

ОРГАНИЗАЦИЯ  
ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

ГЕНЕРАЛЬНАЯ  
АССАМБЛЕЯ



Distr.  
GENERAL

A/CN.9/45/Add.1

25 March 1970

RUSSIAN

ORIGINAL: ENGLISH/RUSSIAN/  
SPANISH

КОМИССИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ  
ПО ПРАВУ МЕЖДУНАРОДНОЙ ТОРГОВЛИ

Третья сессия

Нью-Йорк, 6 апреля 1970 года

Пункт 5с предварительной повестки дня

ГАРАНТИИ И ЦЕННЫЕ БУМАГИ

Записка Генерального секретаря

Добавление

СОДЕРЖАНИЕ

ТЕКСТ ЗАМЕЧАНИЙ ЧЛЕНОВ КОМИССИИ

|   | <u>Стр.</u> |
|---|-------------|
| Венгрия . . . . .                                   | 2           |
| Кения . . . . .                                     | 24          |
| Мексика . . . . .                                   | 25          |
| Союз Советских Социалистических Республик . . . . . | 36          |

ТЕКСТ ЗАМЕЧАНИЙ ЧЛЕНОВ КОМИССИИ

ВЕНГРИЯ

✓Подлинный текст на английском языке✓  
30 января 1970 года

А. Гарантии

I

Со своей стороны, мы полностью согласны с использованием в докладе\* термина "гарантия" для обозначения понятия гарантии платежей в наиболее широком и общем смысле (глава I.4). Это позволяет значительно расширить изучение и исследования. Цель доклада достигается путем рассмотрения большого числа форм гарантий, которые известны и применяются в международной торговле; кроме того, в разделе доклада о характере гарантии (II.A.1) анализируется то, что, по нашему мнению, является наиболее значительной проблемой, т.е. разница между обеспечением и гарантией, между банковской гарантией и банковским дополнительным обеспечением в соответствии с различными национальными законодательствами. Что касается Венгрии, то ее делегация подчеркивала значение этой проблемы на второй сессии ЮНСИТРАЛ в Женеве и в то же время предложила рекомендации по вопросу о банковских гарантиях.

II

Хотя эти гарантии применяются в расширяющейся мировой экономике, правовые нормы содержатся в законодательствах лишь ограниченного числа стран. Но даже в них нормы сведены к довольно сжато сформулированным положениям.

Из правовых норм, касающихся гарантий, можно упомянуть о трех швейцарских Obligationenrecht; в соответствии с этими положениями

---

\* Документ A/CN.9/20 и Add.1.

лицо, берущее на себя обязательства перед другим лицом за действия третьего лица, в случае неосуществления им взятых на себя обязательств несет ответственность за причиненный ущерб.

В статье 138 итальянского *Codice Civile* о гарантийных сделках указывается, что лицо, берущее на себя обязательство, касающееся обязанности третьего лица, в случае отказа третьего лица от обязательств или невыполнения предусмотренных действий должно возместить убытки другой договаривающейся стороне.

Необходимо упомянуть также раздел 124 итальянского Закона о контрактах 1872 года (№.IX, 1872 год), который объединяет нормы в целом неписанного английского права, по которому договор о возмещении убытков накладывает на одну страну обязательство возместить ущерб, причиненный другой стороной или третьим лицом.

Эти положения права, которые, безусловно, соответствуют широко распространенному понятию гарантии, применимы к банковской гарантии, хорошо известной в современной деловой жизни, в такой же степени, как и статья 248 Венгерского гражданского кодекса.

Так, договор о возмещении убытков по индийскому праву близок к понятию обеспечения выполнения обязательств. В частности, банковской гарантией банкиры не связывают свою собственную позицию. Во всех трех нормах, касающихся экономических оснований банковской гарантии, которая с правовой точки зрения является независимой акцией, третье лицо, имеющее столь важное значение, т.е. клиент, который возмещает сумму, предусматриваемую гарантией, или обязующее произвести оплату комиссионных банку, отсутствует. В этих нормах это третье лицо отходит на второй план. Оно не обязательно должно быть ознакомлено с выданной или оформленной от его имени гарантией; более того, такое лицо не обязательно даже должно существовать.

В самое последнее время регулирование этого вопроса предпринято в Чехословацком кодексе внешней торговли. В соответствии со статьей 665 Кодекса, банковская гарантия обязывает банк (банковское учреждение) удовлетворить требования гарантадержателя (верителя) в

соответствии с гарантийным договором, если третье лицо, определенное в договоре, не выполнит своих обязательств или если указанные в гарантии условия не будут выполнены. Судя по докладу (примечание 11 на стр. 5), это определение согласуется с понятием гарантии и с понятием договора о возмущении убытков. Поскольку доклад Чехословацкого кодекса внешней торговли приводится как исключение из правила, в соответствии с которым торговое законодательство не регулирует вопрос о банковских гарантиях, то в докладе, видимо, банковская гарантия отождествляется с договором о возмещении убытков; таким образом, первая часть статьи 665 Чехословацкого кодекса отчасти считается обеспечением, а вторая — собственно гарантией. Мы не можем разделять это мнение. По нашему мнению, первая и вторая части этих явлений связаны друг с другом принятием категорий в более узком или более широком смысле, однако они ни в коем случае не могут быть определениями двух различных правовых институтов.

С другой стороны, в докладе не делается ссылки на статью 672 Чехословацкого кодекса, по которому в банковскую гарантию входит обязательство банка выполнить гарантированные обязательства по первому уведомлению гарантодержателя, не предъявляя иска на который в противном случае клиент в качестве дебитора будет иметь право по отношению к гарантодержателю в соответствии с обязательством, усиленным гарантией. Если применять это положение, то любая часть определения статьи 665 превратится из обеспечения в гарантию. Таким образом можно сказать, что Чехословацкий кодекс внешней торговли относит банковскую гарантию не к автономному институту права, имеющему конкретное назначение, а лишь к подвиду банковского дополнительного обеспечения.

Возвращаясь к тому, что в докладе банковская гарантия отождествляется с договором о возмещении убытков, мы хотели бы отметить, что в Чехословацком кодексе договору о возмещении убытков соответствует обещание такого возмещения, а не банковская гарантия. Обещая возместить убытки, лицо берет на себя обязательство возместить партнеру

любые потери, возникающие из сделки, в которую оно вступает по просьбе заявителя, хотя он не обязан этого делать.

Мы незнакомы с чехословацкой практикой внешней торговли. По нашему мнению, правовое обязательство возмещать убытки необходимо использовать, например, когда с заключением сделки связаны интересы государства и когда заинтересованная сторона не может принимать связанный со сделкой риск. В этом случае высший орган должен идти на риск, связанный с такой сделкой. Обязательство в отношении возмещения убытков является одной из основных функций лица, взявшего на себя обязательство (веритель вступает в правоотношение с третьим лицом по просьбе лица, взявшего на себя обязательство). Обязательство возмещать убытки проводит различие между гарантиями лица, взявшего на себя обязательство, и банковской гарантией, когда банки являются важной, но тем не менее второстепенной стороной, так как основная сделка может быть заключена даже без вмешательства банка. Обязательство в отношении возмещения убытков связано с предположением риска, а не ограничением риска, как это предполагается при банковском дополнительном обеспечении или при банковской гарантии (положение статьи 673 Чехословацкого кодекса о обязательствах клиента в связи с банковской гарантией).

Общность, как она толкуется в чехословацком законодательстве, между банковской гарантией и обязательством в отношении возмещения убытков подтверждается в статье 674 кодекса, в соответствии с которой в том случае, когда осуществление каких-либо действий, вытекающих из банковской гарантии, обуславливается обязательствами третьего лица, положения, регулирующие вопрос об обязательстве возмещать убытки, должны применяться в соответствии с их смыслом.

Соответствующие положения венгерского права, а также позиция, занятая венгерскими юристами, в целом соответствуют положениям и доктрине немецкого статутного права и немецкой юриспруденции в вопросе о *Bürgschaft und Garantie* (банковской гарантии).  
Нормы, регулирующие поручительство, приведены в статьях 272-276

Венгерского гражданского кодекса. По договору о поручительстве поручитель берет на себя выполнение обязательств перед верителем, если должник окажется не в состоянии выполнить их. Если банк взял на себя обязательство по поручительству, то поручитель не может путем предъявления иска требовать, чтобы лицо, которому дается обязательство, сначала попыталось получить причитающуюся ему сумму от должника (при совместной ответственности и нескольких поручителях).

В Венгерском гражданском кодексе нет института гарантии (банковской гарантии) в той форме, в которой он принят в международной торговле и коммерции. В то же время некоторые считают, что в разделе Венгерского гражданского кодекса о гарантиях (статья 248) признается такое толкование, которое охватывает гарантию не только осуществления действий должником, но также и другим лицом, хотя, несомненно, гарантия почти безусловно должна обеспечивать движимое или недвижимое имущество и в этом плане она близка к простому поручительству. В целях правового урегулирования этого вопроса венгерская юриспруденция считает, что гарантия по существу означает, что лицо, берущее на себя обязательство выполнить действия за другое лицо, несет ответственность за ущерб, причиненный в случае невыполнения действий этим другим лицом.

Даже если поручительство и гарантия в экономическом смысле служат одной и той же цели (а именно ограничению риска), то с правовой точки зрения между ними существует большая разница. Кратко эту разницу можно описать следующим образом. Поручитель выполняет действия за другое лицо, т.е. за основного должника, в то время как поручитель действует от своего имени. Поручительство — это вторичное действие, в то время как договор о гарантии является самостоятельным взятием на себя обязательств. Поручитель не может предъявлять иск, на который по договору имеет право кредитор. Взятие на себя обязательства по гарантии само по себе не создает правоотношений между банком и должником, т.е. должником, действия которого по отношению к другому лицу гарантируется банком. При этом не существует правовой обязанности, как при осуществлении действий поручителем. Выплаты,

/...

произведенные по договору о гарантии, возмещаются банку лицом, в отношении которого сделана гарантия, на основании договора представительства между банком и лицом, в отношении которого существует гарантия. По времени этот договор представительства предшествует выдаче гарантии. Таким образом сущность гарантии заключается в возмещении убытков, вызванных неудовлетворительными действиями, а не во взятии на себя обязательств должника.

Если сравнить то, что было сказано в отношении юридического характера гарантии, с типичными формулировками форм гарантийных писем, издаваемых банками, то представляется оправданным замечание о том, что в них речь идет скорее об осуществлении или неосуществлении действий третьим лицом, чем о последствиях или о возмещении убытков. Дело в том, что, в частности, используемые в настоящее время в международной торговле банковские гарантии в целом относятся к убыткам, связанным с осуществлением или неосуществлением действий, хотя в ряде случаев гарантированное осуществление действий не может быть заменено точно таким же осуществлением со стороны банка. Практически, осуществление действий банком заключается лишь в денежных выплатах. Предметом гарантии является прибыль, связанная с осуществлением действий по основным пунктам договора в денежных расценках.

Однако все, что было сказано по предмету гарантии, применимо не ко всем видам банковской гарантии. Описанные здесь виды банковской гарантии соответствуют существу гарантий предложения или гарантий осуществления действий. В то же время экономическое содержание гарантий возмещения авансов или гарантий выплаты покупной цены, т.е. гарантий обычных в практике, помимо вышеописанных, носят иной характер. По гарантии возмещения авансов банк гарантирует возмещение бенефициарию аванса в случае, если в связи с нарушением договора покупатель выходит из этого договора. В данном случае речь идет не о прибыли, связанной с основным договором: целью этой гарантии является содействие покупателю в получении им обратно уже внесенных авансов. По гарантии цены покупки банк гарантирует выплату покупателю полной стоимости

приобретения. Поскольку банк должен выплатить большую сумму по первому уведомлению, не вникая в правоотношение между продавцом и покупателем, этот вид гарантии не имеет широкого распространения. Гарантия цены покупки обеспечивает покупателю предъявление претензии продавцу, несмотря на неправомерные действия.

Несомненно эти два последних вида гарантий составляют новую категорию банковской гарантии. В то время как гарантия предложения или неустойки и гарантия осуществления действий обеспечивают прибыль, связанную с договором по системе единообразных ставок (определение "неустойки" можно отнести к этому виду гарантии), и выполняют функцию договорной гарантии, гарантия возмещения аванса и гарантия цены покупки имеют не только характер договорной гарантии, но в то же время являются методами платы или выплаты. В этом отношении эти гарантии применяются к документированному кредиту. Естественно, документированный кредит является сам по себе формой выплаты (хотя он имеет свойство гарантии, выдаваемой по обязательству), в то время как гарантии выплаты аванса и цены покупки являются лишь методами осуществления второстепенных действий. Фактически бенефициарий в принципе должен обращаться к своему партнеру за уплатой или повторной уплатой.

С другой стороны, гарантия предложения, гарантия осуществления действий и гарантия цены покупки обеспечивают осуществление положений сделки (в отношении двух первых - в пользу покупателя, а в отношении последней - в пользу продавца). Гарантия уплаты аванса не может выполнять эту функцию. Практически эта гарантия дается на случай нарушения контракта, и ее целью является компенсация изменения финансового положения сторон, вызванного уплатой аванса.

Наконец, конкретные гарантии можно сопоставлять друг с другом с точки зрения той стороны основной сделки, интересы которой та или иная гарантия призвана защищать. Гарантия предложения, гарантия осуществления действий и гарантия уплаты аванса защищают интересы покупателя, в то время как гарантия цены покупки - интересы продавца.

/...

Что касается правового содержания гарантии, то к тому, что было сказано при ее сравнении с поручительством, мы добавили бы следующее: по нашему мнению, банковская гарантия — это не только один из подвигов гарантии, т.е. она отличается от нее не только тем, что имеет конкретный предмет. Сущность банковской гарантии заключается в том, что банк выплачивает деньги по первому требованию, не исследуя вопроса о законности требования. Это не только означает, что банк не может предъявить иск, на который его клиент имел бы право по основной сделке, но также что банк не может настаивать на численном возмещении потери бенефициария, так как гарантия обеспечивает единовременное возмещение. Ни в одной из правовых норм, регулирующих договор о гарантии, договор о возмещении убытков или обязательство в отношении возмещения, не предусмотрено, что гарант не может настаивать на предъявлении бенефициарием свидетельств в отношении количественной стороны его потерь.

## III

Что касается раздела доклада, относящегося к гарантированию уплаты по переводным векселям посредством авая (А.П.4), то мы хотели бы отметить, что в то время, как в первом предложении пункта 15 говорится о гарантиях, выдаваемых с помощью авая на переводных векселях, то в следующем предложении говорится о вексельном поручительстве по Женевской конвенции, которая легла в основу единообразного закона о переводных и простых векселях. Поскольку в странах с обычным правом поручительство по уплате векселя как таковое не известно, гарантия обычно выдается в виде обязательства авалиста. Практически не только в странах с общим правом по закону, регулирующему вопросы о векселях, обращаются к ответственности любого другого лица, подпись которого стоит на векселе (индоссант, трассант). Более того, известны случаи, когда основной должник по главному договору по векселю выглядит лишь как должник, к которому можно предъявить регрессный иск, и наоборот, поручитель может взять на себя ответственность акцептанта. Наконец, по вексельному праву стран с общим правом поручительство может иметь место в форме совместной акцептации, когда трассатами векселя являются два разных лица.

## IV

Наконец, мы бы хотели сказать несколько слов о главе А.П.5, в которой идет речь о проблемах, связанных с видами гарантии вообще и в частности.

В пункте 16 доклада помимо тех видов гарантии, которые обычны в международной торговле (гарантия предложения, гарантия осуществления действий, гарантия возврата аванса) среди форм гарантий, используемых в международных отношениях, имеется гарантия цены покупки, которая может быть включена в понятие гарантии в более широком смысле, чем тот, который дается в пункте 4. В то время как гарантия,

/...

о которой говорится в докладе, покрывает от 5 до 10 процентов стоимости, фиксируемой в сделке, гарантия цены покупки распространяется на 100 процентов этой стоимости. С другой стороны, эта гарантия является лишь второстепенным действием. Гарантия цены покупки до 100 процентов стоимости по сделке встречается редко.

Что касается пункта 17 доклада по некоторым проблемам в связи с гарантией, то мы хотели бы сделать следующие замечания:

1. В отношении конкретных формальных моментов: в соответствии с пунктом 2 статьи 262 Венгерского гражданского кодекса поручительство дается только в письменной форме. Из-за отсутствия правового регулирования вопроса о гарантии (банковской гарантии) такого положения в этой связи не существует. Так или иначе банковские гарантии на практике должны выдаваться в письменной форме. Частично это вызвано тем, что заключение сделки или ее вступление в силу обуславливается оформлением документа, содержащего гарантию, и частично тем, что письменная форма соответствует банковской практике.

2. В отношении действительности обязательства уплаты неустоек. Что касается венгерской правовой практики, то проблема действительности гарантии уплаты неустоек даже не возникает. По венгерскому праву именно в связи с необходимостью правового урегулирования нет никаких действующих ограничений в отношении тех требований или долгов, для удовлетворения которых могли бы выдаваться гарантии.

3. По вопросу о необходимости ценностного рассмотрения: по нашему мнению, проблема ценностного рассмотрения в первую очередь должна быть решена юристами обычного права.

4. По вопросу о способности гаранта брать на себя обязательства: здесь доклад несомненно касается того, о чем было четко сказано в пункте 14, т.е. о том, что в некоторых странах, как, например, в Соединенных Штатах Америки, национальные банки и банки штатов отказываются брать на себя риск, связанный с гарантией. По нашему мнению, устранение этих трудностей входит в юрисдикцию

/...

национальных законодательств соответствующих штатов. Это, однако, не препятствует Организации Объединенных Наций обратиться с призывом к компетентным органам соответствующих стран принять необходимые меры для устранения юридических препятствий на пути международной торговли.

5. По вопросу о выборе права: как и в связи с проблемами, возникающими из дифференциального правового понятия или правового регулирования гарантий, в значительной степени проблемы противоречия между законодательствами решаются тем, что в связи со свободой заключения договоров стороны могут определять содержание своих договоров. Даже помимо этой свободы, международное частное право разрешает сторонам выбирать законодательство, которое должно регулировать их сделку. Эти и подобные им положения можно встретить также в международных банковских процедурах.

Венгерский свод международного частного права, находящийся в настоящее время в процессе составления, предусматривает в своей специальной части обязательственного права (договорного права), что в число гарантий входит также банковская гарантия. Хотя в проекте свода не упоминается гарантия (банковская гарантия), как конкретный вид сделки, тем не менее, нормы и положения общей части свода явно относятся также к этому виду гарантии. Во-первых, как при поручительстве, так и при гарантии избираемые стороны законодательства являются обязательными. Если стороны не избрали право, то поручительство и гарантия регулируются правовыми нормами, под которые подпадают подобные сделки. Например, для банковской сделки обязательным будет право того места, где расположен этот банк, однако при условии, если на содержание и объем обязательства гаранта распространяется право, регулирующее основное обязательство. Что касается заключения договора, то помимо существенных условий его действия *lex causae* в отношении формальных требований, предъявляемых к договору по отношению к попечительству и гарантии, обязательным является *lex loci contractus*. Правоотношение между представившим гарантию банком и клиентом регулируется как банковским законодательством, так и законодательством, под которое подпадает его партнер.

/...

Со своей стороны мы предлагаем, что если ЮНСИТРАЛ решит разработать стандартную формулировку банковской гарантии, то право, в соответствии с которым банк будет брать на себя такие обязательства, должно быть также правом, регулирующим эти гарантии.

Наконец, в этой связи мы хотели бы сделать следующее замечание в отношении пункта 14. В этом пункте упоминается, что в некоторых странах требования, вытекающие из договоров о гарантиях, не могут удовлетворяться по закону ввиду того, что они, якобы, имеют характер наказания, и судебные органы считают такие договоры недействительными. Эта позиция не разделяется правовыми положениями Венгрии.

В пункте 18 поднимается вопрос об условиях, при которых бенефициарий может предъявлять требования по гарантии. Для того чтобы сократить риск двойного осуществления действий, по мнению авторов доклада, по-видимому, необходимо ограничить риск, вытекающий из одностороннего определения требователем по гарантии, как стороны в заключенной сделке в отношении выполнения действий другой стороной. В качестве примера, в докладе делается ссылка на "случай, когда бенефициарий по первоначальному договору имеет право на уменьшение присуждаемого истцу возмещения за частичное выполнение действия". Практически это создает настоящую проблему. Однако мы хотели бы пойти еще дальше: по гарантии цены покупки может произойти так, что продавец-бенефициарий не передает вещи, но предъявляет требования по гарантии. Здесь уместно спросить, связан ли этот риск с гарантией как независимым безусловным обязательством уплаты долга. Среди многочисленных банковских гарантий поручительство известно как второстепенное обязательство, когда берущее на себя обязательство лицо может предъявлять иск на основании заключенной сделки. Документированный кредит или аккредитив также хорошо известен как независимое обязательство, однако они обусловлены составлением определенных конкретных документов. Наконец, есть гарантия, которая не только является независимой, но, по нашему мнению,

/...

по существу безусловным взятием на себя обязательств. Даже если обязательство уплаты гарантом обусловливается наступлением срока уплаты, то такое условие будет лишь формальным, так как, по нашему мнению, при выполнении гарантии достаточно одной лишь ссылки на факт, определяющий основание ее осуществления. Практически банк не может проверить существование такого основания, так как тем самым банк предпримет исследование заключенной сделки, что не может делать даже в случае предоставления документированного кредита, связанного с определенными условиями; банк имеет право провести подобное исследование только по договору поручительства.

Введение гарантии в этом смысле поддерживается также практикой венгерских банков. В Венгрии заявление о взятии обязательств или обязательства выдаются или принимаются в качестве гарантии, в соответствии с которой банк выполняет свое обязательство об уплате по первому уведомлению, не вдаваясь в отношения между продавцом и покупателем.

Естественно, позиция, которую мы разъяснили выше, т.е., что гарантия по своему характеру является автономной и безусловно юридической сделкой, не ограничивает и не может ограничивать обычно признаваемую в гражданском праве свободу сторон, выбирать вид договора. Стороны могут вступать в юридические и коммерческие отношения, которые находятся в области между двумя видами договоров. Однако при юридической сделке такого вида неизбежно возникнет проблема квалификации. Иными словами, обязательство осуществить выплату цены покупки при условии составления определенных документов явится скорее документированным кредитом, а не гарантией. На практике именно общий принцип является действительным правовым содержанием сделки, а не формулировка, определяющая правовую квалификацию. Таким образом, гарантия, ставящая уплату в зависимость от составления определенных документов, должна регулироваться нормами документированного кредита. [Единые обычаи и практика документированных кредитов, Общие положения и определения a и b.]

/...

Тем не менее, остается некоторая разница между этими двумя видами обязательств. Если покупатель заявил, что документированный кредит должен предоставляться во исполнение договора, то он освобождается от всех других действий в связи с уплатой. Продавец, т.е. бенефициарий по документированному кредиту должен требовать от банка выплаты цены покупки. Обязанность покупателя в отношении цены покупки вновь возникнет только в чрезвычайных случаях, если банк обанкротится. С другой стороны, в случае выдачи гарантии, покупатель должен сам обеспечить выплату цены покупки. В обычной практике продавец должен вначале обратиться к покупателю за уплатой. Если продавец это сделает через банк, предоставляющий гарантию, то банк выплатит ему деньги за покупателя, а не на основании своей собственной гарантии. Продавец может обратиться в банковское учреждение, выдавшее гарантию только в случае отказа покупателя от уплаты. Эта разница вытекает из уже описанного выше обстоятельства; помимо договорного обеспечения, документированный кредит является формой уплаты, согласованной в договоре, в то время как банковская гарантия является лишь второстепенным методом урегулирования и, независимо от ее функции, как договорного обеспечения.

Мы хотели бы теперь вернуться к такому случаю, когда бенефициарий явно на законном основании, справедливо обосновывая свой иск по гарантии, явно недобросовестно требует гарантированную сумму, т.е. тогда, когда он вообще не передал вещь. По нашему мнению, предоставляющий гарантию банк может иметь возможность отказаться от уплаты, а также от любой юридической сделки, которая с точки зрения гарантии является незаконной. Случаи подобного рода безусловно имели место в международной банковской практике. По нашему мнению, нет ничего необычного в таком отказе от уплаты. Это не повлияет на поручительский характер банковской гарантии. Практически дело такого рода может возникнуть при выдаче документированного кредита, а также поручительства. Когда бенефициарий требует

/...

недобросовестно уплаты, он, очевидно, будет воздерживаться от обращения в суд. Тем не менее, если он все-таки возбудит дело против банка, предоставившего гарантию, то банк может успешно защищаться, ссылаясь на честь и bona fides [bona fides, True und Glauben], т.е. принципы, содержащиеся в некоторых кодексах. В пункте 1 статьи 5 Венгерского гражданского кодекса запрещается злоупотребление правом. Бенефициарий, недобросовестно предъявляющий иск по банковской гарантии, может быть обвинен в злоупотреблении законом. Это право не создает проблему необоснованного обогащения: оно лишь служит для его защиты против нарушения договора другой стороной договора.

Несомненно в этом случае затрагивается та позиция, которую мы ранее заняли в этом вопросе, т.е. независимый и безусловный характер банковской гарантии. Фактически, банк подвергает изучению первоначальную сделку. Однако на практике, прежде чем выполнить свои обязательства по гарантии, банк так или иначе свяжется со своим клиентом, которого он представляет в договорных отношениях, как своего кредитора и держателя счета, с тем чтобы обсудить с ним вопрос о том, какие действия необходимо предпринять. Банк может обусловить это даже в самом договоре. Необходимо также помнить, что банк, заботящийся о своей международной репутации, откажется от своих обязательств только в крайнем случае.

Здесь мы хотели бы отметить, что может возникнуть случай, когда банк подвергает изучению отношения между его клиентом и бенефициарием. Это происходит в том случае, когда в одном из положений банковской гарантии указывается, что обязательство банка по гарантии будет сокращаться пропорционально сделанным выплатам или произведенной передаче вещи. Однако в этом случае банковское учреждение в свете фактов, связанных с заключенными сделками, изучает свои обязательства перед бенефициарием, зафиксированные в гарантии или во всей основе его предложения гарантии.

Безусловно существует потребность в регулировании права банка отказаться от уплаты. В случае, если банковская гарантия будет определена и ее использование будет зафиксировано письменно, то необходимо дать конкретное определение этого права банка. Банк мог бы отказываться от уплаты по гарантии в соответствии с одним положением, если он убежден, что сумма, на которую претендует бенефициарий, уплачена покупателем полностью или частично (двойное выполнение). В этом случае банк узнает о факте уплаты в силу своих полномочий банка покупателя, которому поручено сделать эту уплату, т.е. именно банк уплачивает деньги за покупателя и от его имени.

Что касается зачета требований и встречных требований, то, по нашему мнению, банк не должен иметь права на предъявление иска по зачету требований, на что, в противном случае, будет иметь право его клиент, так как в этом случае банк будет изучать отношения, существующие между сторонами. В соответствии с пунктом 3 статьи 337 Гражданского кодекса Венгрии о совместной и раздельной ответственности требования должников не могут быть использованы для зачета требований.

С другой стороны, что касается погашения встречного требования банка по отношению к бенефициарию с помощью зачета требований, то мы считаем, что такое право должно предоставляться. Это, разумеется, будет связано с погашением обязательства клиента банка, выдавшего гарантию. В Гражданском кодексе Венгрии имеется соответствующее положение (ст. 337, пункт 1).

V

Среди гарантий, используемых в постоянно растущей международной торговле, банковская гарантия занимает все более видное место. Среди приведенного выше описания правовых норм, мнений юристов и банковской процедуры, связанной с правовым институтом банковской гарантии (для которого доклад дает отличную базу и в который мы также хотели бы внести свой вклад), мы склонны считать, что ЮНСИТРАЛ лучше всего послужит интересам международной торговли и коммерции, если она не примет правовые нормы какой-либо правовой системы в отношении банковской гарантии. Вместо этого в своей будущей работе ЮНСИТРАЛ может сосредоточить свое внимание на банковской гарантии в том виде, в котором она используется в ежедневной практике международной торговли (хотя она несколько далека от понятия гарантии изменяющегося содержания, обычно регулируемой статутными правилами), и, учитывая конкретные виды банковских гарантий, ЮНСИТРАЛ мог бы использовать результаты банковской практики.

Возвращаясь к предложениям, выдвинутым венгерской делегацией на сессии ЮНСИТРАЛ в этом году в Женеве, мы хотели бы предложить, чтобы Комиссия обратилась к компетентным организациям или лицам с просьбой изучить проблемы, связанные с банковскими гарантиями, составить образцы банковских гарантий и, возможно, предложить рекомендации в отношении стандартной формулировки банковской гарантии.

B. Ценные бумаги

I

В докладе широко и подробно обсуждаются проблемы страховых процентов на имущество. Применяемый в докладе метод дает возможность рассмотреть соответствующие правовые институты различных стран и проанализировать существенные черты этих институтов. Доклад очень полезен также тем, что в нем имеется ссылка (хотя и поверхностная) на некоторые неурегулированные моменты, связанные со страховыми

/...

процентами по имуществу, которые могут неожиданно обнаружиться в области права международных платежей и которые ждут своего урегулирования. Добавление к докладу может оказать ценную помощь тем, кто занимается изучением этой проблемы и подробно изучает соответствующие правовые институты различных стран.

## II

Ниже следуют наши замечания по содержанию доклада и добавлению. В отношении пункта 21 доклада мы хотели бы добавить, что, как показал наш опыт, использование страховых процентов по имуществу имеет место, хотя и не слишком часто, в связи с международными кредитными сделками во взаимных правоотношениях сторон даже без вмешательства банковского учреждения. Однако, по нашему мнению, после консолидации соответствующих законодательств положение, по-видимому, изменится.

В докладе и в добавлении до самых мелких деталей рассматриваются наиболее важные виды ценных бумаг, регулируемые законодательством конкретных стран. Помимо правовых институтов, обсужденных в докладе и в добавлении, по нашему мнению, в связи с частым использованием в банковской процедуре было бы полезно упомянуть об институте получения доверенности. Он используется в связи с финансированием торговли и, в частности, международной торговли. "Получение доверенности" оформляется покупателем; этим документом он берет на себя ряд обязательств перед банком, предоставляющим ему кредит в той или иной форме по уплате цены покупки товаров, которые он приобрел в силу документов, переданных ему банком.

В зависимости от характера соглашения получение доверенности бывает различным по содержанию. Часто банк сохраняет за собой право запретить продажу товаров покупателям или обязывает покупателя хранить товары от имени банка или наблюдать за товарами. Банк может также иметь право требовать, чтобы выплаты, сделанные в отношении частичной продажи, направлялись непосредственно в

/...

банк и т.д. Сущность действий должника заключается в том факте, что он имеет в своем распоряжении документы или сами товары по доверенности банка. Покупатель является лишь залогодержателем банка, пока он не погасит свой долг, т.е. долг, вытекающий из уплаты банком цены покупки товаров кредитору или взятию обязательства в отношении этого долга по прямому векселю.

В судебной практике ряда стран в соответствии с доверенностью банк имеет первоочередность в случае банкротства должника. Специальное право удовлетворения бенефициария (т.е. банка) признано в правовой системе Соединенных Штатов Америки. Практически большинство штатов присоединились к закону штата Нью-Йорк 1934 года о единых нормах предоставления доверенности. Для юридической поддержки "фидуциарного ипотечного залога движимости" необходимо, пожалуй, лишь какое-то фиксирование его в общественных документах. Даже без такого фиксирования (главным образом в практике стран с обычным правом, как уже отмечалось) в некоторых местах даже в законодательстве имеется тенденция признать определенное влияние доверенности, помимо влияния договорного права. Этот институт в настоящее время находится в стадии развития.

Точно так же заслуживает упоминания в связи с его особым характером институт factoring<sup>1/</sup>. Этот институт получил особое распространение в Соединенных Штатах Америки. Хотя сам институт нельзя считать страховым процентом по собственности в строгом смысле слова, тем не менее, в нем имеются общие черты с залогом или ипотечным залогом. В сущности, по этому институту кредитор предъявляет лицу требования, вытекающие из договоров о продаже товаров. После этого это лицо имеет право на получение финансовых средств или берет на себя весь риск. Это требование предъявляется на основе ценностных соображений, а институт factoring используется в связи с

---

<sup>1/</sup> Наложение ареста на имущество должника у третьего лица или на суммы, причитающиеся должнику с третьего лица.

договорами о продаже, по которым требования продавца не представлены в виде коммерческих и иных годных для учета документов. Однако это лицо не обязано брать на себя риск, если неуплата вызвана дефектами товаров.

По нашему мнению, в добавлении справедливо отмечается, что в современной коммерческой практике фидуциарный ипотечный залог движимости весьма приемлем; по такому договору стороны соглашаются на залог в пользу кредитора без фактической передачи движимости. Из исследования этого вопроса вытекает, что в праве ряда стран фидуциарный ипотечный залог движимости не может возникнуть без фактической передачи движимости (*traditio*). Несмотря на довольно строгие положения статутного права, которые предписывают фактическую передачу движимости во многих странах, различные виды залога движимости (например товаров, запасов, оборудования, грузов и т.д.) появились в торговле, главным образом во внешней торговле, когда фактическая передача или *traditio* (или любое другое действие, эквивалентное передаче и гарантированию исключительного права кредитора на распоряжение) заменяется символическими действиями, которые по законодательству ряда стран не создают последствий ипотечного или какого-либо иного залога. Помимо институтов, о которых говорится в докладе и в приложении (фидуциарный ипотечный залог движимости и т.д.), Австрийский гражданский кодекс признает эту форму в отношении движимости, "фактическая передача которой из рук в руки" невозможна; однако необходимо сделать какое-либо указание для того, чтобы все могли без труда определять факт наличия ипотечного или иного залога (статья 452). В силу этого положения австрийский *Mastkreditgesetz* (Закон об откорме скота) от 1932 года предусматривает возможность залога скота (в порядке гарантирования кредита на откорм), когда скот можно отличать по породе. В швейцарском гражданском кодексе (статья 885) содержатся положения, регулирующие "залог скота", который может иметь место в качестве обеспечения займов, предоставленных банками или кооперативами путем

/...

занесения в общественные документы.

В связи с этим можно упомянуть об отмененном впоследствии положении о залоге зерна по венгерскому праву. Определенное количество зерна, хранящегося в зернохранилище или амбаре, можно отдавать в залог в порядке гарантирования краткосрочных кредитов. Заложенная движимость остается во владении должника. Однако вместе с заявлением о залоге, залогодатель передает залогодержателю и кредиторам ведомость с указанием вида зерна, его количества и качества. Внесение этой ведомости в официальные документы делает залог действительным. В венгерском гражданском праве содержится довольно интересное положение о залоге движимости. В венгерском гражданском кодексе (статья 262) по вопросу о "праве удержания индивидуально определенной вещи в целях обеспечения банковского кредита" существует специальное положение о том, что право удержания может иметь место даже без передачи удержанной собственности. Банк обуславливает право удержания в договоре кредита, и оно возникает по выплате кредитной суммы. Право удержания как обеспечения банковских кредитов возникает не в силу передачи, а в силу фиксации в договоре кредита. Тем не менее, в отношении движимости, подпадающей под право удержания и остающейся в надежном владении должника, банк обычно оговаривает, что должник не может отчуждать эту движимость без согласия банка. Право удержания как обеспечения банковского кредита гарантирует банку первоочередность удовлетворения. Если движимость переходит во владение банка, то банк может взять назад свои требования по договору о займе в отношении движимости в соответствии с правом удержания без вмешательства суда. Особенностью движимости, подпадающей под право удержания как гарантии банковских кредитов, является то, что она может изменяться в ходе производственной или коммерческой деятельности должника (колебания права удержания).

/...

Ш

Из довольно обширного материала доклада и приложения, а также если обратить внимание на имеющийся в венгерском праве институт "право удержания как обеспечения банковских кредитов", то представляется, что в отношении страховых процентов по собственности (недвижимости) явно намечается тенденция образования страховых процентов по собственности даже без передачи вещи кредиторами. Возникающая при этом основная проблема заключается в абсолютном действии гарантии, т.е. в ее действительности даже в отношении третьих лиц. Фактически в международной торговле не может возникнуть абсолютного значения путем внесения оборотного документа в какие-либо официальные реестры. И здесь снова в связи с различным характером вещей, в отношении которых может возникнуть право удержания или которые могут быть заложены, могут появиться некоторые ограничения в отношении внесения в официальные реестры.

По нашему мнению, современная торговля и коммерция требуют большей эластичности в правовом регулировании залога движимости или права удержания. Эта потребность будет наилучшим образом удовлетворена созданием универсального института абсолютного действия залога движимости. Именно поэтому мы согласны с тем, как освещается эта проблема в докладе и добавлении. ЮНСИТРАЛ было бы полезно просить компетентные организации или лица изучить единые международные правила залога движимости и возможности создания общественных реестров для фиксации факта залога. Доклад о результатах этого исследования мог бы затем быть представлен ЮНСИТРАЛ.

/...

КЕНИЯ

[Подлинный текст на английском языке]  
8 декабря 1969 года

В целом в Кении применяется то же самое законодательство в отношении гарантий поручительства и ценных бумаг, которое действует в Англии. Однако, Постоянное представительство Республики Кении при Организации Объединенных Наций хотело бы обратить внимание Генерального секретаря на 2 особых положения. Первое - это Закон о передаче движимости (глава 28) с особой ссылкой на предании залогу движимости характера обеспечения. Вторым является Закон о гарантии (займах) (глава 461 Изменения 1967 года с изменениями, внесенными в него Законом № 44 от 1968 года), который регулирует предоставление гарантий правительством Кении.

/...

МЕКСИКА

[Подлинный текст на испанском языке]  
18 декабря 1969 года

Личные и вещественные гарантии в мексиканском праве

Личными гарантиями являются такие гарантии, предоставляемые третьим лицом в отношении обязательств должника, по которым он соглашается отвечать своим личным имуществом.

Вещественные гарантии (обеспечение) - это такие гарантии, которые предоставляются в отношении имущества, прав и даже владений (например, в случае передачи гарантии и ипотечного залога движимости) должника, с тем чтобы их стоимостью и с помощью особых обязанностей фиксируемых законом, владелец отвечал за выполнение обязательств, взятых на себя должником в определенной юридической сделке.

I. Личные гарантии

Эти гарантии могут быть общего характера, т.е. применимы к любому договору или сделке; или особого характера, когда они применяются лишь к определенным сделкам или отношениям.

1. Гарантии общего характера:

а) взятие на себя третьим лицом, как солидарным должником обязательств, лежащих на должнике.

По мексиканской системе солидарная ответственность не предполагается ни в гражданско-правовой области, ни в торговле. Ее источником является закон, положениям которого она должна следовать на практике (статья 1988 Гражданского кодекса); тем не менее имеются важные исключения из предыдущего правила в области торговли (а также в области финансового права, трудового права и т.д.).

/...

Законом о титулах и кредитных операциях (ЛТОС) определяется пассивная солидарная ответственность подписчиков-акцептантов, индоссанта и авалиста - в отношении стоимости (обменный вексель, простой вексель, чек, долговые обязательства, ордер на движимость) (статьи 174, 196, 228 и 251); в отношении кредитных операций, регулируемых этим же законом (статья 4) устанавливается солидарное обязательство содолжников. В эти кредитные операции входят распределение, банковские депозиты (денег, ценных бумаг и товаров), открытие кредита (простого, подтвержденного, прекращаемого и непрекращаемого, на текущем счету, по поручительству или ссуде), залог и поручительство.

ь) Финансовый договор, в силу которого поручитель обязуется заплатить кредитору, если этого не сделает должник (статья 2794 Гражданского кодекса).

Как и в предыдущем случае поручительство может иметь место в силу любого гражданского правового или коммерческого договора или сделки, в том числе его можно отстаивать в судебном порядке и использовать в положениях и отношениях, настолько далеких от частного права, как те, которые имеют своим источником судебное решение по уголовным делам в целях предоставления условной свободы обвиняемому (освобождение под залог).

В отличие от солидарной ответственности, которая регулируется только гражданским кодексом, залог регулируется также торговым правом (Закон о институте залога), которое помимо регулирования обязательств компаний или предприятий, предоставляющих такие гарантии в качестве исключительной и профессиональной операции, регулирует сам договор, заключаемый с этими компаниями (залог предприятия).

Коммерческий характер залога вытекает из того, что это действие дополняет другое, основное коммерческое действие, предпринимаемое залоговой компанией.

Мексиканское право признает законность отказа от так называемых "законных и оправданных выгод" или иными словами от обязательства кредитора обращаться вначале к основному должнику и покрывать его долг его имуществом (статья 2814 гражданского кодекса).

Залог предприятия, о котором говорится выше, позволяет обеспечивающей компании гарантировать не только действительное обязательство должника, но и в том числе будущие обязательства и обязательства, которые, например, могут возникнуть в связи с куплей-продажей или долгосрочной поставкой, в отношении которой имеется договоренность с продавцом. Именно в этом смысле залог отвечает тем целям и требованиям, которые указаны в № 8 документа A/CN.9/20.

С другой стороны, законы Мексики позволяют залоговым компаниям гарантировать безупречность персонала предприятия, в силу чего они обязаны возмещать ущерб, нанесенный грабежами, обманами и злоупотреблением доверия со стороны служащих или работников (так называемый залог верности).

## 2. Гарантии особого характера:

а) Аваль или специфичная обменная гарантия, регулирующаяся в ЛТОС статьями 109 и 116; этот вид гарантии относится к переводным векселям, но применим также к простым векселям (статья 174), к чекам (статья 196) и к ордерным платежным документам (статья 251). Аваль гарантирует целиком или частично уплату по документу; его может предоставлять третье лицо или любое другое лицо, и он должен фиксироваться на документе или прилагаемом к нему листе (статьи 109-111 ЛТОС). Как и по другим вексельным обязательствам, авалист солидарно отвечает вместе с тем, кому он выдал аваль, и его обязательство действительно, даже если оно будет номинальным (статья 114).

/...

Что касается международных кредитов, то кредиторы нередко запрашивают гарантии у мексиканского правительства, которые обычно предоставляются с помощью "авала федерального правительства". Как правило, эти гарантии, выдаются национальной казной при соответствующем закону разрешении Секретариата финансов и общественных кредитов.

б) Право удержания. Это право предоставляется в пользу той стороны договора, которая должна получить недвижимость в случае неплаты другой стороной ее стоимости.

В вещественном праве удержание имеет место только в том случае, если оно ясно предусмотрено в постановляющих положениях; в гражданско-правовой области это имеет место при купле-продаже (статья 2286), обмене (статья 2331), вкладе (статьи 2528, 2533 и 2534), строительстве (статья 2644), сдачи жилища в аренду (статья 2669), а также в области торговли при поручительстве (статья 306 Торгового кодекса) и транспортировки (статья 591, раздел VII Торгового кодекса). Один из видов удержания обязывает должника передать или сделать какую-либо вещь, если его партнер не выполняет взятого им обязательства; это является следствием неписанного соглашения в области двусторонних обязательств (статья 1949 Гражданского кодекса) и проявляется в процессуальном плане как в пользу лица, требующего выполнения (*inadimpleti non est adimplendum*), так и в пользу того, кто должен выполнить эти действия (*exceptio inadimpleti contractus*).

## II. Вещественные гарантии

1. В мексиканском праве нет общей неписанной гарантии, состоящей в том, что все имущество должника (аналогично общей ипотеке) гарантирует все его обязательства, даже в случае банкротства (статья 2919 Гражданского кодекса); напротив, вещественные гарантии, с одной стороны, конкретно относятся к имуществу (движимому или недвижимому), которое уточняется в соответствующем договоре; с другой стороны, они ограничены - *numerus clausus* - теми, которые определены в положительных нормах, и, наконец, необходимо в целях их перевода на третьи лица (другие кредиторы общего должника) вносить их в имущественные реестры (статья 2861 и 2919 Гражданского кодекса).

Автономия воли не действует в области вещественных гарантий (обеспечения), как она действует в области личных гарантий (номера 33 и 36 документа A/CN.9/20). Мексиканским правом предусматриваются следующие реальные гарантии или виды обеспечения: пункт в договоре купли-продажи о сохранении распоряжения при закладе движимого имущества; заклад (в отношении движимости), ипотека (в отношении недвижимости), хотя под ипотеку подпадают также торговые предприятия; банковские гарантии в промышленности и сельском хозяйстве, а в последние годы - гарантированные поручительства.

а) Пункт о сохранении владения. В Гражданском кодексе Мексики предписывается сохранение владения движимостью (товарами) у продавца в случае продажи по поручительству, при условии что этот пункт *reservati domini donac pretium solvatur* будет действительным для третьих лиц; если он будет внесен в имущественные реестры и если речь идет не о конкретных индивидуализированных и совершенно определенных вещах (см. номер 10 документа A/CN.9/20/Add.1).

Этот пункт запрещает покупателю отчуждать вещь, пока он не выплатит полную стоимость, а продавцу предоставляется право получить ее в случае невыполнения обязательств и даже в случае банкротства должника, а также право на получение вознаграждения за то время, в течение которого вещь находилась во владении покупателя (статья 2312 Гражданского кодекса).

Эта гарантия не регламентируется в торговом законодательстве, но применяется также в отношении торговых договоров.

в) Поручительство. По юридическому определению Гражданского кодекса Мексики (статья 2856) - это реальное право в отношении неотчуждаемой движимости, которое предоставляется в целях гарантирования выполнения обязательства и определения предпочтительности при уплате.

Залогом могут охватываться прибыль, переводные векселя (например, акции и облигации, выпущенные акционерными обществами) и даже кредиты (статьи 2857, 2861 и 2865). Что касается материального имущества, то необходима его передача (фактическая или юридическая) кредитору (статья 2858).

Так же как залог, поручительство может иметь место в гражданско-правовой области или в области торговли и регулируется как обычным или гражданским правом, так и торговым законодательством (статья 334 и соответствующий раздел ЛТОС).

На практике, торговое регулирование поручительства и его пределов, определяемых в статье 334 ЛТОС, делает почти беспредметным гражданское поручительство, касающееся движимости, и не являющейся товаром, векселем или торговым кредитом; такое же положение имеет место, когда эта гарантия является составной частью торговой сделки или когда она не является предметом договора между коммерсантами и не выдается в связи с эксплуатацией их предприятия или переговорами.

/...

Следует также отметить, что, в то время как залог в гражданско-правовой области может оставаться во владении должника (статья 2859), в коммерческой области залог без отчуждения, т.е., без лишения должника вещи в пользу самого кредитора или третьего лица, не разрешается.

Уместно отметить, что как при залоге (статья 2883 Гражданского кодекса и 334 LTC) так и при ипотеке (статья 2916), а также, видимо, при банковских гарантиях, о которых говорилось в пункте b выше, запрещается сделка о присвоении гарантированного имущества в пользу кредитора в случае невыполнения должником гарантируемых обязательств без вмешательства судьи (запрещение комиссионной сделки). Для того чтобы такая сделка была действительной, необходимо, чтобы она формулировалась и заключалась после выдачи гарантии (по залому или ипотеке).

Эта реальная гарантия по праву Мексики обладает свойствами, указанными в подпунктах i)-iv) номера 6 документа A/CN.9/20/Add.1.

а) Ипотека. В Мексике она традиционно является гарантией в отношении недвижимости (хотя Гражданский кодекс не исключает также ее применение в отношении движимости), т.е. имуществу, которое, в отличие от залога, не передается кредитору; так же как и гарантия в отношении движимости, ипотека "дает право кредитору, в случае невыполнения гарантированного обязательства, получить стоимость движимости в порядке предпочтительности, установленном законом".

Ипотечная гарантия охватывает все добавления и повышения цены, а также присоединяемую или включаемую в ипотеку движимость; если это предусмотрено в договоре, в гарантию входит также промышленная прибыль (проценты) и ценные бумаги, срок действия которых истек (статьи 2896 и 2897).

С другой стороны, по Мексиканскому праву допускается, чтобы ипотека гарантировала обязательства по документам (например, обязательства, зафиксированные в таких кредитных документах, как простые и переводные вексели, облигации или долговые обязательства) и что в таком случае гарантия вписывается в текст документа и индоссируется без уведомления должника или регистрации; допускается даже, чтобы ипотекой гарантировались обязательства предъявителю, для чего необходимо лишь передать ему документ, не выполняя других требований (статья 2926).

Наконец, банковским законодательством разрешается для гарантирования общественных или частных займов коммерсантам или предприятиям закладывать "целиком промышленные, сельскохозяйственные или скотоводческие предприятия" (статья 124 Закона о кредитных институтах).

а) Банковские кредиты сельскохозяйственным и промышленным предприятиям. Речь идет о кредитах в виде полномочий или ссуды, а также кредитов на реконструкцию, которые регулируются ЛГОС (статья 321). Оба этих вида кредита должны предназначаться исключительно на развитие этих предприятий, и гарантия заключается не только в оборудовании или инструментах, приобретаемых на предоставленные займы, и не только в том, что они являются предметом договоров поставки или строительством, но также в самой недвижимости, предусмотренной договором (усадебная земля, фабрика или цех), в инвентаризационных описях сырья и готовой продукции, а также в получаемой прибыли.

Таким образом, это очень широкая гарантия, относящаяся как к движимости, так и к недвижимости, причем по этой гарантии должник продолжает владеть всем имуществом.

В силу любого из этих договоров о предоставлении полномочий и ссуды или договора о реконструкции, а также ипотеки, как отмечается в пункте с) *supra in fine*, могут быть удовлетворены потребности снабжения оборудованием и строительства, о чем говорится в номере 38 документа A/CN.9/20.

е) Изъятие или наложение ареста на имущество. Реальной гарантией является также та, которая возникает вследствие эмбарго или изъятия имущества в силу судебного решения. Эта гарантия выдается кредитору, кредит которого должен заключаться в исполнительном документе (например, прямые или переводные вексели), кредит не оплачивается по истечении срока действия. В связи с этим кредитор обязан обратиться в суд, требуя его выплаты.

Эмбарго, если оно относится к недвижимости, должно вноситься в реестры собственности; если оно относится к области торговли, то оно осуществляется путем вмешательства уполномоченного судом органа; если оно относится к движимости, то оно сопровождается секвестром и размещением имущества, которое, как правило, осуществляется лицом, назначенным кредитором, осуществляющим эмбарго. В то же время эмбарго не затрагивает другие, выданные ранее реальные гарантии, и обладает первоочередностью лишь в отношении более поздних требований.

г) Поручительство. Мексиканское право четко регулирует эту сделку. Особенностью поручительства в Мексике является обязательное вмешательство в качестве поручителя (*trustee*) особого кредитного института (*фидуциарного банка*), которому передаются права или имущество (*Fiducias causa*) для выполнения целей, предусмотренных в составляемом договоре.

После принятия мексиканским правом в 1924 году поручительства оно получило большое развитие и регулируется статьями 346-359.

/...

В настоящее время поручительство используется как гарантия при передаче доверенному лицу имущества или прав доверителя (должника по основной сделке), которые могут непосредственно использоваться в пользу кредитора по основной сделке в случае невыполнения гарантированных обязательств. Таким образом существует "фидуциарная передача собственности по принципу гарантий", как отмечается в документах A/CN.9/20 и Добавлении 1 (номер 9), которые служат основой настоящего доклада.

Практически эти действия, которые не могут считаться реальной гарантией, имеют то преимущество, что они допускают разделение или отдельные изъятия определенного имущества в целях защиты или гарантирования обязательства; это осуществляется с помощью вмешательства кредитных институтов, эффективность и действенность которых обеспечивается контролем со стороны государства.

### III. Прямые гарантии

Помимо различных видов гарантий, охарактеризованных выше в пунктах первом и втором, когда обязательства, которые берет на себя должник (основной должник) обеспечиваются с помощью дополнительного обязательства третьего лица, а также залогом имущества, существуют другие гарантии, с точки зрения родовых признаков, которые заключаются во вмешательстве в сделку третьих лиц, берущих на себя или приобретающих обязательства главного должника.

Речь идет главным образом о подтвержденных и необратимых банковских кредитах, которые регулируются статьями 317-320 ЛТОС, а также нормами Международной торговой палаты.

/...

В силу этого вмешательства банк обязуется покрыть стоимость товаров, являющихся объектом договора купли-продажи между находящимися в разных местах сторонами, как только он получит документы с описанием приобретенных товаров, их характеристик и качества (подтверждение источника и качества), документ о их отправке из страны-продавца (таможенные справки), о транспортировке (коносамент за-грузки) и о страховании (соответствующий полис) или некоторые из этих документов, будь то условия договора купли-продажи, или инструкции, выданные банку сторонами.

СОЮЗ СОВЕТСКИХ СОЦИАЛИСТИЧЕСКИХ РЕСПУБЛИК

Подлинный текст на русском языке  
10 декабря 1969 года

Ввиду многообразной практики и значительных расхождений в национальных законодательствах по вопросу о гарантиях и обеспечениях в связи с международными платежами, представляются актуальными предложения об унификации правил и практики, касающихся гарантий, и об улучшении информации о национальных нормах, касающихся других видов обеспечений.

При разработке унифицированных правил целесообразно учесть следующие проблемы практического характера:

1. Международная банковская практика выработала определенные типы гарантий (гарантии исполнения платежа по тендеру, возврат аванса и др.), однако по форме они исключительно неоднородны: каждый банк выдает гарантию по принятой им форме, причем нередко фирма требует гарантию от иностранного банка по форме, применяемой в ее стране или в обслуживаемой фирмой банке. Это создает трудности и неудобства в выдаче таких гарантий.

2. Отсутствие каких-либо общих для всех банков правил по гарантиям приводит к невозможности единообразного толкования основных положений гарантий, касающихся объема обязательства банка, условий реализации гарантий, срока ее действия и т.д. В то же время необходимость в таком толковании возникает нередко, учитывая, что многие гарантии иностранных банков составляются в самых общих выражениях, а другие, напротив, насыщены подробностями и деталями, что делает реализацию тех и других гарантий равным образом практически невозможной.

В связи с изложенным, предметом унификации могли бы явиться правила и практика, в частности, по следующим вопросам:

1. Понятие банковской гарантии, ее признаки, терминология.
2. Виды и формы банковских гарантий, в том числе:
  - a) гарантий надлежащего осуществления платежей (в пользу экспортера);
  - b) гарантий возврата аванса и от убытков (в пользу импортера);
  - c) гарантий, выдаваемых при участии в торгах (гарантия предложения);

/...

д) гарантий, связанных с мореплаванием.

При этом следовало бы рассматривать в качестве основных следующие реквизиты гарантии:

- а) точное наименование гаранта, должника по контракту, бенефициара;
- б) ссылка на контракт или иное основание;
- в) изложение сущности обязательства должника по контракту;
- г) содержание обязательства гаранта;
- д) сумма гарантии;
- е) указание гарантийного случая и иные условия для исполнения гарантии;
- ж) объем обязательства гаранта (безусловное обязательство, условное, по представлению определенных документов, по первому требованию);
- з) срок действия гарантии.

3. Порядок пролонгации гарантий, замены гарантии другой гарантией, случаи возможного неисполнения банком обязательства (например, форс-мажорные обстоятельства), право гаранта на возражения (в каких случаях).

4. Коллизионные нормы, например, о применимом к обязательству по гарантии праве, о правоспособности сторон.

Представляется целесообразным для осуществления работы по унификации в качестве первого шага направить запросы банковским учреждениям стран-участниц международной торговли о представлении применяемых ими форм гарантий.

-----