случаях, когда требование оказывается явно и определенно необоснованным согласно статье 19 на основании доказанных фактов. Тем не менее преобладающее мнение состояло в том, что следует сохранить слова "серьезный ущерб".

Пункт 2

61. Рабочая группа рассмотрела предложение об исключении пункта 2, в котором суду предоставляется право заслушать ответчика по заявлению о выдаче предварительного приказа. Было указано, что смысл этого положения, в котором устанавливается дискреционное полномочие, будет неясным и что в любом случае речь идет об элементарном процедурном вопросе в рамках надлежащего разбирательства, который следует оставить на решение на основании национального процессуального права. Кроме того, было указано, что подобное исключение не лишит суды права предоставлять бенефициару возможность быть заслушанным в соответствующих обстоятельствах, а наличие подобных обстоятельств не может предполагаться во всех случаях, особенно в связи с процедурами особого производства, как они предусматриваются в статье 21. Кроме того, было указано, что пункт 2 может вызвать трудности в проведении разграничения между временными мерами, которые охватываются статьей 21, и окончательными процедурами, которые не охватываются. Учитывая эти соображения, Рабочая группа не приняла предложения о предоставлении, в императивном порядке, ответчику возможности быть заслушанным, с тем чтобы способствовать справедливому учету интересов бенефициара в ходе производства по делу и предоставить суду возможность как можно раньше заслушать объяснения ответчика по предмету спора. Возобладало мнение о том, что пункт 2 следует исключить.

Пункт 3

62. Рабочая группа пришла к согласию, что пункт 3, в котором суду предоставляется возможность потребовать от заявителя предоставления надлежащего обеспечения до вынесения приказа о какой-либо предварительной мере, является полезным и что его следует сохранить. Было отмечено, что это положение устанавливает справедливый порядок и отражает определенную сбалансированность в том, что касается учета интересов заявителя и ответчика. Было также указано, что пункт 3 может оказать и дисциплинирующее воздействие, поскольку он будет препятствовать подаче заявителями необоснованных ходатайств, и что в качестве такового он может выполнять воспитательные функции. Для целей уточнения было решено заменить слово "обеспечение" более широким термином с тем, чтобы не создавалось впечатления, что речь идет о какой-либо конкретной форме обеспечения. Одно из предложений сводилось к использованию следующей формулировки: "обязательство, обеспечение или иной документ".

Пункт 4

63. Рабочая группа рассмотрела три варианта, содержащиеся в пункте 4. Было отмечено, что вариант А содержит широкую формулировку, предусматривающую, что судам не запрещается принимать определение о любых временных мерах, которые могут предусматриваться применимым процессуальным правом. Единственное ограничение на дискреционные полномочия суда, предусматриваемое в этом варианте, излагается в положении, заключенном в квадратные скобки, и было включено в ответ на обеспокоенность, высказанную на семнадцатой сессии, о том, что установление возможности вынесения судебного запрета на основании несоответствия документа может нанести весьма ощутимый ущерб (А/CN.9/361, пункт 109). В варианте В указывается, что единственным основанием, помимо необоснованности требования, возможного вынесения судом определения о временной мере является недействительность гарантийного письма. В варианте С предусматривается наиболее ограничительный порядок, поскольку судам запрещается выносить предварительные приказы на любых иных основаниях, чем необоснованное требование.

64. Варианту А предпочтение отдавалось на том основании, что предусматривать ограничение дискреционных полномочий суда не следует. По этой же причине было предложено исключить ограничительное положение, заключенное в квадратные скобки. Доводы в поддержку варианта А также основывались на обеспокоенности тем, что если в проекте конвенции будет излишне ограничиваться возможность судебного вмешательства в контексте гарантийных писем путем вынесения определений о временных мерах, то это может повлечь опасность использования гарантийных писем для незаконных целей, таких, как отмывание денег или уклонение от налогообложения. Было отмечено, что нынешний текст статьи 19 не будет препятствовать такому противоправному использованию гарантийных писем, поскольку в подобном случае платежное требование будет предъявляться не без "возможных оснований", а скорее на незаконных основаниях. В связи с этой обеспокоенностью Рабочая группа в целом согласилась с необходимостью - независимо от выбранного варианта - включения либо в статью 19, либо в статью 21 формулировки, направленной на недопущение использования гарантийных писем в незаконных целях.

65. В поддержку варианта С указывалось, что возможность судебного вмешательства в порядок функционирования гарантийных писем должна быть сведена к минимуму с тем, чтобы не ставить под угрозу надежность этого документа, основная функция которого состоит в гарантировании платежа до разрешения

любого спора, который может возникнуть. Было указано, что если будут предусмотрены широкие возможности судов вмешиваться в обязательство эмитента производить платеж в случаях, иных, чем предъявление необоснованного требования, как это определяется в статье 19, возникнет опасность того, что суды, по просьбе принципала, будут осуществлять вмешательство в контексте основной сделки между принципалом и бенефициаром. В целях еще большего ужесточения формулировки варианта С было предложено прямо запретить в тексте этого варианта возможность вынесения таких судебных запретов, которые могут допускаться на основании несоответствия документов.

66. Широкую поддержку получила точка зрения о том, что сфера действия процессуальной нормы, устанавливаемой в пункте 4 в связи с правом принципала добиваться вынесения судебного запрета, должна быть сформулирована таким образом, чтобы соответствовать материальной норме, закрепляемой в статье 19 в связи с условиями, при которых платежу можно воспрепятствовать. В то же время сторонники варианта А подняли вопрос о причинах дискриминационного исключения недействительности гарантийного письма из числа оснований воспрепятствования платежу согласно проекту конвенции в условиях, когда необоснованное требование будет рассматриваться как приемлемое основание для обращения с ходатайством о вынесении судебного запрета. Было заявлено, что платеж, произведенный по получении необоснованного требования, и платеж, произведенный в случае, когда гарантийное письмо явно является недействительным, могут в равной мере привести к нанесению принципалу невосполнимого ущерба. Был также задан вопрос о том, останутся ли в распоряжении принципала какие-либо меры процессуальной защиты в обстоятельствах, когда требование о платеже представляется, несмотря на недействительность гарантийного письма.

67. В ответ указывалось, что природа соответствующего документа состоит в обеспечении незамедлительного платежа (черта, которая определяется как "денежность") и что обычно вопросы оценки действительности гарантийного письма будут выходить за рамки компетенции суда, выносящего определение о применении временных мер. Далее было указано, что гарант или эмитент несет обязательство проверить действительность гарантийного письма и что, если он уплатит по недействительному гарантийному письму, он не будет иметь права на получение возмещения от принципала. Было предложено включить в статью 21 формулировку, проясняющую, что эта статья не затрагивает взаимоотношений между принципалом и эмитентом или гарантом (отношения, которые иногда определяются в качестве "расчетных отношений"). Последствие этого предложенного разъяснения будет состоять в том, чтобы подчеркнуть, что принципал, согласно проекту конвенции, не лишается возможности обращаться в суд, например, в контексте ходатайства о вынесении временной судебной меры, запрещающей гаранту или эмитенту дебетовать счет принципала, если гарант или эмитент уплатил по получении несоответствующего требования.

68. После обсуждения Рабочая группа постановила, что с учетом ранее принятого решения о незаконности (пункт 27) вопросы о несоответствии или недействительности гарантийного письма не должны рассматриваться в качестве оснований для вынесения временных судебных мер в соответствии со статьей 21. Был принят вариант С. Кроме того, Рабочая группа в целом согласилась с тем, что предметом регулирования проекта конвенции являются отношения между гарантом или эмитентом и бенефициаром. Секретариату было предложено прямо указать в новом проекте, что статья 21(4) не запрещает принципалу добиваться принятия предварительных судебных мер в отношении его контракта с гарантом или эмитентом. Было решено сохранить заключенную в квадратные скобки в варианте С формулировку с тем, чтобы ограничить устанавливаемое в этом варианте

запрещение ходатайствами, основывающимися на возражениях против платежа, востребуемого бенефициаром. Аналогичным образом, было решено заменить слова "на иных основаниях, чем необоснованное требование" словами "на основании любого возражения против платежа, помимо необоснованного требования".

Пункт 5

69. Было отмечено, что согласно пункту 5 арест или изъятие активов бенефициара или эмитента обуславливаются помимо требований, устанавливаемых соответствующим национальным процессуальным правом, также и содержащимися в пункте 1 условиями с тем, чтобы ограничить возможности судебного вмешательства в платеж по гарантийным письмам. Было также указано, что в некоторых правовых системах арест и изъятие активов могут производиться в порядке административного, а не судебного производства.

70. В силу тех или иных оснований были высказаны сомнения относительно необходимости и целесообразности сохранения пункта 5. Высказанные сомнения касались следующих вопросов: этот пункт затрагивает процессуальное право, и провести унификацию условий, при которых суды могут принимать определения о любых чрезвычайных мерах, будет чрезвычайно сложно; сфера действия этого положения является неопределенной, в особенности если учитывать принятое Рабочей группой в связи с пунктом 1 решение не ограничивать сферу действия статьи 21 лишь требованиями, предъявляемыми принципалом; для обеспечения разумного сочетания ограничения возможностей судебного вмешательства и коммерческой цели гарантийных писем, а именно обеспечения определенности платежа, вполне достаточно пункта 1; в некоторых правовых системах виды мер, о которых говорится в пункте 5, не рассматриваются в качестве временных мер судебного характера, а могут приниматься на основании обычных и простых процедур на короткий период времени без участия судебных органов; На основании этого положения не должно создаваться впечатление о возможности ареста или изъятия всех активов заявителя - речь идет только о поступлениях по гарантийному письму.

71. Преобладала точка зрения, что норма, аналогичная пункту 5, должна быть включена в статью 21, поскольку подобные меры, как бы они ни определялись и какой бы порядок для их вынесения ни предусматривался в различных правовых системах, являются важным элементом подкрепления мер, предусматриваемых в пункте 1; одновременно важно обеспечить - в целях сохранения коммерческой эффективности гарантийных писем - применение гарантий против злоупотребления, которые устанавливались бы в целом в отношении временных мер, предусматриваемых согласно статье 21. Было, однако, принято решение отказаться от включения пункта 5 и реализовать суть решения Рабочей группы за счет дальнейшего расширения формулировки пункта 1 путем включения в пункт 1 после слова "может" формулировки приблизительно следующего содержания: "произвести блокирование платежа средств или вынести предварительный приказ".

72. Обсуждение пункта 5 заставило Рабочую группу пересмотреть свое решение не указывать в пункте 1 стороны, которые могут ходатайствовать о вынесении предварительных мер, предусматриваемых в статье 21. Было в целом достигнуто согласие о том, что для урегулирования некоторых трудностей, которые упоминались в ходе рассмотрения пункта 5, в пункте 1 следует ограничить действие статьи 21 исками, возбуждаемыми принципалом, и что следует сделать ссылку на инструктирующую или расчетную сторону, с тем чтобы охватить, в частности, контекст встречных гарантий.

73. После завершения рассмотрения статьи 21 Рабочая группа вернулась, как это было согласовано, к обсуждению общего вопроса о сохранении или исключении статьи 21. Были вновь высказаны изложенные в пунктах 38 и 39 доводы за и против сохранения статьи 21. Особенно подчеркивались, с одной стороны, трудности, которые возникнут при попытке сформулировать унифицированную норму по этим вопросам, и, с другой стороны, довод о том, что одна из основных функций - а, может быть, и основная функция - проекта конвенции состоит в решении вопросов, рассматриваемых в статье 21. Возобладало мнение о том, что на нынешнем этапе принимать окончательное решение было бы преждевременно, что Рабочей группе следует подождать представления секретариатом нового проекта и что тогда она сможет возобновить рассмотрение статьи 21.

ГЛАВА VI. ЮРИСДИКЦИЯ

Статья 24. Выбор суда или арбитража

и

Статья 25. Определение юрисдикции суда

74. Учитывая связь между положениями, содержащимися в статьях 24 и 25, Рабочая группа рассмотрела эти две статьи одновременно.

75. В связи с подходом, использованным в нынешнем варианте этих двух статей, были рассмотрены разнообразные вопросы и мнения. Был задан общий вопрос о том, встречаются ли положения, подобные тем, которые предлагаются в главе VI, в других многосторонних документах. В ответ на этот вопрос была высказана та точка зрения, что на этом этапе в центре внимания при обсуждении должен стоять вопрос утилитарности рассмотрения охваченных главой VI проблем в контексте гарантийных писем, а не оценки - в качестве определяющего фактора - наличия или отсутствия положений о юрисдикции в других конвенциях.

76. Была высказана точка зрения о том, что статья 24, в которой признается автономия воли сторон в отношении указания какого-либо суда или определения арбитражного порядка для разрешения споров, возникающих из гарантийного письма, не несет какой-либо практической пользы, поскольку в ней не предусматривается санкции, в частности, не устанавливается исключительный характер юрисдикции указанного форума. Было высказано мнение о том, что создаваемая в силу этого неопределенность еще более усиливается - если на основании статьи 24 стороны не сделали соответствующего указания - в результате отсутствия правила об исключительной юрисдикции также и для случаев, когда юрисдикция определяется судом в соответствии со статьей 25. Далее было отмечено, что простое подтверждение принципа автономии воли сторон без какого-либо упоминания о коллизионных привязках в связи с указанной юрисдикцией может вступить в противоречие с принципиальными соображениями в государствах, которые обеспокоены возможным наложением на них бремени проведения судебного разбирательства по делам, не имеющим или практически не имеющим отношения к их юрисдикции.

77. Однако, несмотря на эти высказывания с выражением обеспокоенности, в целом преобладало мнение о том, что статья 24 играет полезную роль тем, что она подкрепляет принцип автономии воли сторон в отношении юрисдикции суда и может способствовать обращению к арбитражу. Было также отмечено, что статья 24, хотя она и позволяет указанному суду отказаться от юрисдикции

(например, на основаниях *forum-non-conveniens*) и хотя в ней и не содержится положения об исключительной юрисдикции, должна рассматриваться в сочетании со статьей 25, в которой устанавливается прямая норма об определении юрисдикции в случае, когда на основании применения статьи 24 такую юрисдикцию определить невозможно. Рабочая группа высказала мнение, что некоторые из вопросов, поднятых в связи со статьей 24, не могут быть решены, пока положения статьи 25 об остаточной компетенции не будут окончательно доработаны и пока эти положения не будут сформулированы более четко, в частности, по вопросу о том, носят ли они императивный характер. Было также указано, что статьи 24 и 25, поскольку они будут включены в документ нормоустанавливающего характера, будут подкреплять аналогичный подход, используемый на договорном уровне и отраженный в статье 28 УПГТ.

78. Была выражена обеспокоенность в связи с вопросом о том, не будет ли нанесен ущерб эффективности статьи 24 в случае, если стороны выберут суд, не являющийся компетентным для разрешения соответствующего спора. В этой связи было предложено перед словом "суд" в пункте 1 вставить слово "компетентный", хотя одновременно было отмечено, что цель статьи 25 состоит в обеспечении отсылочной нормы для случаев такого рода.

79. Был задан вопрос о том, отражают ли различия в формулировках между статьей 24(1) и статьей 25(1) цель установления более широкой сферы применения для первого положения, особенно в том, что касается сторон, на которые делается ссылка. В аналогичном ключе был задан вопрос о том, не могут ли различия в формулировках и содержаниях статьи 24(2) и статьи 25(2) послужить источником непреднамеренного толкования, заключающегося в том, что последнее положение преследует в какой-то мере цель ограничить юрисдикцию других судов, что может вызвать трудности, если согласно такому толкованию будет исключаться юрисдикция судов места нахождения активов. Было предложено добавить в статью 25(2) конкретную ссылку на статью 21, с тем чтобы обеспечить большую ясность. Был также задан вопрос о том, предназначена ли используемая в настоящее время формулировка для исключения в контексте встречных гарантийных писем возможности непосредственного возбуждения принципалом судебного иска в рамках юрисдикции, в которой подлежит осуществлению платеж по гарантийному письму, обеспеченному встречной гарантией. Согласно высказанному предположению, если цель состоит в том, чтобы разрешить возбуждение подобных исков, то в этом положении можно сделать ссылку на инструктирующую сторону. В то же время рабочей группе было сделано напоминание о том, что порядок, при котором допускается подобное возбуждение иска непосредственно инструктирующей стороной, может вступить в противоречие с требованием о необходимости наличия договорной связи, которое устанавливается в ряде юрисдикций.

80. Другая широкая проблема, вызвавшая обеспокоенность, была связана с взаимоотношениями, как с точки зрения риска возможного несоответствия, так и с точки зрения возможного благоприятного взаимовлияния, между нормами в главе VI и другими международными документами, содержащими общие нормы по аналогичным вопросам, в частности Брюссельской конвенцией о юрисдикции и приведении в исполнение судебных решений по гражданским и торговым делам 1968 года и Луганской конвенцией о юрисдикции и приведении в исполнение судебных решений по гражданским и торговым делам 1988 года. В этой связи было отмечено, что, хотя эти конвенции открыты для присоединения всех государств, они были разработаны на региональном уровне и что возможности подкрепления нормами этих конвенций положений главы VI являются, таким образом, ограниченными. Что касается решения проблемы возможных несоответствий, то упоминалось о возможности допущения оговорок. В связи с этой проблемой был задан вопрос

о том, будут ли существовать практические возможности для применения главы VI у государств, которые не являются сторонами подобных многосторонних систем признания и приведения в исполнение. В ответ на эту обеспокоенность было указано, что участие в подобных многосторонних договоренностях не является единственным возможным основанием для их признания и приведения в исполнение. Прежде всего следует напомнить, что на арбитражные решения распространяется Нью-Йоркская конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года и что судебные решения могут быть приведены в исполнение на основании двусторонних договоренностей. Было также указано, что с проблемами приведения в исполнение судебных решений сталкиваются даже государства, являющиеся сторонами Брюссельской и Луганской конвенций, в частности в случаях, когда вопросы приведения в исполнение соответствующего судебного решения затрагивают другие государства, не являющиеся сторонами этих конвенций.

81. Затем Рабочая группа перешла к рассмотрению ряда общих предложений, отражающих различные высказанные мнения и поднятые вопросы. Одно такое предложение состояло в том, чтобы просто исключить главу VI. В поддержку этого предложения приводились доводы о том, что эти положения, которые в их нынешнем виде предусматривают неисключительную юрисдикцию, не являются необходимыми и что в случае, если они будут переработаны таким образом, чтобы предусматривать исключительную юрисдикцию, возникнут существенные трудности, особенно в отсутствие систем признания и приведения в исполнение. В поддержку этого предложения также указывалось, что по крайней мере в том, что касается статьи 24, исключение почти не окажет влияния на решение практических вопросов, так как на практике в гарантийных письмах проблема юрисдикции затрагивается весьма редко в силу того, что намерение поднять эту проблему может рассматриваться как подрыв обязательства. Однако, как уже отмечалось выше, общее мнение состояло в том, что следует предпринять попытку рассмотреть вопрос о юрисдикции в проекте конвенции, поскольку эта проблема имеет существенное значение.

82. Другой рассмотренный подход заключался в том, что следует пересмотреть главу VI таким образом, чтобы установить исключительный характер выбора юрисдикции. Один из вариантов такого подхода состоял в том, чтобы исключить статью 24 и оставить лишь объективную норму о юрисдикции в статье 25. Против любого подхода, который предусматривал бы установление исключительной юрисдикции, высказывались возражения. Первая группа возражений была связана с тем, что исключительный характер юрисдикции не сопоставим с любым подходом, не обеспечивающим признание и приведение в исполнение решений, поскольку велика вероятность того, что в этом случае будут возникать ситуации, при которых - если говорить практически - обеспечить исполнение решений будет невозможно. В этой связи также была высказана обеспокоенность, что такой подход может вызвать трудности, если будет устанавливаться исключительная юрисдикция судов в одной стране, в то время как активы, на которые обращается исполнение, находятся в другой стране.

83. Еще одна разновидность подхода была связана с попыткой объединить элементы исключительного характера юрисдикции, ее неисключительного характера и автономия воли сторон. Одно такое предложение состояло в том, чтобы, если не согласовано иное, разрешить истцу возбуждать иск в рамках одной из следующих юрисдикций: в месте выдачи гарантийного письма; в месте коммерческого предприятия или жительства бенефициара; или в месте коммерческого предприятия или жительства принципала. Более значительный интерес вызвало предложение о том, чтобы предусмотреть, что указанный суд

будет обладать исключительной юрисдикцией, если не будет доказано, что вынесенное им решение не может быть признано или приведено в исполнение, причем в этом случае юрисдикцию может осуществить другой суд.

84. Хотя были выражены сомнения в связи с практическим действием этого последнего предложения в отсутствие системы признания и приведения в исполнение, Рабочая группа решила просить секретариат подготовить для рассмотрения Рабочей группой два варианта главы VI. В одном варианте будут по существу сохраняться статьи 24 и 25 в их настоящем виде и будет четко указываться, что выбор или определение юрисдикции не носят исключительного характера. Согласно второму варианту будет предусматриваться исключительный характер выбора юрисдикции по статье 24, в то время как определение юрисдикции на основании статьи 25 будет по-прежнему носить неисклчлительный характер. Следует предпринять попытку добавить в статью 25 предохранительную оговорку, а именно положение, предусматривающее возможность осуществления юрисдикции иным судом, чем тот, который был выбран сторонами на основании статьи 24, в случае, если решение суда, указанного на основании статьи 24, не может быть признано и приведено в исполнение.

ГЛАВА VII. КОЛЛИЗИЯ НОРМ ПРАВА

Статья 26. Выбор применимого права

и

Статья 27. Определение применимого права

85. Прежде всего Рабочая группа обсудила вопрос о том, следует ли включать в проект конвенции положения, касающиеся коллизии норм права. Согласно одной точке зрения, сохранять главу VII нет необходимости и нецелесообразно, поскольку цель проекта конвенции заключается в том, чтобы обеспечить свод унифицированных основных норм, касающихся гарантийных писем. В связи с этим высказывалась озабоченность в отношении последствий включения главы VII для государств, являющихся сторонами Римской конвенции 1980 года о праве, применимом к договорным обязательствам. Согласно другой точке зрения, главу VII следует сохранить. В поддержку этого мнения указывалось, что даже при наличии проекта конвенции будет существовать возможность и необходимость применения коллизионных норм независимо от того, установлены ли они в национальном законодательстве или в конвенции. Включение таких норм в проект конвенции повысило бы надежность и коммерческую полезность охватываемых документов за счет того, что в этом случае будет признана свобода сторон в вопросах выбора права и будут сужены рамки споров, которые могут возникнуть при определении применимого права.

86. Рабочая группа рассмотрела вопрос о том, должны ли положения статьи 1, касающиеся сферы применения, распространяться также на коллизионные положения, содержащиеся в статьях 26 и 27, в случае, если эти статьи будут сохранены. Было отмечено, что если статьи 26 и 27 будут подпадать под действие тех же норм в отношении сферы применения, что и другие статьи проекта конвенции, то статьи 26 и 27 будут применяться только в том случае, если будет применяться проект конвенции в целом и в связи с этим только в отношении тех вопросов, которые не охватываются проектом конвенции; напротив, возможность применения статей 26 и 27 независимо от других положений означала бы, что эти статьи будут применяться даже в том случае, когда другие положения конвенции не являются применимыми, что обеспечивает унификацию коллизионных норм

договаривающихся государств в этой области. При таком подходе потребуются сделать прямое указание на то, что статьи 26 и 27 исключаются из сферы применения положений статьи 1. Ввиду взаимосвязи между главой VII и статьей 1 Рабочая группа выразила мнение о том, что ей будет проще принять решение по вопросу о сохранении главы VII и ее содержании и сфере применения после того, как она завершит дальнейший обзор статьи 1, к которому она должна вскоре приступить (см. ниже пункты 90-106).

87. В связи со статьей 1 были высказаны сомнения в отношении возможности включения в проект конвенции коллизионных норм, которые будут применимыми при неприменимости конвенции в силу положений статьи 1, касающихся сферы применения. Отмечалось, что такой подход является необычным и что подобных прецедентов в многосторонних конвенциях очень мало, если таковые вообще имеются. Отмечалось, что коллизионные нормы присущи национальному законодательству и что таким образом их, возможно, необходимо было бы рассмотреть в том случае, если бы Рабочая группа решила использовать форму типового закона, однако включать их в проект конвенции неуместно, и эти вопросы следует оставить на усмотрение национального права. Было указано, что действие проекта конвенции следует скорее ограничить четким определением в статье 1 общей сферы применения проекта конвенции и что если положения, касающиеся коллизии норм права, будут включены, то они должны применяться лишь в тех случаях, когда применяется конвенция в целом, что ограничивает сферу применения этих положений вопросами, не охватываемыми проектом конвенции. Было высказано также соображение, что полезность общей и фиксированной нормы, касающейся коллизий, будет ограниченной, поскольку эта норма не сможет обеспечить детализацию и гибкость, обеспечиваемые национальной системой коллизионных норм, и может также препятствовать постепенному принятию более гибких подходов. Согласно еще одному мнению, подготовка обоснованных, достаточно подробных и хорошо увязывающихся с различными видами правовых систем положений, регулирующих коллизию норм права, может угрожать дальнейшей задержкой срока завершения работы над проектом конвенции Рабочей группой. В связи с этим было отмечено, что для того, чтобы избежать различного толкования в отдельных правовых системах, необходимо будет, в частности, более подробно описать права, обязательства и средства правовой защиты, которые будут или не будут охватываться такими нормами; в качестве примера был упомянут вопрос об исковой давности.

88. В ответ на эти замечания указывалось, что включение главы VII на независимой основе не обязательно должно рассматриваться как вторжение в несоответствующую область, поскольку в любом случае государствам потребуются коллизионные нормы для тех случаев, когда положения конвенции не применяются. Указывалось также, что нормы, изложенные в главе VII, отражают превалирующий, широко признанный подход. В то время как некоторые участники приводили этот факт как основание для невключения статьи VII, сторонники включения отмечали, что это означает, что конвенция о коллизии норм права в этой области - разработка которой, как отмечалось, является маловероятной, - содержала бы в основном те же нормы, и поэтому не следует считать, что в связи с главой VII возникают противоречивые или особо сложные вопросы. В свете этого высказывалось мнение, что нет оснований для того, чтобы не сохранять главу VII, применимую независимо от применимости других положений, в целях дальнейшей унификации права, применимого к гарантийным письмам в договаривающихся государствах, в частности, что касается важного понятия автономии сторон в вопросах выбора права. В Рабочей группе отмечалось, что это оказало бы помощь судам в решении практических проблем, с которыми они сталкиваются в этой области, и что главным соображением должна быть именно эта практическая потребность, а не то, отнесены ли соответствующие процедуры к категории основных или процедурных. Отмечалось также, что глава VII не будет

единственным разделом проекта конвенции, в котором рассматриваются процедурные вопросы, если будет сохранена глава VI. В связи с этим высказывалось также мнение, что, даже если глава VII не будет в целом применимой, независимо от положений статьи 1, касающихся сферы применения, ее можно сохранить, с тем чтобы обеспечить коллизионную норму для применения в отношении вопросов, не охватываемых конвенцией.

89. После обсуждения Рабочая группа решила в качестве рабочего предположения, что статьи 26 и 27 будут сохранены в проекте конвенции и что их применимость будет зависеть от того, применяется ли в том или ином конкретном случае проект конвенции в соответствии с содержащимися в статье 1 нормами, касающимися общей сферы применения. Рабочая группа просила секретариат подготовить в сотрудничестве с Гаагской конференцией по международному частному праву пересмотренный вариант статей 26 и 27, с тем чтобы отразить рабочие предположения и замечания, высказанные Рабочей группой в отношении содержания и подхода статей 26 и 27. Было отмечено, что этот подход будет вновь рассмотрен при следующем чтении этих статей.

ГЛАВА I. СФЕРА ПРИМЕНЕНИЯ

Статья 1. Сфера применения

90. Когда Рабочая группа приступила к рассмотрению пересмотренных положений проекта конвенции, среди ее членов было достигнуто общее согласие о том, что проводимое чтение текста следует считать заключительным чтением текста в Рабочей группе, с тем чтобы его можно было представить двадцать восьмой сессии Комиссии в 1995 году, в соответствии с просьбой, высказанной Комиссией на ее двадцать шестой сессии 3/.

"Настоящая конвенция"

91. Рабочая группа провела обмен мнениями по вопросу о том, следует ли проект текста в конечном итоге принять в качестве конвенции или в форме типового закона. Определенную поддержку получила идея его принятия в форме типового закона на том основании, что такая форма предоставляет государствам более широкие возможности для определения того, какие положения текста являются приемлемыми и могут быть без затруднений включены в национальное законодательство. Вместе с тем было отмечено, что определенная степень гибкости также может быть обеспечена, если принять проект текста в форме конвенции, поскольку государства, осуществляющие ее, могут получить возможность сделать оговорки по определенному ряду вопросов.

92. Более широкую поддержку получила идея принятия документа в форме конвенции, поскольку эта форма в большей степени отвечает характеру предусматриваемых норм и поскольку она лучше позволит обеспечить унификацию и определенность в том, что касается применимых норм, что, как было отмечено, имеет важнейшее значение для беспрепятственного осуществления сделок с международными гарантийными письмами и для поддержания кредитной надежности гарантийных писем, используемых в качестве финансовых документов. Было заявлено также, что конвенция, уступая в гибкости типовому закону, может

3/ Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок восьмая сессия, Дополнение № 17 (A/48/17), пункт 273.

оказаться более приемлемой для осуществляющих ее государств по той причине, что, по крайней мере в некоторых странах, конвенцию, регулирующую международные гарантийные письма, можно включить в национальное законодательство с помощью упрощенной законодательной процедуры, не обязательно требующей разработки национального закона о гарантийных письмах.

93. После обсуждения Рабочая группа подтвердила рабочее предположение, сделанное на ее семнадцатой сессии (A/CN.9/361, пункт 147) о том, что заключительный текст примет форму конвенции. Было достигнуто согласие с тем, что вопрос о возможности внесения оговорок осуществляющими конвенцию государствами должен быть обсужден в Рабочей группе, когда она приступит к чтению положений проекта конвенции. Было указано также, что принятое Рабочей группой решение относительно формы документа не исключает возможности того, что Комиссия может вернуться к более гибкой форме типового закона на заключительном этапе своей работы, когда она будет рассматривать проект конвенции, подготовленный Рабочей группой.

"применяется к международным гарантийным письмам"

94. В отношении термина "международные гарантийные письма", используемого в статье 1, для того чтобы очертить основную сферу применения проекта конвенции, были высказаны различные точки зрения. Согласно одному мнению, этот термин следует сохранить, поскольку он в наиболее подходящей сжатой форме покрывает охватываемые конвенцией два вида обязательств, т.е. гарантии по требованию и резервные аккредитивы. Кроме того, этот термин отвечает современному подходу, при котором имеются общие положения для обоих видов обязательств, за исключением конкретных случаев, когда возникает необходимость сослаться лишь на один из них. Однако было отмечено, что общее наименование как краткая форма выражения используется только в положениях самого текста проекта конвенции, но не в его названии, в котором, как было отмечено, ссылка на оба вида обязательств лучше показывает читателю, что будет регулировать данная конвенция. В связи с этим было предложено изменить название проекта конвенции следующим образом: "Проект конвенции о гарантийных письмах (независимые гарантии и резервные аккредитивы)". Согласно другому предложению, ссылка в статье 1 на "международные гарантийные письма, как они определены в статье 2" может в достаточной степени пояснить, что предметом настоящей конвенции являются лишь независимые гарантии и резервные аккредитивы.

95. Согласно другой точке зрения, термин "гарантийное письмо" является неподходящим, поскольку в нем не отражена применяющаяся на практике терминология, особенно в связи с применением резервных аккредитивов. Кроме того, было заявлено, что ссылка на "гарантию" может вызвать определенную озабоченность в связи с законодательным регулированием в ряде стран, где проект конвенции может неправильно истолковываться как документ, наделяющий банки полномочиями выдавать вспомогательные гарантии, т.е. прибегать к практике, которую существующее банковское регулирование полностью исключает. В этой связи было предложено заменить выражение "гарантийные письма" такими терминами, как "независимые гарантии и резервные аккредитивы". Однако если необходимо использовать более короткий общепринятый термин, то следует использовать действительно нейтральные термины, такие как "обязательство", "независимый финансовый документ", "международная финансовая гарантия" или "гарантия по требованию", которые не вызовут затруднений в отношении того, что предпочтение отдается одному из двух видов обязательств. Однако в отношении использования любого из этих нейтральных терминов была высказана озабоченность в связи с тем, что это может привести к путанице в понимании того, о каком

документе идет речь, особенно в ситуациях, при которых возникает цепочка выдаваемых гарантий и встречных гарантий. Что касается использования выражения "независимые гарантии и резервные аккредитивы", то была высказана озабоченность относительно того, что такие термины могут в недостаточной степени охватывать понятие "аналогичного обязательства", которое используется в статье 2.

96. Была также высказана озабоченность в связи с тем, что используемый в названии и в статье 1 конвенции термин "гарантийное письмо" может не быть достаточно нейтральным, поскольку он указывает на то, что предпочтение отдается независимым гарантиям по сравнению с вспомогательными гарантиями. Поэтому было предложено добавить в название и в статью 1 определение "независимый", с тем чтобы указать, что банковские гарантии и другие независимые документы, определение которым дается в статье 2, являются единственными возможными "гарантийными письмами". В ответ было высказано замечание о том, что в статье 2 прямо указывается, что конвенция распространяется лишь на независимые гарантии.

97. Преобладающее мнение состояло в том, что с учетом практических трудностей, возникающих в некоторых странах в связи с использованием такого искусственно созданного термина, как "гарантийное письмо", никаких дополнительных попыток применять терминологию, позволяющую описать то, что существует на практике, предпринимать не следует. Вместо этого в проекте конвенции необходимо сослаться на такой нейтральный термин, как "обязательство", для обозначения обоих видов документов, которые охватываются проектом конвенции. Что касается статьи 1, то было решено, что она должна содержать ссылку на обязательства, определяемые в статье 2, в то время как в названии проекта конвенции будет использоваться формулировка "независимые гарантии и резервные аккредитивы".

"[. выданным в договаривающемся государстве]"

98. Рабочая группа обсудила формулировку, заключенную в квадратные скобки, в качестве возможного критерия территориальной сферы применения конвенции. Отмечалось, что в случае исключения этой формулировки территориальную сферу применения Конвенции можно будет определять исключительно на основе применимых норм коллизионного права. В случае сохранения этой формулировки территориальная сфера применения проекта конвенции будет определяться на основе автономной привязки сделки к договаривающемуся государству, т.е. без ссылки на коллизионные нормы. Было указано, что другой возможный подход, позволяющий расширить сферу применения проекта конвенции и аналогичный используемому в статье 1(1) Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (именуемой далее "Конвенция Организации Объединенных Наций о купле-продаже"), мог бы состоять в том, чтобы определить коллизионную привязку, подобную содержащейся в формулировке, приводимой в квадратных скобках, и, кроме того, предусмотреть применимость проекта конвенции в тех случаях, когда коллизионные нормы отсылают к праву одного из договаривающихся государств.

99. В пользу добавления ссылки на случаи, когда коллизионные нормы будут отсылать к праву одного из договаривающихся государств, было указано, что такая ссылка может потребоваться для удовлетворительного урегулирования в конвенции ситуаций, когда в одном из договаривающихся государств находится лишь встречный гарант, но не второй банк, выдающий косвенную гарантию. Тем не менее отмечалось, что на практике последствия предлагаемого добавления будут

весьма ограниченными, поскольку в соответствии с коллизионными нормами большинства государств будет применяться право той страны, где было выдано гарантийное письмо. Противоположная точка зрения состояла в том, что включение ссылки на нормы частного международного права может привести к возникновению неопределенности в тех случаях, когда какой-либо суд в одном из договаривающихся государств вынужден будет применять проект конвенции в качестве права другого договаривающегося государства, а проект конвенции в этих двух договаривающихся государствах толкуется по-разному. Отмечалось, что по этой причине ряд стран сделали оговорку к статье 1(1)(b) Конвенции Организации Объединенных Наций о купле-продаже.

100. После обсуждения Рабочая группа решила сохранить формулировку, заключенную в квадратные скобки, и, кроме того, предусмотреть в проекте конвенции, что конвенция подлежит применению в тех случаях, когда коллизионные нормы отсылают к праву одного из договаривающихся государств.

"[если в них не указано иное]"

101. Было достигнуто общее согласие в отношении того, что сторонам следует предоставить право договариваться о том, что проект конвенции не будет применяться в отношении сделки по гарантийному письму ("положение о неприменении"). Было высказано общее мнение о том, что такое решение о неприменении проекта конвенции должно быть прямо упомянуто в тексте обязательства. Вместе с тем было отмечено, что в большинстве стран в настоящее время отсутствует специальное законодательство в отношении гарантийных писем. Если стороны решают не применять проект конвенции, суды могут рассматривать сделку по гарантийному письму либо на основе общего договорного права или на основе проекта конвенции, который может считаться единственным национальным законодательством по данному вопросу. Таким образом, практические последствия решения о неприменении положений проекта конвенции могут оказаться ограниченными. После обсуждения Рабочая группа приняла формулировку, заключенную в квадратные скобки.

102. Был задан вопрос о том, следует ли сторонам в дополнение к праву не применять конвенцию в целом предоставить право не применять отдельные положения проекта конвенции. Было отмечено, что можно было бы принять положение, аналогичное положению статьи 6 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле-продаже. Вместе с тем было отмечено, что положение, позволяющее сторонам не применять или изменять действие конкретных положений, будет уместным лишь в том случае, если окончательный текст будет носить преимущественно императивный характер. По мнению большинства, вопрос об автономии стороны в отношении отдельных положений проекта конвенции необходимо будет обсудить после рассмотрения статей проекта конвенции, лишь некоторые из которых, как указано в настоящее время, носят неимперативный характер.

", и к любому другому гарантийному письму при условии, что в нем указывается, что оно регулируется настоящей Конвенцией."

103. В ходе обсуждения были подняты различные вопросы в отношении того, следует ли в проект конвенции включать положение, позволяющее сторонам гарантийного письма указывать, что их гарантийное письмо подпадает под действие проекта конвенции ("положение о применении").

104. Первый вопрос состоял в том, следует ли в положении о применении предоставить сторонам внутренней сделки по гарантийному письму право применять международный режим, предусмотренный в проекте конвенции. В поддержку

принятия такого положения было отмечено, что, возможно, было бы особенно целесообразным предоставить сторонам в контексте национальных сделок право ссылаться на международный режим, который, как предполагается, позволяет найти справедливое решение для проблем, которые, возможно, недостаточно полно регулируются внутренним законодательством. Было также отмечено, что в случае предоставления сторонам права применять проект конвенции принятие ограничительного определения "международного характера" в статье 4 будет более приемлемым. Противоположное мнение состояло в том, что сторонам не следует предоставлять права избегать применения императивных норм внутреннего права на основании решения о применении проекта конвенции. Было отмечено, что в тех случаях, когда такие императивные нормы отсутствуют, стороны смогут применять проект конвенции в качестве договорного режима, даже если проект конвенции не содержит конкретного положения об этом. После обсуждения Рабочая группа решила, что текст проекта конвенции не должен содержать формулировок, предоставляющих сторонам конкретное право применять проект конвенции в отношении внутренних сделок.

105. Второй вопрос заключался в том, следует ли в положении о применении предоставлять сторонам право применять проект конвенции в отношении международных гарантийных писем, которые в противном случае не попадают в территориальную сферу применения проекта конвенции, например, если гарантийное письмо выдано не в договариваемом государстве. Рабочая группа в целом согласилась с тем, что, хотя стороны должны иметь право косвенно применять правовой режим, определенный в проекте конвенции, на основании ссылки на право одного из договаривающихся государств, не следует включать конкретное положение, позволяющее им прямо указывать на применение проекта конвенции при отсутствии такой ссылки на право одного из договаривающихся государств, которое применяет конвенцию в таких случаях.

106. Третий вопрос состоял в том, должно ли положение о применении предоставлять сторонам право договариваться о применении проекта конвенции к документу, который в противном случае не рассматривался бы в качестве гарантийного письма в соответствии со статьей 2. Было высказано мнение о том, что возможность договариваться о применении проекта конвенции следует ограничить лишь товарными аккредитивами, которые аналогичны по правовому характеру резервным аккредитивам и которые в некоторых случаях, как отмечалось, практически не отличаются от последних. Было указано, что применение проекта конвенции в отношении товарных аккредитивов вполне оправдано, поскольку принципы их использования аналогичны принципам использования резервных аккредитивов. Было также заявлено, что ввиду возможного исключения товарных аккредитивов из определения гарантийного письма согласно варианту С проекта статьи 2(1) в проекте конвенции следует прямо указать на возможность договариваться о применении конвенции. Было высказано возражение против прямого упоминания в проекте конвенции о том, что возможность согласования сторонами положения о применении конвенции будет ограничиваться товарными аккредитивами. Было заявлено, что нежелательным последствием такого положения может стать исключение всякой возможности распространить действие проекта конвенции на другие документы, что в противном случае может предусматриваться применимым правом. После обсуждения Рабочая группа приняла решение о том, что содержащееся в существующем проекте общее положение о применении следует заменить положением, которое предоставляло бы сторонам товарных аккредитивов договариваться о применении проекта конвенции к таким аккредитивам. Отмечалось, что в ходе рассмотрения оставшихся статей проекта конвенции Рабочая группа сможет вновь оценить обоснованность данного решения и при необходимости пересмотреть его.

Статья 2. Гарантийное письмо

Пункт 1

Вводная часть

107. Были высказаны различные предложения о необходимости разъяснения того, что выдача гарантийного письма, упоминаемая в вводной формулировке определения, прежде всего касается выдачи обязательства на профессиональной основе. В этой связи было предложено включить слово "финансовым" перед словом "учреждением". По мнению Рабочей группы, такое изменение не вносит дополнительной ясности. Предложения в целом аналогичного характера были также внесены, с тем чтобы исключить те случаи, когда обязательство выдается потребителем. Для этих целей были внесены следующие предложения: допустить возможность оговорки, с тем чтобы исключить случаи выдачи обязательств потребителями; указать, что проект конвенции не отражается на применении законодательства о защите потребителей; добавить примерно такую формулировку, как "помимо потребителя", для описания "лица", упоминаемого в определении; исключить слово "лицо" или по крайней мере сделать ссылку на "коммерческое" лицо; сделать ссылку на "коммерческую или профессиональную" сферу. В связи с последним предложением было отмечено, что в некоторых случаях на основании формальных признаков документа невозможно определить цель обязательства. По мнению Рабочей группы, эти предложения не позволяют обеспечить дополнительной ясности относительно того, какие ситуации должны охватываться конвенцией. Было также отмечено, что рассматриваемые случаи выдачи гарантийных писем частными лицами встречаются относительно редко в международной практике. Кроме того, Рабочая группа в целом достигла взаимопонимания по вопросу о том, что выдача обязательства каким-либо частным лицом в потребительских или иных частных целях связана с вопросом, который относится исключительно к сфере внутреннего права и не затрагивается в проекте конвенции.

Варианты А, В и С

108. Рабочей группе было представлено три варианта в отношении метода описания форм и видов обязательств, охватываемых проектом конвенции. Вариант А, в котором упоминались просто гарантии по требованию и резервные аккредитивы, практически не получил поддержки. Было высказано мнение о том, что более детальный подход в варианте В, который включает описание обычной цели обязательства, является необоснованным. Было выражено беспокойство в связи с тем, что в определении, изложенном в варианте В, недостаточно подробно описаны фактические особенности тех документов, которые будут охвачены в Конвенции, и оно может включать некоторые документы, которые не должны охватываться, например простые векселя. Тем не менее, по мнению большинства, предпочтение следует отдать подходу, используемому в варианте В. Как отмечается ниже, после обсуждения варианта В Рабочая группа приняла также решение о включении в окончательный вариант некоторых элементов варианта С, в котором прямо исключаются некоторые виды документов.

109. В рамках варианта В в квадратных скобках были представлены два варианта конкретных формулировок, которые следует использовать для описания цели обязательства. Рабочая группа предпочла второй вариант, содержащий ссылки на платеж по простому требованию или по представлении документов, содержащих заявление о том, что платеж причитается, и ссылку на иные непредвиденные обстоятельства или цели, в частности на функции средства платежа, часто выполняемые финансовыми резервными аккредитивами.

110. Была высказана обеспокоенность в отношении того, что формулировка "по простому требованию или по представлении документов" может невольно означать, что обязательство по простому требованию не носит документарного характера, и этот вопрос вызвал определенные разногласия при анализе практики. Было выражено мнение, что формулировка "по простому требованию или представлении других документов" была бы более приемлемой. Рабочая группа согласилась с предлагаемым изменением.

111. Было предложено заменить формулировку "документов, содержащих заявление о том, что платеж причитается", формулировкой "документов, содержащих заявление или подразумевающих, что платеж причитается". Была высказана обеспокоенность в отношении того, что существующая формулировка является неоправданно узкой, поскольку возможны случаи, когда обязательство предусматривает необходимость представления определенных документов, наряду с требованием платежа в случае неисполнения обязательства, однако такие документы не обязательно будут документами, "содержащими заявление" о том, что платеж причитается. Было высказано опасение, что использование слова "подразумевающих" могло бы привести к непредусмотренному и нежелательному толкованию, заключающемуся в том, что принцип строгого соответствия документов условиям обязательства частично отменяется или может изменяться на основании пункта 2. Учитывая оба высказанных опасения, Рабочая группа решила использовать примерно следующую формулировку: "документов, содержащих в соответствии с условиями обязательства указание на то, что платеж причитается...".

112. Что касается варианта С, в котором прямо исключаются товарные аккредитивы, договоры страхования и оборотные документа, то, по мнению Рабочей группы, его следует сохранить при том условии, что может быть принято решение, прямо допускающее применение проекта конвенции в отношении товарных аккредитивов на основании договоренности между сторонами. Было высказано мнение о том, что вариант С можно исключить, в частности, потому, что содержащийся в нем перечень документов может быть неверно истолкован как исчерпывающий. Отмечалось, что при этом необходимо исходить из того, что исключение варианта С не следует рассматривать как намерение охватить эти документы. Однако такой подход не был поддержан, в частности, потому, что, по общему мнению, вариант С позволяет рассеять сомнения, которые могут возникнуть с учетом широкого подхода, принятого в отношении пункта 1.

Будущая работа

113. Рабочая группа отметила, что ее двадцать первая сессия будет проведена с 14 по 25 февраля 1994 года в Нью-Йорке, и на этой сессии Рабочая группа рассмотрит оставшиеся пересмотренные статьи, изложенные в документе A/CN.9/WG.II/WR.80. Было также отмечено, что при условии утверждения Комиссией двадцать вторая сессия будет проведена с 19 по 30 сентября 1994 года в Вене.