собственные преднамеренные неправомерные действия будет юридически действительным. Предлагаемый текст позволит сохранить такую норму в праве соответствующих государств.

19. Было выдвинуто предложение изменить текст предлагаемого добавления к пункту 8 и исключить слова "либо вследствие неосторожности". В соответствии с данным предложением заключительная часть пункта 8 должна гласить следующее: "в результате действия или бездействия банка, совершенного с намерением вызвать такие убытки и с пониманием вероятности возникновения таких убытков". Против этого предложения были высказаны возражения на основании того, что оно налагает чрезмерное бремя на клиента банка, которому необходимо доказать как намерение банка, так и понимание банком последствий, которые могут возникнуть в результате ненадлежащего исполнения с его стороны. Это предложение не получило поддержки.

20. В соответствии с другим предложением необходимо исключить слова "либо вследствие неосторожности и с пониманием вероятности возникновения таких убытков", с тем чтобы заключительная часть пункта 8 выглядела следующим образом: "в результате действия или бездействия банка, совершенного с намерением вызвать такие убытки". В ответ на это предложение было отмечено, что, если в пункте 8 будут рассматриваться лишь случаи преднамеренного неисполнения, то его можно будет толковать как исключающий возможность компенсации косвенных убытков в тех случаях, когда банк действует абсолютно неосмотрительно, однако без фактических намерений причинить убытки. Было отмечено, что для достижения такого результата целесообразно просто исключить пункт 8. Было высказано беспокойство в связи с тем, что слово "вероятность" имеет настолько широкое значение, что последнее условие оказывается абсолютно неограниченным, создавая тем самым неприемлемо большие возможности для возникновения ответственности.

21. При завершении обсуждения Рабочая группа вновь отметила, что ей необходимо решить, следует ли в каком-либо положении типового закона предусматривать возможность компенсации косвенных убытков, например, при возникновении условий, упомянутых в существующем варианте подпункта 5(d); следует ли указать в типовом законе, что косвенные убытки не подлежат компенсации ни при каких обстоятельствах, или же необходимо указать в типовом законе, что данный вопрос должен решаться на основании норм национального права, не предусмотренных в типовом законе. Было отмечено, что последний из упомянутых вариантов можно было бы осуществить, либо исключив из типового закона как подпункт 5(d), так и пункт 8, либо исключив подпункт 5(d) и изменив формулировку пункта 8 в соответствии с предложением, изложеным в пункте 12 настоящего доклада. После обсуждения и рассмотрения оговорок, высказанных рядом делегаций, Рабочая группа постановила принять текст, изложенный в пункте 12.

22. Рабочая группа отметила, что исключение подпункта 5(d) потребует соответствующих редакционных изменений в формулировке пункта 7.

Пункт 6

23. Рабочая группа рассмотрела предложение об изменении пункта 6 следующим образом:

"6) Настоящий пункт распространяется на банк-получатель, который несет ответственность лишь за невыполнение им или невыполнение последующим банком-получателем любых из нижеперечисленных обязательств об уведомлении:

a) уведомить об отклонении в соответствии со статьей 5(3) или 7(2) в случае, если от отправителя не был получен платеж;

b) уведомить об ошибочном адресовании в соответствии со статьей 6(3) или 8(2);

c) уведомить об отсутствии достаточной информации в соответствии со статьей 6(4) или 8(3);

d) уведомить о расхождении между словами и цифрами, которые обозначают сумму денег, в соответствии со статьей 6(5) или 8(4).

Если банк, на который распространяется настоящий пункт, несет ответственность в соответствии с настоящей статьей перед перевододателем или перед своим отправителем, он обязан компенсировать лишь потерю процентов максимум за 7 дней или за период, в течение которого средства находились в его распоряжении, в зависимости от того, какой период продолжительнее".

24. Сторонники этого предложения отметили, что оно имело целью включить санкции за все случаи невыполнения содержащихся в типовом законе требований об уведомлении, за исключением

обязательства банка-получателя или банка бенефициара, который получил платеж, уведомить отправителя об отклонении платежного поручения (последствия для этого случая предусмотрены в статьях 5(2)(a) и 7(1)(a)) и обязательства банка бенефициара уведомить предполагаемого бенефициара, который не имеет счета в банке, о том, что в распоряжении этого банка имеются предназначенные для него средства (статья 8(6)). Отмечалось также, что предложение имеет целью сократить максимальный период времени, в течение которого банк-получатель несет ответственность за уплату процентов отправителю в случае ошибочного адресования платежного поручения, когда в распоряжение банка средства не поступали, с 30 дней (как предусмотрено в настоящем тексте статьи 12(6)(b)) до 7 дней. Отмечалось, что ссылка на "платеж" в подпункте (a) должна быть приведена в соответствие с формулировкой, содержащейся в статьях 5(2)(a) и 7(1)(a) (см. пункт 68).

25. Рабочей группе было предложено не обсуждать вопрос о санкциях за ненаправление требуемого уведомления до принятия окончательного решения в отношении объема обязательств уведомлять и сроков, в течение которого необходимо выполнить эти обязательства. Хотя высказывалось мнение, что в первую очередь следует рассмотреть вопрос об объеме обязательств, по мнению большинства, рассмотрение вопроса о санкциях позволит определить характер обязательств и их целесообразность.

26. Обсуждался вопрос о том, необходимо ли в типовом законе рассматривать вопросы, вытекающие из ошибочного адресования платежных поручений. Согласно одной точке зрения, обязательства уведомлять следует ограничить двумя случаями, когда банк принимает решение отклонить платежное поручение и когда банк вынужден оказать помощь отправителю платежного поручения в соответствии со статьей 11(a). Согласно другой точке зрения, нет необходимости рассматривать вопрос об ошибочном адресовании платежных поручений, поскольку на практике такое случается редко. Кроме того, обязательства должны возникать лишь тогда, когда банк получил адресованное ему платежное поручение. В ответ отмечалось, что как бы редко ни происходило ошибочное адресование платежных поручений, было бы уместно, в качестве вопроса публичного порядка, предусмотреть в типовом законе защиту отправителя от последствий ошибочного адресования платежного поручения. Кроме того, отмечалось, что случаи ошибочного адресования платежных поручений не так редки при международных переводах кредита, особенно в тех случаях, когда два банка имеют похожие названия.

27. Отмечалось, что, возможно, необходимо принять два различных решения на тот случай, когда отправитель имеет счет в банке-получателе ошибочно адресованного платежного поручения и когда такое отношение отсутствует. Отмечалось, что в тех случаях, когда отправитель и банк-получатель имеют установленные отношения, нет необходимости предусматривать для банка-получателя новые обязательства, поскольку банк уже несет косвенное договорное обязательство уведомить об ошибочном адресовании платежного поручения. Отмечалось также, что в тех случаях, когда отправитель и банк-получатель не поддерживают отношений, возможно, было бы особенно уместно, в качестве вопроса публичного порядка, предусмотреть в типовом законе обязательство представить отправителю уведомление.

28. Было высказано мнение, что Рабочей группе следует рассмотреть случай, когда платежное поручение было ошибочно адресовано банку-получателю, в котором отправитель имеет счет, приносящий проценты, однако средств на этом счете не хватает для покрытия платежного поручения. Было указано, что в таком случае положения статей 5(2)(a) и 7(1)(a), предусматривающие, что акцепт происходит при неуведомлении отправителя об отклонении платежного поручения, применяться не будут. Был задан вопрос о том, приведет ли предусмотренная в случае неуведомления санкция к изменению суммы процентов, которая обычно накапливается на счете. В ответ было указано, что обязанность уведомлять отправителя об ошибочном адресовании платежного поручения не дает оснований для взыскания убытков, если отправитель не понес никаких потерь. Было отмечено, что согласно предложенному тексту получатель ошибочно адресованного платежного поручения обязан "компенсировать потерю процентов". Было указано, что положения об обязательствах и, соответственно, о санкциях применяются только в том случае, если средства были переведены с целью покртытия конкретного платежного поручения.

29. Участники обсуждения напомнили, что в тех случаях, когда банк-получатель получает средства вместе с ошибочно адресованным платежным поручением, он при любых обстоятельствах будет обязан вернуть эти средства с процентами в соответствии со статьей 11(b) (см. пункты 105-111). Было выражено мнение, что, поскольку в соответствии со статьей 11(b) банк-получатель будет обязан вернуть средства с процентами, нет необходимости предусматривать какие-либо санкции в статье 12. Большинство поддержало мнение, что в статье 12 должно содержаться положение об ошибочно адресованных платежных поручениях, с тем чтобы не допустить необоснованного обогащения банка-получателя.

30. В связи со случаями, описанными в подпунктах (b)-(d) предложения, когда банк-получатель не получает никаких средств, было выражено мнение, что следует сохранить принцип ответственности, предусмотренный в статье 12. Было указано, что такая ответственность не будет слишком обременительной для банков, поскольку она будет возникать лишь в редких случаях и обусловливать ограниченные санкции. Это предложение было отвергнуто на том основании, что от банка-получателя нельзя требовать уплаты процентов, если он не получал средств. Рабочая группа приняла решение о том, что предложенные положения пункта 6(b)-(d) не должны применяться в тех случаях, когда банк-получатель не получал никаких средств. В развитие этого подхода было принято решение о том, что такая ответственность должна быть возложена только на банк, получивший средства, с тем чтобы банки не несли ответственности за неуведомление последующими банками об ошибочно адресованном платежном поручении.

31. В связи с подпунктом (a) этого предложения было высказано мнение, что обязательство уведомлять об отклонении платежного поручения следует сохранить в качестве вопроса публичного порядка, с тем чтобы защитить интересы отправителя, например, в случае, когда банк неоправданно задерживает платеж, отказываясь осуществить проводку соответствующих операций по счету. В ответ на это было указано, что в случае, когда средства были действительно направлены банку-получателю, отправитель в достаточной мере защищен, поскольку будет считаться, что банк-получатель акцептовал платежное поручение. После обсуждения Рабочая группа решила исключить содержащийся в представленном предложении подпункт (a).

32. Было отмечено, что в соответствии с подпунктами (b), (c) и (d) ответственность возлагается на банк-получатель, даже несмотря на то, что ошибка допущена отправителем, и с учетом других положений статьи 12 об ответственности за ошибки в исполнении нельзя наказывать невиновный банк-получатель за ошибки отправителя.

33. Завершая обсуждение, Рабочая группа решила сохранить предложенный текст подпунктов (b)-(d) статьи 6, в которых рассматривается случай, когда банк-получатель получает средства в качестве платежа по платежному поручению.

34. Состоялось обсуждение по вопросу об определении процентов и применимой ставки. Рабочая группа напомнила, что на своей двадцать первой сессии она приняла решение не пытаться определить ставку процента или способы установления этой ставки (A/CN.9/341, пункты 121-123).

35. Затем Рабочая группа вернулась к рассмотрению вопроса о том, должен ли банк нести ответственность за невыполнение последующим банком-получателем обязательства о требуемом уведомлении, о чем говорится в вводной части представленного предложения. Рабочая группа приняла решение исключить слова "или невыполнение последующим банком-получателем".

Пункт 7

36. Рабочая группа отметила, что она приняла решение исключить подпункт 5(d) (см. пункт 21) и что в тексте пункта 7 следует, соответственно, исключить ссылку на данный подпункт.

37. Внимание Рабочей группы было обращено на то обстоятельство, что принцип свободы договора, содержащийся в первом предложении пункта 7, в настоящее время закреплен в статье 16. Поэтому была достигнута договоренность о том, чтобы исключить по крайней мере первое предложение, так как в нем нет необходимости.

38. Было предложено исключить весь текст пункта 7, поскольку он отражает недоверие банкам. В поддержку этого предложения было указано, что в рамках данного подпункта не следует пытаться обеспечить с помощью типового закона особую защиту для клиентов банков, поскольку в спорных ситуациях они, возможно, находятся в равном положении с банками или даже имеют некоторые преимущества. Было также высказано мнение, что следует исключить предусмотренный в статье 16 общий принцип свободы договора. Однако большинство придерживалось того мнения, что второе предложение следует сохранить, поскольку необходимо установить минимальный стандарт защиты клиентов банков.

39. Было также предложено конкретно упомянуть возможность для сторон в соответствии с пунктом 7 использовать свое право изменять режим ответственности с помощью стандартных договорных положений. Для пояснения было отмечено, что в некоторых государствах изменить правовой режим ответственности можно лишь на основе четкого договора и что оговорки об освобождении от ответственности, содержащиеся в стандартных формах договоров, не снабжены исковой силой. После обсуждения Рабочая группа решила, что такая поправка будет полезной, и передала этот вопрос в редакционную группу.

Пункт 2

40. Рабочая группа напомнила, что установленная в пункте 2 общая система ответственности состоит в том, что перевододатель может возложить на банк перевододателя ответственность за ненадлежащее осуществление перевода кредита. В этом случае банк перевододателя несет ответственность перед перевододателем за убытки в любом случае, когда они возникают. Банк перевододателя и каждый последующий банк-получатель в свою очередь могут возложить на свой банк-получатель ответственность за ненадлежащее осуществление перевода, когда такое ненадлежащее осуществление происходит в данном банке или в одном из последующих банков в цепочке перевода кредита. В пункте 5 определены виды и размеры убытков, за которые банк перевододателя будет нести ответственность.

41. В ходе обсуждения Рабочая группа основывалась на проекте, который по ее просьбе был подготовлен секретариатом с целью осуществления принципиальных решений, принятых на ее двадцать первой сессии. Предложенный проект гласил следующее:

> "Банк-получатель, который не является банком бенефициара и который акцептует платежное поручение, несет ответственность перед своим отправителем и перед перевододателем за указанные в пункте 5 настоящей статьи убытки, которые вызваны задержкой в завершении перевода кредита, незавершением перевода кредита или ненадлежащим завершением с точки зрения инструкций, содержащихся в платежном поручении перевододателя. Банк-получатель несет ответственность согласно подпункту 5(d) только в той степени, в которой его действия вызвали убытки".

42. Рабочая группа отметила, что в связи с решением исключить подпункт 5(d) (пункт 21 выше) второе предложение в предлагаемом тексте можно исключить. Рабочая группа отметила также, что в соответствии с этим решением исключить подпункт 5(d) банк перевододателя будет нести ответственность перед перевододателем лишь за потерю процентов и расходы, понесенные в связи с новым платежным поручением.

43. Было высказано мнение о том, что поскольку исключение подпункта 5(d) по существу ограничит сферу применения режима ответственности, установленного в пункте 2, лишь потерей процентов, практически не остается доводов в пользу сохранения данного режима. Было вновь отмечено, что на предыдущих сессиях Рабочая группа постановила, что проценты, причитающиеся в связи с задержкой исполнения перевода кредита, должны быть переадресованы вниз по цепочке перевода кредита бенефициару. Было отмечено, что это принципиальное решение до сих пор еще не отражено в тексте типового закона.

44. Рабочая группа обсудила взаимосвязь между обязательством в соответствии со статьей 11(b) предоставить перевододателю возмещение основной суммы перевода, если перевод кредита не завершен, и ответственностью за возмещение процентов в соответствии со статьей 12. Был приведен пример, когда банк-посредник выдает своему банку-получателю платежное поручение на сумму меньше суммы платежного поручения, полученного им от банка перевододателя. Было отмечено, что, если банк-посредник направляет впоследствии второе платежное поручение на недостающую сумму, бенефициар должен получить проценты за задержку в отношении этой суммы. Однако, если недостающая сумма не была переведена, с тем чтобы завершить перевод кредита в соответствии с инструкциями перевододателя, эта сумма должна быть возвращена перевододателю в соответствии со статьей 11(b) и, как отмечалось, перевододателю должны быть выплачены проценты с этой суммы. Было отмечено, что бенефициар не должен иметь право на получение процентов при возмещении перевододателю основной суммы. Если бенефициар будет обладать правом на получение процентов с перевододателя за задержку в оплате основного обязательства, то он должен получать от перевододателя возмещение таких процентов наряду с суммой, не переведенной ему в первоначальном переводе.

45. На основании изложенного в предыдущем пункте анализа было выдвинуто предложение изменить статью 11(b), с тем чтобы предусмотреть обязательство возмещать "с процентами", если перевод кредита не завершен. В ответ было указано, что такое обязательство в отношении процентов целесообразнее предусмотреть в статье 12 в качестве одной из норм об ответственности, а не в статье 11, которая предназначена для гарантирования завершения перевода кредита. В ответ было указано, что будет абсолютно логично, если банк-получатель, задержавший средства на определенный срок при переводе кредита, который не был завершен, будет обязан не только возместить отправителю эти средства, но также оплатить проценты по этим средствам за период времени, в течение которого он их использовал. После обсуждения Рабочая группа приняла предложение добавить в статью 11(b) формулировку "с процентами".

46. Рабочая группа отметила, что после добавления слов "с процентами" в статью 11(b) эта статья стала предусматривать, что перевододатель будет получать проценты в случае, если

перевод кредита оказывается незавершенным. Поэтому Рабочая группа вновь подтвердила принятое ею на одной из предыдущих сессий решение о том, что бенефициар должен получать проценты, предусмотренные в качестве компенсации убытков в соответствии со статьей 12, в случае, если перевод кредита завершается, но при наличии задержки.

47. Было заявлено, что даже если бенефициар имеет основное право на получение процентов за задержку перевода, перевододатель должен иметь производное право на получение процентов. Был приведен пример с бенефициаром, которому не были выплачены проценты и которые он получил от перевододателя в результате того, что имела место задержка платежа по основному обязательству в соответствии с пунктом 44. В ответ было сказано, что, хотя проценты в таком случае перевододатель должен, без сомнения, получить, в типовом законе такое право не следует предусматривать. Было заявлено, что право перевододателя заявлять требования, право на которые принадлежит бенефициару, следует вместо этого рассматривать на основании применимых в таких случаях норм о суброгации или другого соответствующего принципа. Против такого решения были высказаны возражения на основании того, что это лишило бы перевододателя преимуществ субститутивной ответственности банка перевододателя, которая предусмотрена в пункте 2.

48. Было предложено в типовом законе четко указать, что непредставление банком-отправителем покрытия платежа своему банку-получателю, в результате чего банк-получатель задерживает исполнение платежного поручения, является неисполнением, за которое банк-отправитель должен выплатить проценты. В ответ было сказано, что обязанности банка-отправителя, выполняющего функции банка-получателя поручения, которое он получил, должны содержаться не в статье 12, а в статье 6. В любом случае он как банк-отправитель обязан в соответствии со статьей 4(4) произвести платеж своему банку-получателю по платежному поручению, акцептованному этим банком-получателем. Было решено, что данный вопрос нуждается в дополнительном изучении.

49. Был задан вопрос в отношении стороны, с которой бенефициар будет иметь право получить проценты. Было заявлено, что было бы уместно, чтобы в типовом законе предусматривался механизм, аналогичный механизму, предусмотренному в настоящем тексте пункта 2, с тем чтобы в случае задержки в исполнении перевода кредита банк бенефициара выплачивал бенефициару проценты во всех случаях, когда задержка имела место. Поэтому необходимо предусмотреть, чтобы банк бенефициара имел право регресса в отношении своего отправителя и чтобы ответственность по цепочке перевода кредита возлагалась на банк, по вине которого произошла задержка. В противовес было отмечено, что возложение на банк бенефициара ответственности за действия банка-посредника в цепочке перевода кредита приведет к тому, что он будет нести ответственность за действия, которые произошли до того, как он узнал о существовании перевода и, возможно, он откажется от акцепта платежного поручения, с тем чтобы завершить перевод кредита, который был задержан. Кроме того, имея договорные отношения как с бенефициаром, так и со своим отправителем, он не имел таких отношений с удаленным банком-посредником.

50. Хотя отмечалось, что договорных отношений между бенефициаром и банком-посредником также не существует, по мнению Рабочей группы, было бы целесообразнее предоставить бенефициару прямое право предъявлять требования банку, в котором произошла задержка перевода, чем возлагать ответственность на другие банки за задержки, возникшие до того, как они приступили к осуществлению перевода кредита.

51. Рабочая группа признала, что надлежащая банковская практика требует от банка, в котором произошла задержка, направить соответствующую сумму процентов своему банку-получателю. Для бенефициара было бы сложно и относительно дорого предъявлять свое требование непосредственно банку-посреднику, особенно когда такой банк находится в другой стране. Для всех заинтересованных сторон было бы лучше, если банк-посредник заплатит любые возникшие по его вине проценты, что исключило бы необходимость предъявлении ему требования. В целях содействия такой целесообразной практике Рабочая группа приняла в принципе следующее предложение:

> "Ответственность банка перед бенефициаром исполняется в той мере, в какой он переводит своему банку-получателю сумму в дополнение к той, которую он получил от своего отправителя".

52. Для дальнейшего подкрепления своего решения, согласно которому проценты, причитающиеся с банка-посредника, допустившего задержку в исполнении платежного поручения, должны переводиться бенефициару через банковскую систему. Рабочая группа приняла следующее положение:

> "Если банк-получатель, являющийся получателем процентов за задержку [в том числе посредством надлежащей корректировки даты записи по дебету или кредиту счета] не является бенефициаром перевода, то банк-получатель передает право на получение процентов своему банку-получателю".

53. Был затронут вопрос о том, следует ли в типовом законе специально указывать, что одним из способов выплаты процентов банком-отправителем своему банку-получателю является соответствующая корректировка даты кредитования. Против такого подхода было высказано возражение на том основании, что дата кредитования может быть скорректирована на счете, не приносящем процентов, что не даст никакой выгоды банку-получателю. В ответ было отмечено, что ссылка на "соответствующую" корректировку четко указывает на то, что такая корректировка должна вести к появлению процентов. Рабочая группа в принципе приняла это предложение. Однако было указано, что корректировка даты кредитования, возможно, не является единственным способом выплаты банком причитающихся процентов. Была упомянута возможность использования механизма компенсации. Рабочая группа приняла решение передать этот вопрос в редакционную группу.

54. Состоялось обсуждение вопроса о том, должны ли проценты начисляться лишь за задержку в исполнении платежного поручения или только задержка в завершении перевода кредита должна служить основанием для взыскания процентов в пользу бенефициара. Было отмечено, что задержка в исполнении платежного поручения не должна являться основанием для предъявления требования бенефициаром, если такая задержка происходит на более позднем этапе в цепочке кредитовых операций, а перевод кредита завершается к установленной дате платежа. В ответ на это было отмечено, что применять норму, основанную на задержке в завершении перевода кредита, будет трудно. Такая норма приведет к тому, что банк-посредник не будет знать, обязан ли он выплачивать проценты, до тех пор пока он не получит уведомления о том, был ли перевод кредита завершен своевременно.

55. Завершая обсуждение, Рабочая группа отметила, что она приняла следующие принципы, которыми должна руководствоваться редакционная группа при изменении редакции пункта 2: задержка в завершении перевода кредита дает бенефициару основание взыскивать проценты с банка, допустившего такую задержку; банк, не исполняющий должным образом платежного поручения, несет за это ответственность и должен выплачивать проценты; с банка-посредника, допустившего задержку, ответственность снимается, если он выплачивает проценты своему банку-получателю; проценты должны выплачиваться каждым банком-получателем по всей цепочке перевода кредита до тех пор, пока они не дойдут до бенефициара. Рабочая группа отметила, что в соответствии с принятым ею решением в типовом законе не будет конкретно указываться ставка процента, применяемая в таких случаях, и что группа исходит из того, что такой ставкой будет межбанковская ставка.

Предлагаемый новый пункт

56. Было предложено рассмотреть в типовом законе случай, когда банк, обязанный выплатить проценты своему отправителю (или в соответствии с решениями, принятыми на данной сессии, своему банку-получателю) и, в свою очередь, имеющий право на возмещение этих процентов, не может получить возмещения по той причине, что соответствующая сторона становится неплатежеспособной. Было высказано мнение, что такой банк должен иметь право на получение возмещения от любого другого банка вверх или вниз по цепочке перевода кредита, в зависимости от конкретного случая, если упомянутый другой банк, в свою очередь, обязан возместить проценты банку, утратившему платежеспособность.

57. В ответ было отмечено, что такая норма будет иметь большее значение в контексте обязательства о возмещении основной суммы в соответствии со статьей 11(b). Однако было заявлено, что, хотя такая норма при первом анализе представляется справедливой, глубокий экономический анализ показал бы, что она не совместима с двусторонней или многосторонней системой чистых расчетов; поскольку Рабочая группа решила поддержать развитие таких систем чистых расчетов путем включения нормы о моменте платежа банку-получателю, осуществляемого через такую систему, будет невозможно одновременно принять эту предлагаемую норму. После обсуждения Рабочая группа постановила не принимать это предложение.

Статья 13

58. С учетом решений, принятых Рабочей группой в отношении изложенных в типовом законе норм, касающихся ответственности, было высказано мнение, что, поскольку существует ответственность только в отношении процентов, нет необходимости сохранять в тексте норму, касающуюся освобождения от ответственности. После обсуждения Рабочая группа постановила исключить статью 13.

Платеж банку-получателю

59. Рабочая группа отметила, что в существующем тексте типового закона не содержится какого-либо правила, указывающего на то, когда отправитель выполняет свое обязательство

произвести платеж банку-получателю в соответствии со статьей 4(4). Группа отметила, что платеж банку-получателю может производиться либо в рамках отношений банков-корреспондентов, либо через многосторонний или двусторонний механизм чистых расчетов.

60. Рабочая группа отметила, что в течение ноября 1990 года был опубликован "Доклад Комитета по системам межбанковских чистых расчетов центральных банков стран Группы десяти", председателем которого является директор-распорядитель Банка международных расчетов. Рабочая группа отметила, что в этом докладе рассматриваются принципиальные вопросы межбанковских систем чистых расчетов, включая системы чистых расчетов по платежам, однако в нем не предпринимается никаких попыток разработать какой-либо юридический текст для осуществления этих принципиальных намерений. В выводах доклада излагаются минимальные правила в отношении систем чистых расчетов. Первое из этих минимальных правил состоит в том, что "системы чистых расчетов должны иметь надежную юридическую основу, отвечающую требованиям всех соответствующих правовых систем". Рабочая группа отметила, что для обеспечения надежной юридической основы системы чистых расчетов необходимо обеспечить не только полное соответствие системы чистых расчетов нормам гражданского или коммерческого права, но также ее эффективность в соответствии с законами о банкротстве. Было также отмечено, что в части С доклада комитета по системам чистых расчетов отмечается, что система чистых расчетов должна функционировать в соответствии с требованиями права всех соответствующих государств, включая a) право каждой из сторон системы чистых расчетов, b) право, регулирующее отдельные операции, осуществляемые в рамках системы чистых расчетов, и c) право, регулирующее любые договоры или соглашения, необходимые для осуществления чистых расчетов.

61. Было отмечено, что правовые аспекты обеспечения надежной юридической основы двусторонних и многосторонних систем чистых расчетов еще не до конца изучены. Эти проблемы, как отмечалось, будут подвергнуты дальнейшему изучению в процессе работы Комитета по системам чистых расчетов. Было высказано мнение о том, что до завершения этих исследований ЮНСИТРАЛ нецелесообразно пытаться включать какое-либо положение по данному вопросу в типовой закон. Было отмечено, что можно предусмотреть возможность включения подобного положения на более позднем этапе. Было высказано общее мнение о том, что в докладе о работе текущей сессии национальным законодательным органам следует рекомендовать провести обзор внутреннего законодательства, особенно законов, касающихся банкротства и неплатежеспособности, в целях поддержки межбанковских систем чистых расчетов по платежам.

62. Перед принятием окончательного решения по вопросу о целесообразности включения в типовой закон какого-либо положения, предназначенного для обеспечения юридических основ системы чистых расчетов, Рабочая группа постановила перейти к рассмотрению вопроса о моменте платежа отправителя банку-получателю. Группа отметила, что в комментариях 31-45 к статье 4 в документе A/CN.9/WG.IV/WP.49 этот вопрос рассматривается сначала применительно к корреспондентским отношениям банков, а затем применительно к механизмам чистых расчетов, поскольку в контексте корреспондентских отношений банков этот вопрос решается проще. Было отмечено, что важным основанием для определения момента платежа отправителя банку-получателю по платежному поручению является обеспечение возможности для установления в любой момент времени имеющейся на счете суммы в случае неплатежеспособности либо отправителя, либо банка-получателя или же в случае ареста счета или вынесения какого-либо другого судебного решения в отношении счета.

Отправитель имеет счет в банке-получателе

63. Обсуждение в Рабочей группе основывалось на следующем предложении:

> "Платеж по обязательству отправителя согласно статье 4(4) уплатить банку-получателю имеет место:
>
> a) если банк-получатель дебетует счет отправителя в банке-получателе, в момент, когда производится дебетование, при условии, что сумма дебета покрывается суммой разрешенного для снятия кредитового сальдо по данному счету".

64. Согласно одному мнению, платеж следует считать произведенным в момент, когда банк-получатель получает право зачесть сумму платежного поручения на счет отправителя. Дебетование счета следует рассматривать как простую бухгалтерскую операцию, которая сама по себе не имеет юридического значения.

65. Согласно другому мнению, платеж следует считать произведенным лишь в тот момент, когда производится дебетование счета. Операция по дебетованию счета является отражением решения банка-получателя о том, что он может и желает получить платеж таким образом. Даже если счет дебетует компьютер без вмешательства человека, программа компьютера составлена таким образом, чтобы осуществить данную операцию лишь на определенных условиях, в этом и проявляется

соответствующее решение банка-получателя. Такое правило не исключает, что в соответствии с применимым правом до наступления момента платежа у банка-получателя, возможно, имеется право зачета. Отмечалось, что банк-получатель может также дебетовать счет до возникновения у него права зачета. Такая возможность существует, например, в тех случаях, когда банк-получатель может дебетовать счет до исполнения платежного поручения, полученного от отправителя, с тем чтобы быть уверенным, что ему будет произведен платеж до того, как он примет на себя обязательство отправителя произвести платеж банку-получателю по своему платежному поручению.

66. Согласно одному предложению слова "при условии, что" следует заменить предлогом "и". В поддержку отмечалось, что недостаточно лишь предусмотреть наличие на счету "кредитового сальдо"; это кредитовое сальдо должно быть разрешенным для снятия.

67. Согласно другому предложению слова "при условии, что сумма дебета покрывается суммой разрешенного для снятия кредитового сальдо по данному счету" из предложения следует исключить. Отмечалось, что нет ясности в том, имеется ли разрешенное для снятия кредитовое сальдо в одной из двух ситуаций: когда на счете имеется дебетовое сальдо или когда на счете имеется недостаточное кредитовое сальдо для покрытия суммы платежного поручения, однако в любом случае имеется договоренность между банком-получателем и отправителем о линии кредита, достаточного для покрытия суммы платежного поручения. Был также задан вопрос, позволят ли эти слова банку-получателю утверждать, что его действия при дебетовании счета не являлись платежом, когда банк обнаруживает позже, что кредита, разрешенного для снятия, на счету не было или что кредит не был достаточным.

68. Рабочая группа отметила, что в соответствии с подпунктами 5(2)(a) и 7(1)(a) банк-получатель или банк бенефициара считается акцептовавшим платежное поручение, если он не направил уведомление об отклонении и если банку-получателю или банку бенефициара был произведен платеж по поручению. Отмечалось, что было бы неуместно предусматривать для банка возможность путем простого недебетования счета отправителя избегать последствий непредставления уведомления об отклонении. Поэтому было решено, что проект этих подпунктов следует изменить и сохранить устанавливаемый в них в настоящее время принцип с учетом данного обсуждения.

69. После окончания дискуссии Рабочая группа решила принять предлагаемый текст, но исключить слова "при условии, что сумма дебета покрывается суммой разрешенного для снятия кредитового сальдо по данному счету".

Банк-получатель имеет счет у отправителя или в третьем банке

70. Было предложено добавить к предложению, содержащемуся в пункте 63, следующий текст:

> "b) если отправитель является банком и отправитель i) кредитует счет банка-получателя у отправителя или ii) обеспечивает кредитование счета банка-получателя в другом банке, когда кредитовое сальдо было снято или, если кредитовое сальдо не было снято в ноль часов того дня, когда кредитовое сальдо может быть снято и банк-получатель узнает об этом".

71. Рабочая группа согласилась с предложением о том, что крайним сроком произведения платежа банку-получателю следует считать дату снятия кредитового сальдо. Было отмечено, что в большинстве случаев кредитовое сальдо не снимается в конкретные сроки, поскольку кредитование и любое дебетование, которое может быть сочтено как снятие, представляют собой часть непрерывных операций на данном счету. Рабочая группа отметила также, что в некоторых правовых системах считается, что снятие кредитового сальдо осуществляется в том же порядке, что и кредитование счета.

72. Рабочая группа согласилась с тем принципом, что в отношении неснятых кредитованных средств банк-получатель должен располагать определенным временем после того, как ему становится известно о кредитовом сальдо, с тем чтобы принять решение о том, желает ли он получить платеж таким способом. Было отмечено, что банк-получатель, возможно, не пожелает получать платеж путем кредитования соответствующего банка, даже если у него открыт счет в этом банке, с тем чтобы, например, регулировать объем своего кредитового сальдо в этом банке. Было высказано предположение о различии проблем в тех случаях, когда кредитуется счету отправителя и когда кредитуется счет в третьем банке. Поэтому было отмечено, что эти две ситуации в типовом законе следует рассмотреть отдельно.

73. Было указано, что, когда кредитование производится в иностранной валюте, банку-получателю зачастую требуется дополнительное время, которое, возможно, необходимо для перевода средств в собственную валюту, прежде чем он мог бы эффективно использовать их. В ответ было отмечено, что международные переводы кредита по расчетам по контрактам в

иностранной валюте планируются заблаговременно и что банком-получателем уже будут приняты обязательства в отношении использования средств. Однако такие проблемы способен вызвать крупный и неожиданный кредит в иностранной валюте.

74. Было предложено продлить срок платежа до полуночи дня, следующего за днем, когда кредитовое сальдо может быть снято. Было достигнуто общее согласие с предложением о продлении срока платежа до следующего дня, хотя было отмечено, что во многих странах в банковских операциях понятие полночи отсутствует. С одной стороны, во многих странах выполнение операций завершается до полуночи. Чтобы учесть это, было предложено включить в предлагаемый текст ссылку на момент прекращения банковских операций. С другой стороны, переход к круглосуточным банковским операциям, включая отправление и получение международных переводов кредита, делает любое указание времени произвольным.

75. Было отмечено, что момент осуществления платежа должен определяться по местонахождению банка-получателя. Согласно другой точке зрения, время должно определяться по местонахождению отправителя. Согласно третьей точке зрения, его следует определять по тому месту, где размещен счет, т.е. по месту расположения отправителя или третьего банка.

76. Было предложено изменить рассматриваемый текст, предусмотрев формулировку "или, если кредитовое сальдо не снимается, то в рабочий день, следующий за днем, когда ...". Было отмечено, что в этом предложении не указывается конкретно, в какое время следующего дня отправитель считается осуществившим платеж банку-получателю.

77. Было предложено также формулировку "кредитовое сальдо может быть снято" заменить на формулировку "банк-получатель может произвести снятие". В качестве возражения было отмечено, что это предложение, по-видимому, ставит определение того, может ли банк снять кредитовое сальдо, в зависимость от субъективной оценки положения банка.

78. Как указывалось, считать, что банк-получатель получил платеж, можно только в том случае, если кредитовое сальдо являлось разрешенным для снятия на протяжении всего периода времени. Отмечалось, что кредитовое сальдо будет считаться разрешенным для снятия, если его можно использовать в пределах страны, в которой находится данный счет, даже несмотря на то, что переводить за пределы этой страны его нельзя. Если валюта и счет являются во всех отношениях приемлемыми, но банк-получатель отказывается от кредитования, то он должен отклонить его (и, возможно, платежное поручение, если оно еще не исполнено) до установленного предельного срока. Было указано, что в случае отклонения кредитования до момента платежа право на средства автоматически вновь передается отправителю, а банк-получатель сохраняет право на получение платежа соответствующим образом.

79. Было отмечено, что в соответствующей части типовых правил, касающихся момента выплаты средств в погашение денежных обязательств, разработанных Комитетом по международному валютно-денежному праву Ассоциации международного права, предусматривается:

> "<u>Правило 1: Основное правило, касающееся момента платежа</u>
> Платеж считается произведенным в тот момент, когда соответствующая сумма фактически поступает в распоряжение кредитора.
>
> <u>Правило 2: Платеж, осуществляемый банком или с помощью жироперевода</u>
> Платеж, осуществляемый банком или с помощью жироперевода, включая электронный перевод средств (ЭПС), считается произведенным в момент, когда соответствующая сумма без каких бы то ни было условий кредитуется на счет кредитора".

Было также отмечено, что при разработке типовых правил ставилась цель определить момент платежа по обязательству, которое должно погашаться с помощью банковского перевода, и поэтому они не обязательно применяются к погашению такого обязательства, которое возникает как часть перевода.

80. Рабочая группа решила принять предложение, содержащееся в пункте 70, с внесенными в него поправками согласно предложению, содержащемуся в пункте 76.

<u>Система многосторонних чистых расчетов и кредитование счета в центральном банке</u>

81. Рабочая группа приняла решение включить в содержащееся в пункте 63 предложение текст, касающийся момента платежа банку-получателю, который получает платеж через систему многосторонних чистых расчетов или путем кредитования счета в центральном банке, следующего содержания:

"c) Если отправитель является банком - в момент, когда банк-получатель получает окончательный расчет по обязательству в центральном банке того государства, в котором находится банк-получатель, или через систему перевода средств. Если отправитель и банк-получатель являются участниками системы перевода средств, которая производит чистые расчеты по обязательствам участников на многосторонней основе, то банк-получатель получает окончательный расчет в момент, когда завершается расчет в соответствии с [применимым правом и] правилами этой системы".

82. Было отмечено, что в тех случаях, когда кредитуется счет банка-получателя в его центральном банке, нет оснований для установления какого-либо расхождения во времени между кредитованием и моментом платежа. Было также отмечено, что, для того чтобы платеж считался произведенным, расчет с центральным банком должен быть окончательным. Таким образом, если центральный банк осуществляет предварительный расчет по некоторым видам переводов, то банк-получатель получит платеж только тогда, когда предварительный расчет становился бы окончательным. Рабочая группа решила не рассматривать вопрос о том, следует ли устанавливать ограничения в отношении территориальных или других связей для упомянутого в этом положении центрального банка.

83. Слова "применимое право" включены в текст для того, чтобы показать, что расчеты должны быть окончательными в соответствии с правом, а также процедурой, предусмотренной правилами системы. Таким образом, данное положение не будет преследовать цель придать юридическую силу системе чистых расчетов, которая при отсутствии такого положения в соответствии с применимым правом такой силой не обладала бы. Однако был задан вопрос о том, на право какого государства сделана ссылка. Поскольку Рабочая группа была не готова ответить на этот вопрос, эти слова были заключены в квадратные скобки.

Двусторонние чистые расчеты

84. Было отмечено, что в некоторых районах мира банки часто применяют систему двусторонних чистых расчетов по платежным поручениям вместо направления отдельных платежных поручений на счета банков, которые имеют счета друг у друга, или через счета в третьих банках. Было отмечено, что типовой закон должен предусматривать правовую поддержку таких систем двусторонних чистых расчетов. Указывалось, что в Соединенных Штатах положение о двусторонних чистых расчетах, содержащееся в статье 4А-403(с), было составлено таким образом, чтобы обойти норму общего права, согласно которой для операции зачета требуется, чтобы имелись в наличии взаимные обязательства и чтобы стороны действовали в одном и том же качестве в отношении требований, которые должны быть зачтены.

85. Рабочая группа согласилась принять положение, предусматривающее, что, если два банка направляют друг другу платежные поручения в соответствии с соглашением о том, что расчеты по обязательствам по отношению друг к другу в соответствии со статьей 4(4) будут производиться в конце дня или в течение другого периода, то каждый банк в качестве банка-получателя получает платеж в тот момент, когда расчеты по чистым обязательствам становятся окончательными. На данной стадии типовой закон не будет предусматривать какого-либо правила в отношении статуса обязательств обоих банков до окончательного расчета по чистым обязательствам.

Статья 10

Пункты 1 и 2

Безотзывность платежного поручения

86. Рабочая группа обсудила в качестве принципиального вопрос о том, должны ли платежные поручения в рамках типового закона быть отзывными или безотзывными. Было отмечено, что, поскольку каждый из этих двух принципов потребует ряда исключений, эти два принципа нередко будут давать аналогичные практические решения. Однако было также отмечено, что, несмотря на сходство практических решений, важное значение имеет различие между общей нормой и исключениями. Было заявлено, что в ряде правовых систем исключения из общей нормы толкуются судами ограничительной. Было также заявлено, что в случае судебного разбирательства общая норма может определять, кто должен нести бремя доказывания, отправитель поручения об отзыве или банк-получатель - в отношении, например, момента времени, когда было получено поручение об отзыве.

87. Было отмечено, что существующий проект статьи 10 основывается на том принципе, что платежное поручение является отзывным. Было заявлено, что такая норма не будет соответствовать функционированию быстродействующих систем электронного перевода средств, которые в большинстве случаев будут исполнять платежные поручения за считанные секунды с момента их получения. В ответ был приведен пример функционирования такой крупной системы

электронного перевода средств, какой является Швейцарская система межбанковского клиринга (СИК), которая вместе с тем допускает отзывность проходящих через нее платежных поручений. Было заявлено также, что не все платежные поручения, передаваемые электронным способом, исполняются незамедлительно, особенно в случае их обработки партиями. Что касается примера обработки партии платежных поручений, была высказана другая точка зрения, которая состояла в том, что следует уделить внимание высокой стоимости операции по извлечению такого поручения из партии поступивших поручений. Было также отмечено, что во многих странах переводы кредита до сих пор в значительной степени осуществляются на основе бумажных документов. После обсуждения Рабочая группа постановила основываться в своих обсуждениях на предлагаемом проекте статьи 10, который был первоначально представлен на двадцатой сессии Рабочей группы (A/CN.9/329, пункт 184) и который гласит следующее:

"Статья 10. Безотзывные платежные поручения

1) Платежное поручение не может быть отозвано или изменено отправителем после его получения банком-получателем.

2) Несмотря на положения пункта 1, отправитель может обратиться за помощью к своему банку-получателю для изменения или отзыва платежного поручения и

a) банк-получатель (помимо банка бенефициара) может, если он того пожелает, пойти навстречу просьбе своего отправителя, независимо от того, акцептовал ли он ранее платежное поручение, при том условии, что любая просьба банка-получателя в отношении изменения или отзыва своего собственного платежного поручения подпадает под действие настоящего пункта;

b) банк бенефициара может, если он того пожелает, пойти навстречу просьбе своего отправителя при условии, что он еще не акцептовал платежное поручение".

88. Было отмечено, что данное предложение никоим образом не обязывает банк-получатель предпринимать действия по отзыву поручения; банк обладает полной свободой выбора в отношении сотрудничества с отправителем в целях приостановления исполнения полученного платежного поручения или же в целях отзыва платежного поручения, выданного этим банком своему банку-получателю. В то же время, давая банку-получателю возможность предпринимать соответствующие действия, данное положение освобождает банк-получатель от связывающего обязательства, которое он, возможно, взял на себя в результате акцепта или исполнения платежного поручения до получения просьбы об отзыве. В качестве довода против данного предложения было отмечено, что оно слишком радикально закрепляет принцип безотзывности платежных поручений. Тем не менее Рабочая группа постановила, что в типовом законе следует закрепить общий принцип безотзывности, предусматривающий лишь ограниченные исключения.

89. Утвердив принцип безотзывности, Рабочая группа рассмотрела вопрос о моменте времени, с которого начинает применяться принцип безотзывности. Общее мнение состояло в том, что в случае, если банком-получателем является не банк бенефициара, платежное поручение становится безотзывным самое позднее в момент его исполнения, а в случае банка бенефициара - в момент акцепта.

90. Было также выражено беспокойство в связи с тем, что банк может получить поручение об отзыве незадолго до момента исполнения платежного поручения или же, в случае банка бенефициара, - до момента акцепта платежного поручения. Поэтому было решено, что банк должен иметь достаточное время для принятия соответствующих мер во исполнение поручения об отзыве до того момента, как платежное поручение станет безотзывным.

91. Отмечалось, что исполнение платежного поручения банком-получателем, не являющимся банком бенефициара, до даты исполнения (или банком бенефициара до даты платежа) не снимает с банка возможного обязательства предпринимать необходимые действия по получении поручения об отзыве, которое в противном случае было бы получено своевременно.

92. После обсуждения было решено, что поручение об отзыве будет иметь силу, если оно было получено достаточно заблаговременно до момента исполнения и наступления даты исполнения (или даты платежа в случае банка бенефициара), в зависимости от того, что наступает позднее.

Пункт 3

93. Рабочая группа решила сохранить настоящий текст пункта.

Пункт 4

94. Рабочая группа рассмотрела вопрос о том, будет ли банк-получатель нести какие-либо обязательства в отношении поручения об отзыве, которое было получено после того, как платежное поручение стало безотзывным. Она отметила, что в настоящем тексте пункта 4 предусматривается, что банк-получатель, не являющийся банком бенефициара, обязан выдать поручение об отзыве в отношении своего собственного платежного поручения. После окончания дискуссии Рабочая группа решила, что банк, с опозданием получивший поручение об отзыве, может добиваться отзыва своего собственного платежного поручения, однако никаких обязательств в этом отношении нести не будет. В связи с этим Рабочая группа исключила пункт 4.

Удостоверение подлинности поручения об отзыве

95. Рабочая группа отметила, что в настоящем тексте пунктов 1 и 2 предусматривается, что подлинность поручения об отзыве удостоверяется таким же образом, что и подлинность платежного поручения. Отмечалось, что нет оснований для того, чтобы стороны не могли согласовать вопрос о применении других процедур удостоверения подлинности, в частности, в тех случаях, когда поручение об отзыве в отличие от платежного поручения направляется другими способами сообщения. Рабочая группа решила, что подлинность поручения об отзыве необходимо удостоверить, однако необязательно, чтобы его подлинность удостоверялась тем же способом, что и подлинность платежного поручения.

Пункты 5 и 6

96. Было выражено общее согласие с содержащимся в пункте 5 принципом о том, что отправитель не обязан производить платеж по платежному поручению, если поручение об отзыве получено своевременно и имеет силу. Было высказано сомнение в отношении необходимости сохранения пунктов 5(a) и 6, поскольку отправителю будет возмещена любая сумма, которую он заплатил банку-получателю в соответствии со статьей 11(b).

97. Рабочая группа согласилась также, что в тех случаях, когда поручение об отзыве имеет силу, но тем не менее банк-получатель исполняет платежное поручение и перевод кредита завершается, банк-получатель должен иметь возможность возмещения суммы, уплаченной бенефициару, в той мере, в какой такое возмещение будет возможно на основании других применимых в подобных случаях принципов права. Данный вопрос был направлен в редакционную группу.

Пункты 8 и 9

98. Рабочая группа решила сохранить существо этих пунктов с учетом редакционных поправок.

Подготовка нового текста статьи

99. Рабочая группа отметила необходимость подготовки нового текста статьи 10 в свете принятых решений и передала этот вопрос на рассмотрение редакционной группы.

Новое предложение

100. Рабочая группа рассмотрела предложение о включении нового положения, которое будет звучать следующим образом:

"Руководствуясь должным основанием и в соответствии с применимым правом, суд может запретить:

a) лицу выдавать платежное поручение о переводе средств;

b) банку перевододателя исполнять платежное поручение перевододателя, или

c) банку бенефициара выдавать средства бенефициару или бенефициару - снимать средства.

Суд не может иным образом запретить лицу выдавать платежные поручения, производить платеж или получать платеж по платежному поручению или предпринимать иные действия в отношении перевода кредита, но банк не
несет обязательств, если он действует в соответствии с распоряжением суда, обладающего юрисдикцией".

101. В поддержку этого предложения отмечалось, что исполнение судебных решений, в которых предпринимается попытка оказать воздействие на перевод кредита после начала процесса перевода, может привести к существенному нарушению функционирования банковской системы. Поэтому было признано важным ограничить возможность исполнения какого-либо судебного решения двумя основными сторонами процесса перевода кредита и заявить, что против банка-посредника не будет принято никаких мер. Хотя данное предложение получило некоторую поддержку, было отмечено, что нецелесообразно включать в типовой закон нормы, регулирующие судебные процедуры. Было отмечено также, что нет причин для того, чтобы препятствовать отправителю неисполненного поручения об отзыве использовать любые средства, предусмотренные применимым правом, для прекращения осуществления перевода кредита. После обсуждения Рабочая группа не приняла данное предложение.

Статья 11

102. Рабочая группа отметила, что редакционная группа рассмотрела новый проект статьи 11, в котором значительно изменена форма представления, однако не меняется существо статьи. Тем не менее в целях рассмотрения принципиальных вопросов, затрагиваемых в этой статье, группа постановила проводить свои обсуждения на основе существующего текста.

103. Было отмечено, что в подпункте (a) не упоминаются все случаи, при которых банк-получатель обязан помогать перевододателю или своему отправителю в осуществлении перевода кредита. Если сам банк-получатель не выполнил одно из своих обязательств в результате, например, ошибочного адресования своего платежного поручения, то он будет обязан на основании статьи 6 направить новое платежное поручение, соответствующее полученному им поручению. С другой стороны, подпункт (a) предназначен для регламентирования ситуации, когда другой банк, участвующий в цепочке перевода кредита, не выполнил свои обязательства, и перевододатель или отправитель обращается к банку-получателю за помощью в отношении такого банка.

104. Согласно одному мнению, обязательство, которое предполагается установить в данном подпункте, не ясно по содержанию и не конкретно с точки зрения практической полезности, поскольку еще не предложено какого-либо средства правовой защиты, при помощи которого можно было бы получить возмещение в связи с нарушением такого обязательства. В ответ было отмечено, что на предыдущих сессиях Рабочая группа выражала намерение сформулировать широкое и общее обязательство оказывать помощь, которое, даже если оно и не будет специально подкрепляться какой-либо четкой санкцией, позволит установить норму поведения и в наиболее вопиющих случаях может быть осуществлено за счет применения судом общих принципов права, касающихся нарушения регламентированного обязательства.

Подпункт (b)

105. Было высказано мнение о том, что общий принцип, закрепленный в статье 11(b), является неуместным, поскольку он может оказать отрицательное воздействие на банковскую систему. Было отмечено, что обязательство банка перевододателя возместить перевододателю основную сумму незавершенного перевода кредита имеет особое значение в случае неплатежеспособности банка-посредника, от которого банк перевододателя может требовать возмещение. Это новый вид риска для банков некоторых стран, поскольку ранее такой риск несли клиенты. Было отмечено, что этот новый риск не будет чрезмерно обременительным для крупных банков с сетью иностранных отделений. Такие банки будут осуществлять большую часть международных переводов кредита через свои отделения. Риск же будут нести мелкие и средние банки, вынужденные осуществлять международные переводы кредита через банки-корреспонденты в иностранных государствах. Было отмечено, что это вызовет особое беспокойство у банков развивающихся стран.

106. Было также отмечено, что повышение риска для банка перевододателя может послужить дополнительным основанием для беспокойства со стороны органов, регулирующих деятельность банков, поскольку они все лучше осознают такие систематические риски и заинтересованы в их сокращении. В приведенных примерах указывалось на возможность пересмотра требований к страхованию депозитов или к резервам для снижения рисков, подобных тем, которые предполагает создать подпункт (b). Был также задан вопрос о возможности обязать банки обеспечивать капитальное покрытие такого риска в соответствии с Базельским соглашением. В ответ было отмечено, что по меньшей мере одна страна, в которой действует система крупномасштабных переводов средств, уже приняла без каких-либо серьезных последствий норму, эквивалентную статье 11(b). Анализ, проведенный органами по контролю за деятельностью банков этой страны, позволил сделать вывод о том, что обязательство по выплате возмещения перевододателю не сопряжено с какими-либо вопросами, которые регламентируются Базельским соглашением, или же серьезными рисками возникновения новых потенциальных обязательств, представляющих опасность для банков.

107. Согласно другому мнению, принятие типового закона не должно привести к повышению рисков для банков. Было отмечено, что двусторонние и многосторонние соглашения о чистых расчетах, которым отводится определенная роль в типовом законе (см. пункты 81-85), позволят, по некоторым оценкам, сократить кредитный риск на 50-80 процентов по сравнению с уровнем, который в противном случае существовал бы для таких операций.

108. После обсуждения Рабочая группа постановила сохранить статью 11(b). Группа поручила секретариату направить экземпляр настоящего доклада Банку международных расчетов (БМР) для информации. Была высказана просьба к делегациям специально подготовиться к обсуждению вопроса о воздействии этого нового риска с точки зрения регулирования банковской деятельности на сессии Комиссии в июне 1991 года, когда будет рассматриваться типовой закон, хотя Рабочая группа понимает, что вопрос о воздействии банковских рисков на регулирование их деятельности не относится к сфере компетенции Комиссии.

109. Было проведено обсуждение по вопросу о том, должны ли положения статьи 11(b) иметь обязательный характер. Согласно одному мнению, механизм, гарантирующий отправителю получение возмещения в случае несостоявшегося перевода кредита, является одним из основных положений типового закона, и сторонам не следует предоставлять возможность отходить от таких положений на основании соглашения. Согласно другому мнению, такой отход на основании соглашения может быть приемлемым в особых обстоятельствах. Например, в тех случаях, когда перевододатель указывает, что перевод кредита будет осуществляться через банк-посредник, отличающийся особой ненадежностью, или через страну, характеризующуюся особой нестабильностью, банк перевододателя должен иметь возможность заключить специальное соглашение, возлагающее ответственность за перевод на перевододателя. Вместе с тем в типовом законе не следует допускать свободного изменения на основании соглашения, особенно путем использования стандартных условий банков. Согласно другому мнению, поскольку механизм возмещения средств, предусмотренный в статье 11(b), можно сравнить с гарантией того, что перевод кредита будет осуществлен успешно, банк понесет расходы, которые банк должен иметь возможность возместить. Перевододатель, возможно, пожелает использовать менее дорогой способ передачи, при котором риск того, что перевод кредита не сможет быть завершен и основная сумма перевода не сможет быть возмещена, будет сознательно нести перевододатель.

110. После обсуждения Рабочая группа решила, что положения статьи 11(b) будут обязательными, но банк-получатель не будет нести ответственность, если средства не могут быть возмещены из другого банка (не являющегося банком бенефициара), через который банку-получателю было поручено осуществить перевод. Редакционной группе было предложено подготовить положение по данному вопросу.

111. Рабочая группа внесла также конкретные предложения в отношении содержания этого положения. Отмечалось, что следует рассмотреть вопрос о возможности возмещения средств перевододателю по каналам, отличающимся от каналов, использовавшихся при несостоявшемся переводе кредита. Согласно другому мнению, в данном пункте следует более четко рассмотреть ситуацию, когда банку бенефициара было выдано платежное поручение на сумму, превышающую сумму платежного поручения, выданного перевододателем банку перевододателя.

Статья 15

Пункт 2

112. Рабочая группа отметила, что по предложению редакционной группы она уже приняла три пункта, заменивших пункт 1, и решила перенумеровать пункт 2 в пункт 4 (см. пункт 140). Было предложено исключить получивший новую нумерацию пункт 4 на том основании, что по существу он создает правило о коллизии норм права для общего применения к отношениям между перевододателем и бенефициаром. После обсуждения Рабочая группа решила исключить данный пункт. Было предложено увязать исключение статьи 15(4) с исключением статьи 14(2). Поддержку данное предложение не получило.

Предлагаемые дополнительные пункты

113. Наряду с новой формулировкой пунктов 1-3, которые уже были приняты Рабочей группой по предложению редакционной группы (пункт 140), Рабочая группа рассмотрела предложение о добавлении следующих пунктов:

> "( ) В тех случаях, когда права и обязательства, упомянутые в пункте 1, отражены в договоре, второе предложение данного пункта не затрагивает применение любой нормы права

a) для определения того, какое право регулирует формальную действительность договора; или

b) применение права другого государства, если из общих обстоятельств вытекает, что данный договор более тесно связан с данным государством.

( ) Пункт 1 не применяется, в той мере, в которой его применение будет очевидно противоречить публичному порядку страны суда.

( ) Применение права любого государства, упомянутого в настоящей статье, означает применение действующих в данном государстве норм права, не являющихся его нормами международного частного права".

114. Сторонники данного предложения отметили, что предлагаемые дополнительные пункты имеют целью привести статью 15 в соответствие с положениями Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам. В противовес данному предложению было заявлено, что в типовом законе не должны согласовываться потребности отдельных государств или групп государств в рамках любой другой нормы права или международного соглашения. После обсуждения данное предложение было снято его сторонниками.

Определение термина "исполнение"

115. Рабочая группа рассмотрела предложение о том, что термин "исполнение" должен быть определен следующим образом:

" "Исполнение" означает, в случае банка-получателя, не являющегося банком бенефициара, выдачу платежного поручения, предназначенного для выполнения платежного поручения, полученного банком-получателем".

116. Отмечалось, что этот термин многократно использовался в типовом законе и что целесообразно дать его определение. Состоялось обсуждение вопроса о том, распространяется ли определение понятия "исполнение" на действия банка бенефициара. Указывалось, что банк бенефициара не "исполняет" платежное поручение, а может лишь акцептовать или отклонить полученное платежное поручение. Акцепт платежного поручения означает завершение перевода кредита. Рабочая группа приняла данное предложение и отметила, что необходимо тщательно рассмотреть весь текст типового закона для обеспечения правильности всех ссылок на "исполнение" и передачи всех ссылок на "акцепт", "дату исполнения" или "дату платежа" (со ссылкой на банк бенефициара), которые могут не соответствовать новому определению "исполнения", на рассмотрение Комиссией.

Статья 9

117. Дата исполнения. Была высказана мысль о том, что требование исполнения платежного поручения в день его получения может стать слишком тяжелым бременем для банков. Было отмечено также, что могут быть убедительные доводы относительно того, почему не обязательно исполнять платежные поручения в день их получения, в частности, в случае направления бумажных платежных поручений. Данное предложение поддержано не было.

118. Пункт 2. Рабочая группа приняла предложение о внесении поправки в статью 9(2), с тем чтобы заменить формулировку "в день получения платежного поручения" словами "в день, когда платежное поручение должно быть исполнено в соответствии с пунктом 1". В поддержку этого предложения было отмечено, что банк-получатель не должен нести ответственность за рассмотрение или обработку платежных поручений ранее установленных сроков, с тем чтобы в соответствии с типовым законом направить своевременное уведомление.

119. Отход от положений типового закона на основании договора. Было внесено предложение о том, что положения статьи 9(1) должны иметь обязательный характер. Было отмечено, что отступление от этих положений лишит банки перевододателей возможности заранее определять, сколько времени потребуется на осуществление международных переводов кредита в тех случаях, когда они должны пройти через несколько банков-посредников. Хотя и была выражена некоторая поддержка этой точки зрения, Рабочая группа постановила, что в соответствии с типовым законом преимущественную силу должно иметь общее признание принципа свободы договора. Согласно другому предложению, отступление от положений статьи 9(1) должно допускаться лишь в отношениях между перевододателем и банком перевододателя. В соответствии с еще одной точкой зрения та степень, в которой типовой закон будет ограничивать возможность отступления от своих положений в договоре сторон, должна быть определена в ходе рассмотрения всего типового закона в целом, с тем чтобы обеспечить надлежащий баланс между принципом свободы договора и надежностью основополагающих положений закона для гарантирования его эффективности как законодательного акта.

Статья 8

120. Было внесено предложение исключить статью 8(2) и ссылки на нее. В поддержку этого предложения было указано, что может возникнуть ситуация, когда перевододатель ошибочно указал наименование бенефициара, что не было выявлено банком бенефициара. В частности, было отмечено, что в платежном поручении вполне может содержаться ссылка на номер счета, как на единственное указание на идентификацию бенефициара. Было заявлено, что в этом случае банковская система не должна нести ответственности перед перевододателем. Отмечалось также, что, с технической точки зрения, определение "банк бенефициара" делает невозможным ошибочное адресование полученного им платежного поручения. После обсуждения Рабочая группа исключила данный пункт.

Статья 4

121. На двадцать первой сессии Рабочей группы секретариату было предложено разработать положение, регулирующее применение банком-получателем процедуры обнаружения ошибки. Предложение секретариата было рассмотрено группой ограниченного состава, после чего Рабочей группе было представлено пересмотренное предложение по новому пункту 3 бис. Предложенный текст гласит следующее:

> "Отправитель, несущий ответственность по платежному поручению, несет ответственность в соответствии с условиями поручения, полученного банком-получателем. Однако, если отправитель и банк-получатель договорились о процедуре обнаружения ошибочного дублирования или ошибок в платежном поручении, отправитель не несет ответственности по платежному поручению, если [отправитель обеспечил соблюдение этой процедуры и] использование этой процедуры банком-получателем позволило или могло бы позволить обнаружить ошибочное дублирование или ошибку. Если ошибка, которую обнаружил бы банк, заключается в том, что отправитель дал указание о платеже в сумме большей, чем это входило в его намерение, отправитель будет нести ответственность только в объеме суммы, входящей в это намерение".

122. Было вновь отмечено, что некоторые процедуры, используемые для идентификации отправителя, зависят от использования алгоритма, передающего содержание платежного поручения. В таких случаях любая ошибка в содержании платежного поручения может стать причиной неудостоверения его подлинности. В других случаях в отношении платежного поручения может быть использована процедура удостоверения подлинности, не зависящая от содержания платежного поручения. В этих случаях возможно использование особой процедуры обнаружения ошибок. Предложенное положение предназначено для применения именно в таких ситуациях.

123. Рабочая группа сослалась на то, что на своей двадцатой сессии она не согласилась с предложением определять "удостоверение подлинности" как охватывающее и идентификацию источника сообщения, и обнаружение ошибок в сообщении (A/CN.9/329, пункты 77-79).

124. Было высказано мнение о том, что отправителя необходимо четко обязать соблюдать любую согласованную процедуру, с тем чтобы защитить права банка-получателя в случае ошибочного платежного поручения. После обсуждения Рабочая группа решила, что предусмотренная в этом предложении процедура не должна зависеть от того, обеспечил ли отправитель соблюдение того или иного аспекта согласованной процедуры. Если какие-либо аспекты не соблюдаются и банк-получатель лишается, таким образом, возможности применить согласованную процедуру обнаружения ошибок, то ответственность за то, что ошибка не будет обнаружена, ложится на отправителя.

125. Была выражена озабоченность по поводу общего принципа, согласно которому отправитель должен нести ответственность по платежному поручению, в том виде, в котором оно было получено. Было указано, что в типовом законе не содержится четкого указания на момент получения платежного поручения. В качестве примера был приведен случай, когда платежное поручение передается через автоматическую систему, контролируемую получателем, и его содержание искажается на более поздней стадии его передачи в центральный компьютер банка-получателя. Было отмечено, что в таком случае отправитель не должен нести ответственность за последствия ошибки. Поэтому было предложено включить в конце первого предложения рассматриваемого текста следующую фразу:

> "за исключением тех случаев, когда отправитель доказывает, что условия платежного поручения, выданного отправителем, отличаются от условий платежного поручения, полученного банком-получателем, и что изменение этих условий произошло в процессе передачи платежного поручения под контролем банка-получателя и не в результате какой-либо вины со стороны отправителя".

126. Рабочая группа не пересмотрела своего принципиального решения, согласно которому отправитель будет нести ответственность в соответствии с условиями платежного поручения, полученного банком-получателем. После обсуждения Рабочая группа приняла предложение, содержащееся в пункте 121, исключив слова в квадратных скобках.

II. ИЗМЕНЕНИЯ РЕДАКЦИОННОГО ХАРАКТЕРА В ТИПОВОМ ЗАКОНЕ

127. Рабочая группа рассмотрела другие предложения редакционного характера, внесенные редакционной группой. Было отмечено, что эти предложения не влияют на существенные положения типового закона.

128. Рабочая группа отметила, что на своей двадцать первой сессии она приняла ряд принципиальных решений и просила секретариат внести предложения по новым проектам положений во исполнение этих решений. Эти предложения излагаются в документе A/CN.9/WG.IV/WP.49. На текущей сессии Рабочая группа обратилась к редакционной группе ограниченного состава с просьбой рассмотреть эти положения и внести в них соответствующие изменения. После обсуждения доклада редакционной группы, Рабочая группа приняла положения, содержащиеся в пунктах 129-141 ниже.

Статья 1

129. Была предложена следующая новая формулировка сноски:

"*Настоящий закон не регулирует вопросы, касающиеся защиты потребителей".

Статья 2(b)

130. Подпункт (iii) был заменен следующим текстом:

"инструкция не предусматривает, что платеж должен быть произведен по просьбе бенефициара".

131. Было выражено беспокойство в связи с тем, что данная формулировка может оказаться недостаточно ясной с точки зрения исключения операций в рамках сетей торговых точек.

132. Были приняты в принципе следующие дополнительные слова к определению "платежное поручение" в надежде на то, что они будут изменены Редакционной группой:

"Когда инструкция не представляет собой платежного поручения, поскольку она выдается при определенном условии, и это условие впоследствии удовлетворяется, эта инструкция должна рассматриваться как если бы она была безусловной в момент ее выдачи; однако это не затрагивает права и обязательства какого бы то ни было лица в отношении инструкции в период до удовлетворения условия".

Статья 2(f)

133. В соответствии с высказанной просьбой секретариат предложил вместо слова "банк" использовать другой термин. Этим предложенным термином была формулировка "учреждение по переводу кредита". Рабочая группа решила продолжать использовать термин "банк".

134. Было решено в конце этого определения добавить следующее предложение:

"Предприятие не рассматривается в качестве исполняющего платежные поручения лишь в силу того факта, что оно передает такие поручения".

Определение термина "отделение" банка

135. Вместо предложения дать определение понятию "отделение" банка, используемое в статьях 1(2), 6(7), 9(5) и 10(9), Рабочая группа решила в этих формулировках к слову "отделения" добавить слова "и отдельные конторы".

Статья 4(2)

136. Рабочая группа добавила в текст следующее предложение:

"Сторонам не разрешается договариваться о применении пункта 2, если удостоверение подлинности не является коммерчески обоснованным".

Статья 12(4)

137. Рабочая группа решила, что подпункт (a) должен иметь следующую формулировку:

"Банк бенефициара несет ответственность

a) перед бенефициаром в той степени, в которой это предусмотрено правом, регулирующим отношения между бенефициаром и банком, за невыполнение одного из обязательств по статье 8(1) и (6), и".

Статья 14

138. Рабочая группа решила изменить название главы IV и статьи 14 следующим образом:

"Завершение перевода кредита и исполнение обязательства".

139. Рабочая группа решила далее, что пункт 2 бис должен быть перенумерован в пункт 1 и что пункт 3 должен иметь следующую формулировку:

"Перевод кредита считается завершенным независимо от того обстоятельства, что сумма платежного поручения, акцептованного банком бенефициара, меньше, чем сумма платежного поручения перевододателя в результате взимания сборов одним или несколькими банками-получателями. Завершение перевода кредита не наносит ущерба любым правам бенефициара на основании применимого права в отношении возмещения перевододателем суммы этих сборов".

Статья 15

140. Рабочая группа приняла вместо пункта 1 следующие три пункта и решила пункт 2 перенумеровать в пункт 4:

"1) Права и обязательства, вытекающие из платежного поручения, регулируются правом, избираемым сторонами. В отсутствие соглашения применяется право государства банка-получателя.

2) Второе предложение пункта 1 не влияет на определение того, какое право регулирует решение вопроса о том, обладал ли фактический отправитель платежного поручения полномочиями обязать предполагаемого отправителя, для целей статьи 4(1).

3) Для целей настоящей статьи,

a) если государство состоит из нескольких территориальных единиц, в которых действуют различные нормы права, каждая территориальная единица считается отдельным государством, и

b) отделения и отдельные конторы банков в разных государствах считаются отдельными банками".

Статья 16

141. Рабочая группа решила переставить эту статью на место статьи 3 (которая в настоящее время является изъятой) и назвать ее "Изменение на основании соглашения".

III. РЕДАКЦИОННАЯ ГРУППА И ПРИНЯТИЕ ПРОЕКТА ТИПОВОГО ЗАКОНА

142. Редакционная группа была создана для рассмотрения всего текста проекта типового закона с целью обеспечения соответствующего стиля изложения, устранения несоответствий и согласования текста на шести языках. Текст проекта типового закона был принят Рабочей группой по рекомендации редакционной группы и представляется на рассмотрение Комиссии. Текст проекта типового закона в том виде, как он был принят Рабочей группой, воспроизводится в приложении к настоящему докладу.

ПРИЛОЖЕНИЕ

Проект типового закона ЮНСИТРАЛ о международных переводах кредита a/

ГЛАВА I. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Статья 1. Сфера применения*

1) Настоящий закон применяется к переводам кредита, когда банк-отправитель и его банк-получатель находятся в разных государствах.

2) Для цели определения сферы применения настоящего закона отделения и отдельные конторы одного банка в разных государствах являются отдельными банками.

---

*Настоящий закон не регулирует вопросы, касающиеся защиты потребителей.

Статья 2. Определения

Для целей настоящего закона:

a) "Перевод кредита" означает серию операций, начиная с платежного поручения перевододателя, осуществляемых с целью передачи средств в распоряжение бенефициара. Этот термин распространяется на все платежные поручения, выдаваемые банком перевододателя или любым банком-посредником в целях выполнения платежного поручения перевододателя. [Этот термин не включает переводы, осуществленные через систему платежей в рамках сетей торговых точек.]

b) "Платежное поручение" означает безусловную инструкцию отправителя банку-получателю передать в распоряжение бенефициара установленную или подлежащую установлению сумму денег, если:

i) банку-получателю возмещается соответствующая сумма путем дебетования счета отправителя или получения платежа от него в другой форме и

ii) инструкция не предусматривает, что платеж должен быть произведен по просьбе бенефициара.

Когда инструкция не представляет собой платежного поручения, поскольку она выдается при определенном условии, но это условие впоследствии удовлетворяется, а получивший инструкцию банк исполняет ее, эта инструкция должна рассматриваться как если бы она была безусловной в момент ее выдачи.

c) "Перевододатель" означает лицо, выдающее первое платежное поручение в ходе операции по переводу кредита.

d) "Бенефициар" означает лицо, указанное в платежном поручении перевододателя в качестве получателя средств в результате перевода кредита.

e) "Отправитель" означает лицо, которое выдает платежное поручение, включая перевододателя и любой банк-отправитель.

f) "Банк" означает предприятие, в сферу обычной деятельности которого входит исполнение платежных поручений. Предприятие не рассматривается в качестве исполняющего платежные поручения лишь в силу того факта, что оно передает такие поручения.

g) "Банк-получатель" означает банк, который получает платежное поручение.

h) "Банк-посредник" означает любой банк-получатель, помимо банка перевододателя и банка бенефициара.

---

a/ Текст проекта типового закона, принятый Рабочей группой по международным платежам на ее двадцать второй сессии 7 декабря 1990 года.

i) "Средства" или "деньги" включают кредитовый остаток на счете, который ведется банком, и включают кредитовый остаток, выраженный в валютно-расчетной единице, установленной межправительственным учреждением или соглашением двух или более государств, при условии, что настоящий закон применяется без ущерба для правил такого межправительственного учреждения или положений такого соглашения.

j) "Удостоверение подлинности" означает определенную по соглашению процедуру, которая позволяет установить, выдано ли платежное поручение или отзыв платежного поручения полностью или частично предполагаемым отправителем.

k) "Дата исполнения" означает дату, когда банк-получатель должен исполнить платежное поручение в соответствии со статьей 10.

l) "Исполнение" означает, в случае банка-получателя, не являющегося банком бенефициара, выдачу платежного поручения, предназначенного для выполнения платежного поручения, полученного банком-получателем.

m) "Дата платежа" означает указанную в платежном поручении дату, когда средства должны быть переданы в распоряжение бенефициара.

Статья 3. Изменение на основании соглашения

Если настоящим законом не предусматривается иное, права и обязательства стороны перевода кредита могут быть изменены по соглашению с заинтересованной стороной.

ГЛАВА II. ОБЯЗАННОСТИ СТОРОН

Статья 4. Обязанности отправителя

1) Предполагаемый отправитель несет ответственность по платежному поручению или за отзыв платежного поручения, если оно было выдано им или другим лицом, которое имело полномочия возложить ответственность на предполагаемого отправителя.

2) В случае, когда подлинность платежного поручения должна быть удостоверена, предполагаемый отправитель, который не несет ответственности в силу пункта 1, тем не менее несет ответственность, если:

a) представленное удостоверение подлинности представляет собой коммерчески обоснованный метод защиты против несанкционированных платежных поручений; и

b) банк-получатель выполнил удостоверение подлинности.

3) Сторонам не разрешается договариваться о применении пункта 2, если удостоверение подлинности не является коммерчески обоснованным.

4) Предполагаемый отправитель не несет, однако, ответственности в силу пункта 2, если он докажет, что платежное поручение, полученное банком-получателем, было результатом действий какого-либо лица, иного чем нынешний или бывший служащий предполагаемого отправителя, если только банк-получатель не сможет доказать, что платежное поручение явилось результатом действий лица, которое получило доступ к процедуре удостоверения подлинности по вине предполагаемого отправителя.

5) Отправитель, несущий ответственность по платежному поручению, несет ответственность в соответствии с условиями поручения, полученного банком-получателем. Однако, если отправитель и банк-получатель договорились о процедуре обнаружения ошибочного дублирования или ошибок в платежном поручении, отправитель не несет ответственности по платежному поручению, если использование этой процедуры банком-получателем позволило или могло бы позволить обнаружить ошибочное дублирование или ошибку. Если ошибка, которую обнаружил бы банк, заключается в том, что отправитель дал указание о платеже в сумме большей, чем это входило в его намерение, отправитель будет нести ответственность только в объеме суммы, входящей в это намерение.

6) У отправителя возникает обязательство произвести платеж банку-получателю по платежному поручению, когда банк-получатель акцептует его, однако срок платежа наступает лишь с [даты исполнения поручения], если отсутствует иная договоренность.

Статья 5. Платеж банку-получателю

Платеж по обязательству отправителя согласно статье 4(6) уплатить банку-получателю имеет место:

a) если банк-получатель дебетует счет отправителя в банке-получателе в момент, когда производится дебетование; или

b) если отправитель является банком и подпункт (a) не применяется в момент,

i) когда кредит, внесение которого на счет банка-получателя у отправителя обеспечивается отправителем, используется, или, если он не используется, в рабочий день после дня, на который кредит предоставляется для использования и банку-получателю становится известно об этом факте, или

ii) когда кредит, внесение которого на счет банка-получателя в другом банке обеспечивается отправителем, используется, или, если он не используется, в рабочий день после дня, на который кредит предоставляется для использования и банку-получателю становится известно об этом факте, или

iii) когда производится окончательный расчет в отношении банка-получателя в центральном банке государства, где находится банк-получатель, или

iv) когда окончательный расчет производится в отношении банка-получателя

a. через систему перевода средств, которая предусматривает расчет по обязательствам между участниками на двусторонней либо многосторонней основе, и расчет производится в соответствии с применимым правом и правилами этой системы или
b. в соответствии с двусторонним соглашением о чистых расчетах с отправителем; или

c) если не применяются ни подпункт (a), ни подпункт (b) в соответствии с применимым правом.

Статья 6. Акцепт или отклонение платежного поручения банком-получателем, не являющимся банком бенефициара

1) Положения настоящей статьи применяются к банку-получателю, не являющемуся банком бенефициара.

2) Банк-получатель акцептует платежное поручение отправителя в ближайший из нижеуказанных моментов времени:

a) когда истек срок исполнения согласно статье 10, а уведомление об отклонении не направлено при условии, что: i) в случае, когда платеж должен быть осуществлен путем дебетования счета отправителя в банке-получателе, акцепта не происходит до того момента, пока на подлежащем дебетованию счете не будет средств, достаточных для покрытия суммы платежного поручения; или ii) в случае, когда платеж должен быть произведен иным образом, акцепта не происходит до того момента, пока банк-получатель не получит платежа от отправителя в соответствии со статьей 5(b) или (c),

b) когда банк получает платежное поручение при условии, что отправитель и банк договорились, что банк будет исполнять платежные поручения отправителя по их получении,

c) когда он уведомляет отправителя об акцепте или

d) когда он выдает платежное поручение, предназначенное для исполнения полученного платежного поручения.

3) Банк-получатель, который не акцептует платежного поручения отправителя, за исключением случаев, предусмотренных в подпункте 2(a), обязан уведомить этого отправителя об отклонении платежного поручения, помимо случаев, когда имеющейся информации недостаточно для идентификации отправителя. Уведомление об отклонении платежного поручения должно представляться не позднее даты исполнения.

Статья 7. Обязанности банка-получателя, не являющегося банком бенефициара

1) Положения настоящей статьи применяются к банку-получателю, не являющемуся банком бенефициара.

2) Банк-получатель, который акцептует платежное поручение, обязан в соответствии с этим платежным поручением в сроки, обусловленные статьей 10, выдать либо банку бенефициара, либо надлежащему банку-посреднику платежное поручение, которое соответствует содержанию платежного поручения, полученного банком-получателем, и которое содержит инструкции, необходимые для осуществления перевода кредита надлежащим образом.

3) Когда получено платежное поручение, содержащее информацию, которая указывает на то, что оно направлено не по адресу, и содержит достаточные сведения для идентификации отправителя, банк-получатель уведомляет отправителя об ошибочном адресовании в сроки, обусловленные статьей 10.

4) Когда инструкция не содержит достаточной информации, чтобы считаться платежным поручением, или, являясь таковым, не может быть исполнена по причине недостаточности информации, но при этом отправитель может быть идентифицирован, банк-получатель уведомляет отправителя о такой недостаточности в сроки, обусловленные статьей 10.

5) Если в платежном поручении между словами и цифрами, которые обозначают сумму денег, имеется расхождение, банк-получатель в сроки, обусловленные статьей 10, уведомляет отправителя об этом расхождении, если отправитель может быть идентифицирован. Этот пункт не применяется, если отправитель и банк договорились о том, что банк будет полагаться либо на слова, либо на цифры, в зависимости от договоренности.

6) Банк-получатель не обязан выполнять инструкцию отправителя, оговаривающую банк-посредник, систему перевода средств или способ передачи, которые должны быть использованы для осуществления перевода кредита, если банк-получатель добросовестно установит, что эта инструкция невыполнима или что выполнение этой инструкции будет сопряжено с чрезмерными затратами или задержкой в завершении перевода кредита. Банк-получатель действует в сроки, обусловленные статьей 10, если в сроки, установленные этой статьей, он запрашивает отправителя в отношении дальнейших действий, которые ему следует предпринять с учетом этих обстоятельств.

7) Для целей настоящей статьи отделения и отдельные конторы банка, даже если они находятся в одном государстве, являются отдельными банками.

Статья 8. <u>Акцепт или отклонение платежного поручения банком бенефициара</u>

1) Банк бенефициара акцептует платежное поручение в ближайший из нижеуказанных моментов времени:

a) когда истек срок [исполнения] согласно статье 10, а уведомление об отклонении не направлено при условии, что: i) в случае, когда платеж должен быть осуществлен путем дебетования счета отправителя в банке бенефициара, акцепта не происходит до того момента, пока на подлежащем дебетованию счете не будет средств, достаточных для покрытия суммы платежного поручения; или ii) в случае, когда платеж должен быть произведен иным образом, акцепта не происходит до того момента, пока банк бенефициара не получит платежа от отправителя в соответствии со статьей 5(b) или (c),

b) когда банк получает платежное поручение при условии, что отправитель и банк договорились, что банк будет [исполнять] платежные поручения отправителя по их получении,

c) когда он уведомляет отправителя об акцепте,

d) когда банк кредитует счет бенефициара или каким-либо иным образом передает средства в распоряжение бенефициара,

e) когда банк уведомляет бенефициара о том, что тот имеет право снять средства или использовать кредит,

f) когда банк использует кредит каким-либо иным образом в соответствии с инструкцией, содержащейся в платежном поручении,

g) когда банк использует кредит для покрытия долга бенефициара банку или использует его в соответствии с постановлением суда.

2) Банк бенефициара, который не акцептует платежного поручения отправителя, за исключением случаев, предусмотренных в подпункте 1(a), обязан уведомить отправителя об отклонении, помимо случаев, когда имеющейся информации недостаточно для идентификации отправителя. Уведомление об отклонении платежного поручения должно представляться не позднее [даты исполнения].

Статья 9. Обязанности банка бенефициара

1) Банк бенефициара обязан после акцепта полученного платежного поручения предоставить средства в распоряжение бенефициара в соответствии с платежным поручением и применимым правом, регулирующим отношения между банком и бенефициаром.

2) Когда инструкция не содержит достаточной информации, чтобы считаться платежным поручением, или, являясь таковым, не может быть [исполнена] по причине недостаточности информации, но при этом отправитель может быть идентифицирован, банк бенефициара уведомляет отправителя о такой недостаточности в сроки, обусловленные статьей 10.

3) Если в платежном поручении между словами и цифрами, которые обозначают сумму денег, имеется расхождение, банк бенефициара в сроки, обусловленные статьей 10, уведомляет отправителя об этом расхождении, если отправитель может быть идентифицирован. Этот пункт не применяется, если отправитель и банк договорились о том, что банк будет полагаться либо на слова, либо на цифры, в зависимости от договоренности.

4) Когда бенефициар обозначен и словами, и цифрами и предполагаемого бенефициара невозможно установить с разумной определенностью, банк бенефициара в сроки, обусловленные статьей 10, уведомляет своего отправителя и банк перевододателя, если они могут быть идентифицированы.

5) Банк бенефициара в [дату исполнения] уведомляет бенефициара, который не имеет счета в этом банке, о том, что в распоряжении этого банка имеются предназначенные для него средства, если банк располагает достаточной информацией для направления такого уведомления.

Статья 10. Срок [исполнения] банком-получателем платежного поручения и направления уведомлений

1) Банк-получатель обязан [исполнить] платежное поручение в день его получения, за исключением случаев, когда:

a) в поручении указана более поздняя дата, и в этом случае поручение [исполняется] в эту дату, или

b) в поручении указывается дата платежа и из этой даты следует, что исполнение целесообразно перенести на более поздний срок, с тем чтобы банк бенефициара акцептовал платежное поручение и предоставил средства в распоряжение бенефициара в дату платежа.

2) Уведомление, которое должно направляться в соответствии со статьей 7(3), (4) или (5), направляется в день, когда платежное поручение должно быть исполнено, или до этого дня.

3) Уведомление, которое должно направляться в соответствии со статьей 9(2), (3) или (4), направляется в [дату платежа] или до [этой даты].

4) Банк-получатель, который получает платежное поручение после установленного этим банком-получателем предельного срока для исполнения платежных поручений данного вида, имеет право считать это поручение полученным на следующий день, когда банк [исполняет] платежные поручения такого вида.

5) Если банк-получатель обязан принять какие-либо меры в тот день, когда он не открыт для [исполнения] платежных поручений соответствующего вида, он должен принять требуемые меры на следующий день, когда он [исполняет] платежные поручения данного вида.

6) Для целей настоящей статьи отделения или отдельные конторы банка, даже если они находятся в одном государстве, являются отдельными банками.

Статья 11. Отзыв

1) Платежное поручение может быть отозвано отправителем лишь в том случае, если банк-получатель, не являющийся банком бенефициара, получает поручение об отзыве достаточно заблаговременно и таким образом, чтобы у банка-получателя имелась разумная возможность предпринять необходимые действия до фактического момента исполнения или наступления даты исполнения в зависимости от того, что позднее.

2) Платежное поручение может быть отозвано отправителем лишь в том случае, если банк бенефициара получает поручение об отзыве достаточно заблаговременно и таким образом, чтобы у банка имелась разумная возможность предпринять необходимые действия до момента акцепта платежного поручения или наступления даты платежа в зависимости от того, что позднее.

3) Несмотря на положения пунктов 1 и 2, отправитель и банк-получатель могут договориться, что платежные поручения, выданные отправителем банку-получателю, являются безотзывными или что поручение об отзыве имеет силу лишь в том случае, если оно получено ранее сроков, указанных в пунктах 1 и 2.

4) Подлинность поручения об отзыве должна быть удостоверена.

5) Не являющийся банком бенефициара банк-получатель, исполняющий платежное поручение, или банк бенефициара, акцептующий платежное поручение, которое было отозвано, не имеет права на получение платежа по этому платежному поручению и, если перевод кредита завершен в соответствии со статьей 17(1), возмещает любой полученный им платеж.

6) Если получатель возмещения согласно пункту 5 не является перевододателем, он передает полученные средства предшествующему отправителю.

7) Если перевод кредита завершен в соответствии со статьей 17(1), а банк-получатель [исполнил] отозванное платежное поручение, банк-получатель имеет такие права на возмещение бенефициаром суммы перевода кредита, какие предусмотрены другими нормами права.

8) Смерть, банкротство или недееспособность отправителя или перевододателя сами по себе не приводят к отзыву платежного поручения или прекращению полномочий отправителя. Слово "банкротство" включает все виды личной, корпоративной или иной неплатежеспособности.

9) Для целей настоящей статьи отделения или отдельные конторы банка, даже если они находятся в одном государстве, являются отдельными банками.

ГЛАВА III. ПОСЛЕДСТВИЯ НЕИСПОЛНЕНИЯ, ОШИБОЧНОГО ИСПОЛНЕНИЯ ИЛИ ЗАДЕРЖКИ ИСПОЛНЕНИЯ ПЕРЕВОДА КРЕДИТА

Статья 12. Обязанность оказывать помощь

Если перевод кредита не завершен в соответствии со статьей 17(1), каждый банк-получатель обязан оказывать помощь перевододателю и каждому последующему банку-отправителю и добиваться помощи от следующего банка-получателя в завершении перевода кредита.

Статья 13. Обязанность возмещать средства

1) Если перевод кредита не завершен в соответствии со статьей 17(1), банк перевододателя обязан возместить перевододателю любой платеж, полученный от него, с процентами за период, начинающийся со дня платежа и заканчивающийся в день возмещения средств. Банк перевододателя и каждый последующий банк-получатель имеет право на возвращение любых средств, которые он выплатил своему банку-получателю, с процентами за период, начинающийся со дня платежа и заканчивающийся в день возмещения средств.

2) Положения пункта 1 не могут быть изменены на основании соглашения. Однако банк-получатель не будет обязан предоставлять возмещение согласно пункту 1, если он не может получить возмещения, поскольку банк-посредник, через который он, согласно полученному указанию, осуществил перевод кредита, приостановил платежи или если этому банку-посреднику запрещено законом предоставлять возмещение. Отправитель, который первым оговорил использование этого банка-посредника, имеет право на получение возмещения от банка-посредника.

Статья 14. Возмещение недовыплаченных средств

Если перевод кредита завершен в соответствии со статьей 17(1), однако сумма платежного поручения, исполненного банком-получателем, меньше суммы акцептованного им платежного поручения, этот банк обязан выдать платежное поручение на сумму разницы между суммами платежных поручений.

Статья 15. Возмещение излишне выплаченных средств

Если перевод кредита завершен в соответствии со статьей 17(1), однако сумма платежного поручения, исполненного банком-получателем, больше суммы акцептованного им платежного поручения, этот банк имеет такие права получить от бенефициара сумму разницы между суммами платежных поручений, какие предусмотрены другими нормами права.

Статья 16. Ответственность и убытки

1) Банк-получатель, не являющийся банком бенефициара, несет ответственность перед бенефициаром за неисполнение платежного поручения своего отправителя в сроки, установленные в статье 10(1), если перевод кредита завершается в соответствии со статьей 17(1). Банк-получатель несет ответственность за уплату процентов на сумму платежного поручения за период задержки, вызванной неисполнением со стороны банка-получателя. Такая ответственность может быть исполнена путем платежа своему банку-получателю или путем прямого платежа бенефициару.

2) Если банк-получатель, являющийся получателем процентов в соответствии с пунктом 1, не является бенефициаром перевода, банк-получатель передает право на получение процентов следующему банку-получателю или, если он является банком бенефициара, бенефициару.

3) Не являющийся банком бенефициара банк-получатель, не направляющий уведомления, которое требуется согласно статье 7(3), (4) или (5), уплачивает отправителю проценты на сумму любого платежа, полученного им от отправителя в соответствии со статьей 4(6), за период, в течение которого он удерживает платеж.

4) Банк бенефициара, не направляющий уведомления, которое требуется согласно статье 9(2) или (3), уплачивает отправителю проценты на сумму любого платежа, полученного им от отправителя в соответствии со статьей 4(6), за период, начинающийся со дня платежа и заканчивающийся днем, когда он направляет требуемое уведомление.

5) Банк-получатель, выдающий платежное поручение на сумму, меньшую, чем сумма акцептованного им платежного поручения, несет ответственность, если перевод кредита завершен в соответствии со статьей 17(1), перед бенефициаром за уплату процентов на любую часть суммы разницы, которая не предоставляется в распоряжение бенефициара в дату платежа, за период, начинающийся с даты платежа и заканчивающийся моментом предоставления всей суммы в распоряжение бенефициара. Такая ответственность возникает лишь в той степени, в которой задержка платежа вызвана ненадлежащими действиями банка-получателя.

6) Банк бенефициара несет ответственность перед бенефициаром в той степени, в которой это предусмотрено правом, регулирующим отношения между бенефициаром и банком, за невыполнение одного из обязательств по статье 9(1) или (5).

7) Положения настоящей статьи могут быть изменены на основании соглашения в той степени, в которой это увеличивает или уменьшает ответственность одного банка перед другим банком. Такое соглашение об уменьшении ответственности может содержаться в стандартных условиях операций банка. Банк может согласиться увеличить свою ответственность перед перевододателем или бенефициаром, не являющимися банками, но не может уменьшить свою ответственность перед таким перевододателем или бенефициаром.

8) Средства правовой защиты, предусмотренные настоящим законом, не зависят от наличия ранее существовавших отношений между сторонами, будь то договорных или иных. Перечень этих средств правовой защиты является исчерпывающим, и никакое другое средство правовой защиты, вытекающее из других принципов права, не применяется, за исключением любого средства правовой защиты, которое может существовать для случаев, когда банк исполняет платежное поручение ненадлежащим образом или не исполняет его a) с намерением причинить убытки или b) вследствие неосторожности и с пониманием вероятности причинения убытков.

ГЛАВА IV. ЗАВЕРШЕНИЕ ПЕРЕВОДА КРЕДИТА И ИСПОЛНЕНИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА

Статья 17. Завершение перевода кредита и исполнение обязательства

1) Перевод кредита завершается акцептом платежного поручения банком бенефициара. По завершении перевода кредита банк бенефициара становится должником бенефициара в размере акцептованного им платежного поручения.

2) Если перевод предназначался для целей исполнения обязательства перевододателя перед бенефициаром, которое может быть исполнено путем перевода кредита на счет, указанный перевододателем, то обязательство исполняется в момент, когда банк бенефициара акцептует платежное поручение, и в том объеме, в котором оно было бы исполнено путем платежа такой же суммы наличными.

3) Перевод кредита считается завершенным независимо от того обстоятельства, что сумма платежного поручения, акцептованного банком бенефициара, меньше, чем сумма платежного поручения перевододателя в результате взимания сборов одним или несколькими банками-получателями. Завершение перевода кредита не наносит ущерба любым правам бенефициара на основании применимого права в отношении возмещения перевододателем суммы этих сборов.

ГЛАВА V. КОЛЛИЗИЯ НОРМ ПРАВА

Статья 18. Коллизия норм права

1) Права и обязательства, вытекающие из платежного поручения, регулируются правом, избираемым сторонами. В отсутствие соглашения применяется право государства банка-получателя.

2) Второе предложение пункта 1 не влияет на определение того, какое право регулирует решение вопроса о том, обладал ли фактический отправитель платежного поручения полномочиями обязать предполагаемого отправителя, для целей статьи 4(1).

3) Для целей настоящей статьи:

a) если государство состоит из нескольких территориальных единиц, в которых действуют различные нормы права, каждая территориальная единица считается отдельным государством, и

b) отделения и отдельные конторы одного банка в разных государствах являются отдельными банками.

F. Рабочий документ, представленный Рабочей группе по международным платежам на ее двадцать второй сессии: Международные переводы кредита: комментарии по проекту типового закона о международных переводах кредита: доклад Генерального секретаря (A/CN.9/WG.IV/WP.49)
[Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

	Страница
ВВЕДЕНИЕ	341
КОММЕНТАРИИ ПО ПРОЕКТУ ТИПОВОГО ЗАКОНА О МЕЖДУНАРОДНЫХ ПЕРЕВОДАХ КРЕДИТА	343
ГЛАВА I. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ	344
Статья 1. Сфера применения	344
Статья 2. Определения	347
Статья 3. Содержание платежного поручения (исключена)	356
ГЛАВА II. ОБЯЗАННОСТИ СТОРОН	357
Статья 4. Обязанности отправителя	357
Статья 5. Акцепт или отклонение платежного поручения банком-получателем, не являющимся банком бенефициара	365
Статья 6. Обязанности банка-получателя, не являющегося банком бенефициара	369
Статья 7. Акцепт или отклонение платежного поручения банком бенефициара	373
Статья 8. Обязательства банка бенефициара	375
Статья 9. Срок исполнения банком-получателем платежного поручения и направления уведомлений	378
Статья 10. Отзыв	382
ГЛАВА III. ПОСЛЕДСТВИЯ НЕИСПОЛНЕНИЯ, ОШИБОЧНОГО ИСПОЛНЕНИЯ ИЛИ ЗАДЕРЖКИ ИСПОЛНЕНИЯ ПЕРЕВОДА КРЕДИТА	387
Статья 11. [Помощь и возмещение средств]	387
Статья 12. Ответственность и убытки	390
Статья 13. Освобождение от ответственности	400
ГЛАВА IV. ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫЕ ПОСЛЕДСТВИЯ ПЕРЕВОДА КРЕДИТА	401
Статья 14. Платеж и исполнение денежных обязательств; обязательство банка перед владельцем счета	401
ГЛАВА V. КОЛЛИЗИЯ НОРМ ПРАВА	405
Статья 15. Коллизия норм права	405
* * *	
Статья 16. [Изменение на основании соглашения]	408

ВВЕДЕНИЕ

1. Комиссия в связи с принятым ею на девятнадцатой сессии в 1986 году решением о том, чтобы поручить секретариату опубликовать Правовое руководство ЮНСИТРАЛ по электронному переводу средств (A/CN.9/SER.B/1) как результат работы секретариата, постановила приступить к разработке типовых норм, касающихся электронного перевода средств, и поручить эту задачу Рабочей группе по международным платежам (A/41/17, пункт 230).

2. Рабочая группа приступила к выполнению этой задачи на своей шестнадцатой сессии, которая проходила в Вене 2-13 ноября 1987 года и на которой она рассмотрела ряд правовых вопросов, изложенных в подготовленном секретариатом докладе (A/CN.9/WG.IV/WP.35). В конце сессии Рабочая группа просила секретариат подготовить проекты положений на основе состоявшихся в ходе сессии прений для рассмотрения на ее следующей сессии (A/CN.9/297, пункт 98).

3. На своей семнадцатой сессии, состоявшейся в Нью-Йорке 5-15 июля 1988 года, Рабочая группа рассмотрела подготовленный секретариатом текст проекта положений (A/CN.9/WG.IV/WP.37). В конце сессии Рабочая группа просила секретариат подготовить пересмотренный проект положений типовых норм (A/CN.9/317, пункт 10).

4. На своей восемнадцатой сессии, состоявшейся в Вене 5-16 декабря 1988 года, Рабочая группа приступила к рассмотрению пересмотренного проекта типовых правил, подготовленных секретариатом в документе A/CN.9/WG.IV/WP.39. Этот проект был переименован в проект типового закона, касающегося международных переводов кредита (A/CN.9/318). Рабочая группа продолжила рассмотрение проектов положений на своей девятнадцатой сессии, состоявшейся в Нью-Йорке 10-21 июля 1989 года. В ходе сессии редакционная группа подготовила измененный по своей структуре текст проекта типового закона (A/CN.9/328, приложение I). Этот измененный текст обсуждался на двадцатой сессии Рабочей группы, проходившей в Вене 27 ноября - 6 декабря 1989 года. Редакционная группа пересмотрела статьи 1-9 проекта типового закона, а статьи 10-15 оставила без изменений (A/CN.9/329, приложение). Рабочая группа продолжила обсуждение проекта типового закона на своей двадцать первой сессии, которая проходила в Нью-Йорке 9-20 июля 1990 года и на которой был принят ряд изменений в тексте. В ряде других случаев Рабочая группа постановила, что проект типового закона следует изменить с тем, чтобы отразить определенные решения программного характера, однако не приняла конкретных текстов, отражающих эти решения. Все такие решения программного характера, равно как и некоторые другие, принятые на предыдущих сессиях Рабочей группы, отражены в сносках к проекту типового закона, содержащегося в приложении к докладу о работе двадцать первой сессии (A/CN.9/341, приложение).

5. В этом докладе содержится комментарий по тексту проектов статей, выработанном на двадцать первой сессии Рабочей группы (A/CN.9/341, приложение), с указанием предыстории подготовки и взаимосвязи с другими положениями. В тех случаях, когда комментарий касается предыстории, когда текст статьи не рассматривался на двадцать первой сессии или текст статьи рассматривался, но не был изменен, комментарии часто совпадают с комментарием в документе A/CN.9/WG.IV/WP.46. В докладе также содержатся некоторые тексты, предложенные в целях выполнения принятых Рабочей группой решений программного характера.

6. Новой чертой настоящего доклада является то, что в целях сопоставления в нем даются ссылки на соответствующие положения статьи 4А Единого торгового кодекса Соединенных Штатов Америки. Статья 4А регулирует те же виды перевода кредита, что и проект типового закона, за тем исключением, что она не ограничивается внутренними или международными переводами кредита. Подготовка этой статьи началась в Соединенных Штатах незадолго до начала разработки типового закона.

7. Статья 4А в первую очередь интересна тем, что она представляет собой единственный существующий законодательный текст, создающий основополагающую правовую структуру для перевода кредита. Во всех других государствах, включая те, в которых перевод кредита является основным средством межбанковских платежей, правовое регулирование перевода кредита осуществляется на основании разнообразных источников. В результате этого проекты статей 4А, существовавшие на момент проведения сессий Рабочей группы, часто служили источником идей для рассмотрения в Рабочей группе.

8. Окончательный текст статьи 4А был принят организациями-авторами в августе 1989 года и вскоре после этого передан отдельным штатам Соединенных Штатов Америки для принятия. Он был принят рядом этих штатов, включая штат Нью-Йорк, где расположена Система клиринговых межбанковских платежей (ЧИПС). Эта статья будет также регулировать деятельность сети электронного перевода средств Федеральной резервной системы (ФЕДВАЙЕР) после принятия предложенного Правила J.

9. Краткие сопоставления между типовым законом и статьей 4А часто весьма затруднены в результате различий в структуре и редакции этих двух текстов. Статья 4А часто выходит за рамки провозглашения общей нормы - как это делается в проекте типового закона - путем установления ряда подробных направленных на обеспечение применения вспомогательных норм и путем установления многих более важных исключений к общей норме. Эти направленные на обеспечение применения вспомогательные нормы и исключения часто очень важны. Кроме того, сложность текста, часто обуславливаемая уровнем содержащихся в нем подробностей, привела ко множеству прямых и косвенных перекрестных ссылок. Поскольку полный контекст содержащихся в статье 4А норм не может быть воспроизведен в кратких сопоставлениях, проводимых в настоящем докладе, заинтересованному пользователю следует обратиться к полному тексту самой статьи 4А.

КОММЕНТАРИИ ПО ПРОЕКТУ ТИПОВОГО ЗАКОНА О МЕЖДУНАРОДНЫХ ПЕРЕВОДАХ КРЕДИТА

Название типового закона

Предыдущее обсуждение

A/CN.9/318, пункты 10-19
A/CN.9/329, пункты 11-15

Комментарии

1. Нынешнее название было утверждено Рабочей группой на ее восемнадцатой сессии. Рабочая группа приняла решение использовать в названии слова "типовой закон", с тем чтобы отразить тот факт, что этот текст предназначен для использования национальными законодателями и что пока еще он не должен принимать форму конвенции (A/CN.9/318, пункты 12 и 13).

2. Слова "переводы кредита" использованы в соответствии с решением о том, что будут учитываться переводы кредита, а не дебетовые переводы (A/CN.9/318, пункт 14). Это решение реализовано в норме в статье 1(1). Переводы кредита определены в статье 2(a).

3. Слово "электронный" не используется в названии в соответствии с решением о том, что типовой закон будет применяться к переводу кредита с помощью бумажных документов, а также с помощью электронных средств (A/CN.9/318, пункты 15-17). На двадцать первой сессии, хотя и не было сделано предложений о том, что типовой закон не должен применяться к переводу кредита с помощью бумажных документов, было достигнуто единое мнение, что типовой закон должен быть составлен таким образом, чтобы удовлетворять оперативные потребности быстрого электронного перевода кредита (A/CN.9/341, пункт 28; см. также пункты 24-27 и 56).

4. На восемнадцатой сессии Рабочая группа приняла решение о том, что типовой закон должен быть ограничен международными переводами кредита и что это решение должно быть отражено в его названии (A/CN.9/318, пункт 18). На своей двадцатой сессии Рабочая группа подтвердила свое решение ограничить сферу применения типового закона международными переводами кредита (A/CN.9/329, пункты 12-15). Рабочая группа отметила, что ее мандат позволяет ей подготовить типовой закон, применимый к внутренним переводам кредита. Однако она также отметила, что между этими двумя видами переводов существуют различия, которые оправдывают различное регулирование некоторых возникающих юридических вопросов. Кроме того, соответствующие решения вопросов, связанных с внутренними переводами кредита, могут быть неодинаковыми для всех государств. В результате было выражено мнение о том, что предпочтительно избегать трудных принципиальных проблем, которые могут возникнуть, если в типовом законе предусмотреть, что он применяется ко всем переводам кредита. Тем не менее некоторые государства пожелают, возможно, применять типовой закон к внутренним и международным переводам кредита.

5. Критерии определения международного характера перевода кредита изложены в статье 1.

Сопоставление со статьей 4A

6. Название статьи 4A - "Переводы средств" - и определение этого термина в статье 4A-104 свидетельствуют о том, что в значительной степени сферы применения существенных положений являются практически идентичными. Хотя статья 4A была подготовлена в результате последних изменений в области высокоскоростных переводов кредита на крупные суммы в Соединенных Штатах Америки, она будет применяться к переводам, осуществленным с помощью любых способов. Например, статья 4A-302(a)(2) предусматривает в ряде обстоятельств исполнение платежного поручения "на основании первоклассных почтовых отправлений". Однако, поскольку межбанковской системы перевода кредита на основе бумажных документов в Соединенных Штатах никогда не существовало и поскольку система перевода кредита, основывающаяся на массовом обмене платежными поручениями, особенно с помощью физического обмена магнитными лентами и аналогичными устройствами, имеет относительно небольшое распространение, существенные нормы ориентированы на индивидуальный высокоскоростной перевод платежных поручений на крупные суммы.

ГЛАВА I. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Статья 1. Сфера применения*

1) Настоящий Закон применяется к переводу кредита, когда банк-отправитель и его банк-получатель находятся в разных государствах.

2) Для цели определения сферы применения настоящего Закона отделения одного банка в разных государствах считаются отдельными банками.

---

*Настоящий закон не затрагивает никаких национальных законодательных положений, касающихся прав и обязанностей потребителей.

Предыдущее обсуждение

A/CN.9/297, пункты 12-23 и 29-31
A/CN.9/317, пункты 16-24, 30 и 95-97
A/CN.9/318, пункты 20-34, 53 и 54
A/CN.9/329, пункты 12-25 и 194
A/CN.9/341, пункты 57-65

Ошибка в документе A/CN.9/341, приложение

В сноске к статье 1, содержащейся в документе A/CN.9/341, приложение, говорится: "настоящий типовой закон".

Комментарии

1. Общая структура статьи 1 была принята Рабочей группой на ее восемнадцатой сессии (A/CN.9/318). Она была пересмотрена на двадцатой и двадцать первой сессиях, на которых было принято несколько поправок (A/CN.9/329 и A/CN.9/341).

Международный характер перевода

2. Как указано в названии, типовой закон будет применяться только к тем переводам кредита, которые носят международный характер. Однако на двадцатой сессии Рабочая группа отметила, что некоторые государства, возможно, пожелают применять типовой закон как к внутренним, так и к международным переводам (A/CN.9/329, пункт 14).

3. Критерий международного характера в соответствии с пунктом 1 в том виде, в котором он был принят на восемнадцатой сессии, заключается в том, что банк перевододателя и банк бенефициара находятся в разных странах. На своей двадцатой сессии Рабочая группа решила устранить указанную в комментариях 4-6 к статье 1 в документе A/CN.9/WG.IV/WP.44 ситуацию, заключающуюся в том, что поскольку банк, осуществивший перевод кредита за свой счет, является перевододателем, а не банком перевододателя, то перевод такого банка во второй банк через банк, являющийся общим корреспондентом, не будет подпадать под сферу действия типового закона, даже если все три банка находятся в различных государствах. Для выполнения этого решения Рабочая группа постановила включить слова "или, если перевододатель является банком, данный банк и банк-получатель находятся в разных странах" (A/CN/9/329, пункты 16-23). Эта формулировка была изменена редакционной группой, однако результаты ее работы не были одобрены Рабочей группой при принятии доклада о работе двадцатой сессии, которая, однако, по причине отсутствия времени, не исправила эту формулировку (A/CN.9/329, пункт 194). На двадцать первой сессии Рабочая группа начала работу, вернувшись к первоначальной формулировке (A/CN.9/341, пункт 58). После обсуждения она приняла текст пункта 1 в его настоящем виде (A/CN.9/341, пункт 64).

4. Настоящая формулировка требует, что любой банк-отправитель и его банк-получатель в цепочке банков-отправителей и получателей, осуществляющих перевод кредита, должны быть в разных государствах. Если любая такая пара банков-отправителей и получателей расположена в двух государствах, то перевод кредита носит международный характер и типовой закон применяется к любому участку цепочки. Это происходит, даже если перевод на конкретном участке осуществляется между отправителем (перевододателем или банком-отправителем) и банком-получателем в одном и том же государстве. За исключением банка перевододателя первый

банк-получатель в любом государстве, участвующий в конкретном переводе кредита, обязательно получает платежное поручение от банка-отправителя в другом государстве. Однако перевододатель, банк перевододателя, а также некоторые последующие банки-получатели в цепочке перевода кредита могут находиться в одном и том же государстве. Все платежные поручения между этими сторонами подпадают под действие типового закона, даже если они выдаются до отправления платежного поручения банком-отправителем в этом государстве банку-получателю в другом государстве.

5. Поскольку в пункте 1 говорится только о местонахождении банка-отправителя и банка-получателя, то местонахождение отправителя, не являющегося банком, не влияет на определение того, является ли перевод кредита по своему характеру международным. Поэтому, когда не являющийся банком перевододатель, находящийся в государстве А, выдает платежное поручение банку перевододателя в государстве В с указанием осуществить перевод на счет бенефициара в этом же или ином банке в государстве В, то перевод кредита не будет носить международного характера. Однако если перевододатель, находящийся в государстве А, является банком, то его платежное поручение банку в государстве В будет поручением между банками в различных государствах и перевод кредита будет международным.

6. В ряде случаев, когда перевод осуществляется со счета клиента в финансовом учреждении в государстве А на счет в каком-либо финансовом учреждении в государстве В, финансовое учреждение-отправитель может не считаться банком согласно определению банка в статье 2(f). Такое положение может возникнуть, когда финансовое учреждение-отправитель является брокером, который по инструкции клиента переводит кредитовый баланс на счет брокерских операций клиента, но который не занимается исполнением платежных поручений в качестве обычных функций своей деловой деятельности. См. комментарий 30 к статье 2. В этом случае финансовое учреждение-отправитель не будет являться банком. Аналогичная ситуация возникает, когда финансовое учреждение-получатель в государстве В не является банком и выданное на него платежное поручение является единственным платежным поручением, направляемым из одного государства в другое. В любой такой ситуации типовой закон применяться не будет. На двадцать первой сессии Рабочей группы определение термина "банк" в статье 2(f) было изменено таким образом, чтобы повысить вероятность того, что организация, ведущая счета своих клиентов, в отношении которых выдаются платежные поручения, рассматривалась бы в качестве банка. См. комментарий 33 к статье 2.

7. Перевод может носить международный характер, даже если банк перевододателя и банк бенефициара находятся в одном и том же государстве. Такая ситуация может возникнуть, когда перевод между банком перевододателя и банком бенефициара, которые оба находятся в государстве А, осуществляется в валюте государства В. В этом случае банк перевододателя часто направляет платежное поручение своему банку-корреспонденту в государстве В с инструктуцией перевести средства на счет банка бенефициара или направить платежное поручение банку-корреспонденту банка бенефициара в государстве В. Когда перевод осуществляется таким образом, то имеются банк-отправитель и банк-получатель в двух различных государствах и на перевод кредита распространяются положения типового закона.

8. Может возникнуть одна ситуация, когда перевод между двумя банками в государстве А средств, выраженных в валюте государства В, не будет носить международного характера, а также другая ситуация, когда неясно, будет ли он носить международный характер. Перевод не будет носить международного характера, если в государстве А осуществляется клиринг в валюту государства В и перевод осуществляется с помощью такого клиринга, поскольку никакого платежного поручения из государства А в государство В не отправляется.

9. Неясно, будет ли перевод носить международный характер, когда банк перевододателя в государстве А направляет свое платежное поручение непосредственно банку бенефициара в государстве А и выплачивает банку бенефициара сумму этого платежного поручения путем отправления второго платежного поручения своему банку-корреспонденту в государстве В с инструкцией кредитовать или обеспечить кредитование счета банка бенефициара в банке-корреспонденте. Было заявлено, что в подобном случае инструкция банка перевододателя третьему (расчетному) банку кредитовать счет банка бенефициара представляет собой отдельный перевод кредита, независимый от перевода кредита между банком перевододателя и банком бенефициара. Согласно этому толкованию, перевод между банком перевододателя и банком бенефициара в валюте государства В не является международным переводом кредита в соответствии с пунктом 1. Однако перевод кредита, в ходе которого банк перевододателя дает инструкцию своему банку-корреспонденту в государстве В произвести оплату банку бенефициара, кредитовав его счет, будет представлять собой международный перевод кредита и подпадать под действие типового закона. Такое толкование было дано на двадцать первой сессии, однако в докладе о работе сессии оно не содержится. Однако подобное толкование было прямо отклонено на двадцатой сессии Рабочей группы, когда решался вопрос о том, является ли расчетный банк "банком-посредником" (A/CN.9/329, пункты 70 и 71; см. комментарий 44 к статье 2).

10. Против положения, создавшегося в результате решений, описанных в комментариях 7-9, выдвигались возражения на двадцать первой сессии, а также на восемнадцатой сессии, когда на рассмотрении Рабочей группы находилось аналогичное предложение, поскольку создается возможность того, что одна и та же инструкция перевододателя может подпадать или нет под действие типового закона в зависимости от конкретных избранных методов расчета. Было заявлено, что даже банк перевододателя может и не знать о схеме перевода кредита или тех процедурах расчета, которые будут использованы, в случае, когда банк перевододателя направляет свое платежное поручение другому банку в этом же государстве, осуществляющему международные переводы и переводы в иностранной валюте (A/CN.9/318, пункты 25 и 26 и A/CN.9/341, пункт 62). На восемнадцатой сессии было заявлено, что в этом случае не достигается надлежащего результата, поскольку с экономической точки зрения перевод в обеих ситуациях является идентичным. На двадцать первой сессии результаты, которые достигаются в силу решений, описанных в комментариях 7-9, были признаны приемлемыми, поскольку у перевододателя всегда имеется возможность указать своему банку схему перевода кредита.

11. Поскольку применение типового закона зависит от наличия двух банков в разных странах, то, как правило, он не будет применяться в тех случаях, когда перевододатель и бенефициар имеют счета в одном и том же банке. Однако в соответствии с пунктом 2 для цели определения сферы применения типового закона отделения какого-либо банка в разных государствах считаются отдельными банками. Поэтому перевод подпадает под действие типового закона, даже если в этой операции участвует только один банк, а счет перевододателя и счет бенефициара находятся в отделениях этого банка в различных государствах.

12. Ограничение применения типового закона международными переводами кредита означает, что какое-либо государство, которое принимает типовой закон, потенциально будет иметь два различных свода норм, регулирующих переводы кредита, причем один из них будет применяться к внутренним переводам кредита, а типовой закон будет применяться к международным переводам кредита. В некоторых странах не существует внутренних переводов кредита или внутренние элементы международных переводов отделены от чисто внутренних переводов. В других странах внутренние переводы кредита и внутренние элементы международных переводов проходят через аналогичные банковские каналы. В таких странах целесообразно в максимально возможной степени согласовать оба свода правовых норм или принять типовой закон для регулирования как внутренних, так и международных переводов кредита.

Территориальная сфера применения

13. Поскольку типовой закон разрабатывается для международных переводов кредита, возникают, естественно, вопросы коллизии права. Соответствующие положения содержатся в статье 15. На основании статьи 15(1) территориальная сфера применения типового закона ограничивается.

Потребительские переводы

14. На своей восемнадцатой сессии Рабочая группа приняла решение, что типовой закон должен применяться ко всем международным переводам кредита, включая переводы в потребительских целях. Это не только сохранит основополагающее единство правового регулирования, но и поможет избежать трудностей, связанных с определением перевода кредита для потребительских целей. Этому также придавалось большое значение, поскольку специальное законодательство о защите потребителей, касающееся переводов кредита, существует в настоящее время, или его появления можно ожидать в перспективе, только в некоторых странах, которые могут рассмотреть вопрос о принятии типового закона.

15. В то же время было признано, что специальное законодательство о защите потребителей, которое существует в некоторых странах и которое может быть принято в других странах, возможно, окажет влияние на некоторые международные переводы кредита, а также на внутренние переводы кредита. Для того чтобы предусмотреть эту возможность, к статье 1 была принята сноска, указывающая на то, что типовой закон не затрагивает никаких национальных законодательных положений, касающихся прав и обязанностей потребителей, независимо от того, дополняют или противоречат положения этого законодательства положениям типового закона (A/CN.9/318, пункты 30-33). Эта сноска была вновь рассмотрена на двадцатой сессии, на которой никаких изменений сделано не было (A/CN.9/329, пункт 24).

16. На двадцать первой сессии Рабочая группа постановила, что формулировку этой сноски следует изменить таким образом, чтобы указать, что типовой закон не предназначен для решения вопросов, касающихся защиты потребителей (A/CN.9/341, пункт 65). Можно отметить, что потребители, которые являются перевододателями или бенефициарами перевода кредита, обладают

теми же правами, обязательствами и защитой по типовому закону, как и все другие перевододатели и бенефициары. Никакого текста, реализующего решения Рабочей группы, принято не было. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть следующий текст:

"Настоящий закон не касается вопросов, связанных с защитой потребителей, как особой группы [банковских клиентов] [перевододателей и бенефициаров]".

Сопоставление со статьей 4А

17. Статья 4А применяется как к внутренним, так и к международным переводам кредита, включаемым в сферу ее применения на основе норм коллизионного права в статье 4А-507. Обсуждение этих вопросов см. комментарии 1-10 к статье 15.

18. Согласно статье 4А-108 из сферы действия статьи 4А исключаются любые переводы, которые регулируются Актом об электронном переводе средств 1978 года. Хотя это исключение охватывает практически все переводы потребителей или в их интересах, оно не исключает относительно редко осуществляемые в потребительских целях переводы, при которых используются механизмы ЧИПС, ФЕДВАЙЕР или Международной межбанковской организации по валютно-финансовым расчетам по телексу (СВИФТ).

Статья 2. Определения

Для целей настоящего Закона:

a) "Перевод кредита" означает серию операций, начиная с платежного поручения перевододателя, осуществляемых с целью передачи средств в распоряжение указанного лица. Этот термин распространяется на все платежные поручения, выдаваемые банком перевододателя или любым банком-посредником в целях выполнения платежного поручения перевододателя.

b) "Платежное поручение" означает безусловную инструкцию отправителя банку-получателю передать в распоряжение указанного лица установленную или подлежащую установлению сумму денег, если:

i) исключен

ii) банку-получателю возмещается соответствующая сумма путем дебетования счета отправителя или получения платежа от него в другой форме и

iii) инструкция направляется либо непосредственно банку-получателю, либо посреднику, системе перевода средств или системе связи для передачи банку-получателю

iv) исключен

c) "Перевододатель" означает лицо, выдающее первое платежное поручение в ходе операции по переводу кредита.

d) "Бенефициар" означает лицо, указанное в платежном поручении перевододателя в качестве получателя средств в результате перевода кредита.

e) "Отправитель" означает лицо, которое выдает платежное поручение, включая перевододателя и любой банк-отправитель.

f) "Банк" означает предприятие, в сферу обычной деятельности которого входит исполнение платежных поручений.

g) "Банк-получатель" означает банк, который получает платежное поручение.

h) "Банк-посредник" означает любой банк-получатель, помимо банка перевододателя и банка бенефициара.

i) "Средства" или "деньги" включают кредитовый остаток на счете, который ведется банком, и включают кредитовый остаток, выраженный в валютно-расчетной единице, установленной межправительственным учреждением или соглашением двух или более государств, при условии, что настоящий Закон применяется без ущерба для правил такого межправительственного учреждения или положений такого соглашения.

j) "Удостоверение подлинности" означает определенную по договоренности процедуру, которая позволяет установить, выдано ли платежное поручение [или отзыв платежного поручения] полностью или частично предполагаемым отправителем.

k) "Дата исполнения" означает дату, когда банк-получатель должен исполнить платежное поручение в соответствии со статьей 9.

l) "Дата платежа" означает указанную в платежном поручении дату, когда средства должны быть переданы в распоряжение бенефициара.

Предыдущее обсуждение

A/CN.9/297, пункты 24-28
A/CN.9/317, пункты 26-47
A/CN.9/318, пункты 35-59, 75, 76, 94 и 106
A/CN.9/328, пункты 79 и 88
A/CN.9/329, пункты 26 и 82.
A/CN.9/341, пункты 66-84.

Комментарии

1. На своей шестнадцатой сессии Рабочая группа высказала мнение, что для максимально возможного согласования терминов, используемых в банковских кругах и правовых нормах, регулирующих переводы кредита, следует предпринять усилия для использования терминологии, принятой Комитетом по банкам и соответствующим финансовым службам Международной организации по стандартизации (МОС) в документе ISO 7982-1 (A/CN.9/297, пункты 25-28). Однако, учитывая тот факт, что терминология МОС была утверждена не в юридических целях, необходимо ожидать определенных отклонений как от этой терминологии, так и от определений. На семнадцатой, восемнадцатой, девятнадцатой, двадцатой и двадцать первой сессиях были рассмотрены различные определения.

2. Приведенные ниже комментарии характеризуют ту степень, в которой используемые термины и их определения отличаются от терминов и определений, содержащихся в документе ISO 7982-1.

Вступительная формулировка

3. На двадцатой сессии Рабочая группа решила начать статью 2 со слов "Для целей настоящего Закона" прежде всего потому, что некоторые термины, например "банк", могут быть определены иным образом в статутном праве государства, которое принимает типовой закон (A/CN.9/329, пункт 26).

"Перевод кредита"

4. Это определение, принятое Рабочей группой на ее восемнадцатой сессии, основано на определении "перевода средств" по ISO 7982-1. Вместе с тем, в определение МОС для разъяснения его значения были внесены некоторые поправки. (См. A/CN.9/318, пункты 36-38, и A/CN.9/WG.IV/WP.44, статья 2, комментарии 4-6).

5. На двадцатой сессии Рабочая группа приняла определение в его настоящем виде. При этом она признала, что определение термина "перевод кредита" и связанное с ним определение термина "платежное поручение" имеют особое значение, поскольку статья 1 о сфере применения предусматривает, что закон применяется к переводам кредита (A/CN.9/329, пункты 27-33). Поэтому определение данного термина частично служит для определения сферы применения типового закона.

6. Перевод кредита определяется с точки зрения действий в отношении платежных поручений, а не с точки зрения движения средств, как в принятом ранее определении. Определение термина "платежное поручение" также влияет на виды переводов, на которые будет распространяться типовой закон.

7. Определение термина "перевод кредита", принятое на двадцатой сессии, включало заключенное в квадратные скобки третье предложение, устанавливающее, когда перевод кредита считается завершенным (A/CN.9/329, пункт 33). На двадцать первой сессии это предложение было исключено, учитывая принятие положения о моменте завершения перевода кредита в статье 14(2 бис) (A/CN.9/341, пункт 72).

8. Сопоставление со статьей 4А. Определение термина "перевод кредита" практически идентично определению термина "перевод средств" в статье 4А-104.

"Платежное поручение"

9. В соответствии с предложением, внесенным на семнадцатой сессии Рабочей группы, минимальные элементы данных, необходимые для создания платежного поручения, были включены в определение настоящего термина, представленного восемнадцатой и девятнадцатой сессиям (A/CN.9/317, пункт 54). На девятнадцатой сессии редакционная группа разделила определение на два элемента: определение включено в статью 2, а требования, предъявляемые к минимальным элементам данных в платежном поручении, излагаются в статье 3 (A/CN.9/328, пункт 145 и приложение).

10. На двадцатой сессии Рабочей группы минимальные элементы данных в платежном поручении, изложенные в статье 3, были исключены из проекта типового закона (A/CN.9/329, пункты 89-93). Тем не менее существование неполных платежных поручений имеет последствия для перевода кредита. Эти последствия рассматриваются в статьях 5-8.

11. Основные элементы определения термина "платежное поручение" в его настоящем виде были приняты на двадцатой сессии для согласования с новым определением термина "перевод кредита", принятым на той же сессии (A/CN.9/329, пункты 34-58).

12. Было принято решение не делать какой-либо ссылки на форму, в которой может существовать платежное поручение, т.е. в письменной, устной форме, в виде магнитной записи, или на форму, в которой оно может быть передано отправителем банку-получателю. С одной стороны, любой такой перечень может исключать новые достижения технологии. С другой стороны, в некоторых странах ограничения на использование конкретных форм для выдачи или передачи платежного поручения могут иметь нормативный характер. Если какое-либо положение по данному вопросу в типовом законе будет отсутствовать, то этот вопрос будет урегулирован в соответствии с другими применимыми положениями национального права.

13. На двадцатой сессии Рабочая группа решила, что типовой закон не должен регулировать условные платежные поручения, которые направляются одним банком другому, и постановила, что такие поручения не будут рассматриваться как "платежные поручения" (A/CN.9/329, пункты 40-42 и 50-53). Однако условное платежное поручение, выданное перевододателем, является "платежным поручением" согласно подпункту (i), если соответствующее условие необходимо удовлетворить при выдаче или до выдачи платежного поручения банком перевододателя. Были включены вытекающие из этого положения, цель которых состоит в обеспечении того, чтобы соответствующее условие не затрагивало последующих банков-получателей или бенефициара. Кроме того, в подпункте (iv) предусматривается, что инструкция открыть аккредитив не является платежным поручением; это положение было сочтено необходимым, учитывая условный характер такой инструкции.

14. Тем не менее, на двадцатой сессии высказывались возражения в отношении даже такого ограниченного признания условных платежных поручений подпадающими под сферу применения типового закона. Было отмечено, что в статье 5(1) не предусматривается для банка перевододателя никакого дополнительного срока для рассмотрения того, желает ли он быть связанным условным поручением, прежде чем будет сочтено, что банк акцептовал поручение (A/CN.9/329, пункт 52).

15. На двадцать первой сессии Рабочая группа приняла решение, что условное платежное поручение не должно рассматриваться в качестве платежного поручения согласно типовому закону (A/CN.9/341, пункт 73). Это было достигнуто путем включения слова "безусловное" во вступительную часть определения и исключения подпункта (i). Кроме того, подпункт (iv) был исключен как не являющийся необходимым (A/CN.9/341, пункт 79).

16. Рабочая группа признала, что если установить, что условное платежное поручение не является платежным поручением согласно типовому закону, то создается положение, при котором отправитель этого поручения не является перевододателем и, соответственно, не имеет прав и не несет обязательств по типовому закону. Таким образом, если перевод кредита не осуществлен должным образом по причинам, не связанным с первоначальным условием, любые права, которые может иметь клиент, будут основаны не на типовом законе, а на других правовых нормах. Соответственно, Рабочая группа приняла решение о включении в типовой закон положения, в силу которого отправителю условного платежного поручения предоставляются права перевододателя в переводе кредита в случаях, если исполнение условного платежного поручения в конечном итоге приводит к безусловному переводу кредита (A/CN.9/341, пункты 74 и 75). В сообщении

секретариату после двадцать первой сессии делегация Соединенного Королевства во исполнение этого решения предложила следующее добавление к определению термина "перевододатель" в статье 2(c):

"или, если первая инструкция о платеже не представляет собой платежного поручения, поскольку устанавливается условие, которое впоследствии удовлетворяется, лицо, выдавшее эту инструкцию".

17. Делегация Соединенного Королевства указала, однако, что условная инструкция все-таки не будет являться "платежным поручением", что может вызвать трудности в толковании таких формулировок, как "платежное поручение перевододателя". Вследствие этого, хотя она и заявила о своем нежелании включать какие-либо ссылки на условные инструкции, делегация предложила, что более предпочтительный подход, чем тот, о котором приняла решение Рабочая группа, заключался бы в добавлении следующей формулировки в конце определения термина "платежное поручение":

"Когда инструкция не представляет собой платежного поручения, поскольку она выдается при определенном условии, и когда это условие впоследствии удовлетворяется, эта инструкция должна рассматриваться как если бы она была безусловной в момент ее выдачи; однако это не затрагивает прав и обязательств любого лица в отношении этой инструкции во время периода, когда это условие не удовлетворено".

18. На двадцать первой сессии было предложено исключить подпункт (ii) на том основании, что вопрос о возмещении банку-получателю должен решаться перевододателем и его банком на договорной основе. Однако этот подпункт был сохранен на том основании, что он необходим для исключения дебетовых переводов из сферы действия типового закона (A/CN.9/341, пункт 76).

19. Подпункт (iii) также предназначен для того, чтобы провести различие между дебетовыми переводами и переводами кредита. Выдвинутое на двадцать первой сессии предложение исключить этот подпункт поддержки не получило. Различные предложения редакционного характера, сделанные как до двадцать первой сессии (A/CN.9/WG.IV/WP.46, комментарий 16 к статье 2), так и в ходе сессии (A/CN.9/341, пункты 77 и 78), были направлены на то, чтобы обеспечить действительную возможность применения этого подпункта только к переводу кредита.

20. Представляется, что различия между платежным поручением, являющимся составной частью перевода кредита, и инструкцией, являющейся составной частью дебетового перевода, состоит в том, что в первом случае инструкция передается отправителем банку-получателю, а в последнем случае она передается отправителем бенефициару, который, в свою очередь, передает ее банку-получателю. Как при переводах кредита, так и при дебетовых переводах передача банку-получателю может осуществляться либо непосредственно, либо с помощью использования услуг посредника. Однако представляется, что смысл будет достаточно ясен, если в подпункте (iii) будет предусматриваться, что:

"инструкция передается отправителем банку-получателю"

или, в целях конкретного исключения дебетовых переводов, что

"инструкция передается отправителем банку-получателю через любого посредника, иного чем бенефициар".

21. Сопоставление со статьей 4A. В статье 4A-103 термин "платежное поручение" определяется по существу в аналогичных выражениях.

"Перевододатель"

22. Это определение отличается от формулировки определения ISO 7982-1, но не от его смысла. Оно было утверждено Рабочей группой на ее семнадцатой, восемнадцатой и двадцатой сессиях (A/CN.9/317, пункт 32; A/CN.9/318; пункт 41; A/CN.9/329, пункт 59). В соответствии с этим определением банк, выдающий платежное поручение в отношении своего счета, является перевододателем.

23. В комментарии 16 в осуществление решения о том, что отправителя условного платежного поручения, которое приводит к безусловному переводу кредита, следует рассматривать в качестве перевододателя, предлагается добавить следующие слова:

"или, если первая инструкция о платеже не представляет собой платежного поручения, поскольку устанавливается условие, которое впоследствии удовлетворяется, лицо, выдавшее эту инструкцию".

24. Сопоставление со статьей 4А. В статье 4А-104(с) определение термина "перевододатель" практически идентично определению в настоящем тексте. Термин "банк перевододателя" (определения которого в типовом законе не имеется) определяется в статье 4А-104(d) и включает "перевододателя, если перевододатель является банком". Это противоречит типовому закону, однако это противоречие, вероятно, не будет иметь каких-либо существенных последствий, учитывая сферу применения, установленную в настоящее время в статье 1 типового закона.

"Бенефициар"

25. Это определение отличается от формулировки ISO 7982-1 в том смысле, что бенефициар является лицом, именуемым бенефициаром в платежном поручении перевододателя, и лицо, счет которого кредитуется по ошибке, не является бенефициаром (A/CN.9/318, пункт 42; A/CN.9/329, пункт 69). В отношении случая, когда бенефициар обозначается и словами, и номером счета и между ними есть расхождение, см. статью 8(5). Аналогично правилу в отношении перевододателя бенефициаром перевода может быть любой банк.

26. Сопоставление со статьей 4А. Термин "бенефициар" определяется в статье 4А-103(2), а термин "банк бенефициара" (который в типовом законе не определяется) - в статье 4А-103(3). Представляется, что эти определения в целом соответствуют использованию этих терминов в типовом законе.

"Отправитель"

27. На своих семнадцатой и восемнадцатой сессиях Рабочая группа приняла решение, что этот термин должен включать перевододателя, а также любой банк- отправитель (A/CN.9/317, пункт 46; A/CN.9/318, пункт 44; см. также A/CN.9/329, пункт 61). В ISO 7982-1 "банк-отправитель" определяется как "банк, который направляет сообщение с распоряжением оказать услугу", однако в нем нет никакого термина, который определял бы перевододателя в качестве отправителя. Такой термин в контексте ISO 7982-1 не нужен.

28. Сопоставление со статьей 4А. В статье 4А-103(5) определение термина "отправитель" соответствует определению в типовом законе.

"Банк"

29. На своей восемнадцатой сессии Рабочая группа согласилась использовать слово "банк", поскольку оно является кратким, хорошо известным и охватывает центральную задуманную концепцию (A/CN.9/318, пункт 46; однако см. комментарии 37 и 38). Это определение в типовом законе непременно будет отличаться от определений, используемых в национальных законодательствах, поскольку в различных странах существуют разные определения и в некоторых странах для различных целей используются два и более определений.

30. В соответствии с определением, содержащимся в ISO 7982-1, банк является "депозитным финансовым учреждением". На своей восемнадцатой сессии Рабочая группа высказала мнение, что наличие у финансового учреждения прав и обязанностей банка в соответствии с типовым законом будет зависеть от того, осуществляет ли оно в рамках "сферы обычной деятельности переводы кредита для других сторон" или оно занимается совершенно не связанными с этим операциями по приему вкладов (A/CN.9/318, пункт 50). В результате некоторые отдельные финансовые учреждения, которые обычно не рассматривались бы в качестве банков, как, например, дилеры по операциям с ценными бумагами, для которых переводы кредита для своих клиентов являются составной частью их обычной деятельности, в соответствии с определением, принятым на восемнадцатой сессии, должны были бы рассматриваться в качестве банков для целей типового закона.

31. Рабочая группа на своей двадцатой сессии в это определение внесла три изменения (A/CN.9/329, пункты 62-68). Во-первых, она заменила слова "финансовые учреждения" словом "предприятие". Было отмечено, что типовой закон призван регулировать один из видов услуг, а не конкретные системы. Это изменение определения было непосредственно направлено на распространение типового закона на те почтовые отделения, которые предоставляют услуги для исполнения платежных поручений, даже если в противном случае их деятельность определялась бы другими нормами из-за их административного статуса. Несмотря на некоторые сохраняющиеся возражения, эта позиция была подтверждена на двадцать первой сессии (A/CN.9/341, пункт 66).

32. Второе изменение, внесенное на двадцатой сессии, заключалось в том, что основное внимание в этом определении уделяется исполнению платежных поручений, а не осуществлению предприятием

переводов кредита, как это было раньше. На двадцать первой сессии Рабочая группа постановила, что определение термина "банк" не следует расширять таким образом, чтобы охватывать предприятия, которые лишь на разовой основе исполняют платежные поручения (A/CN.9/341, пункт 69).

33. Третье изменение, внесенное на двадцатой сессии, заключалось в том, что были добавлены слова "и передача средств другим лицам", которые были заключены редакционной группой в квадратные скобки. На двадцать первой сессии было заявлено, что эти слова следует сохранить с тем, чтобы исключить из определения термина "банк" системы связи. Однако было решено исключить слова в квадратных скобках и добавить второе предложение, конкретно устанавливающее, что предприятия, осуществляющие лишь передачу платежных поручений, не являются банками (A/CN.9/341, пункт 68).

34. Очевидно, что решение Рабочей группы было направлено на то, чтобы исключить почтовые власти из определения термина "банк", когда они выполняют свои функции по эксплуатации публичных систем связи, таких как телекс, но не когда они выполняют свои функции по обеспечению функционирования системы перевода кредитов. Также ясно, что программное решение заключалось в том, чтобы охватить все аналогичные системы связи, которые, предположительно, включают расчетные палаты. Однако, не является очевидным то, что это решение может быть должным образом выполнено путем добавления второго предложения, гласящего, что "организации, которые лишь передают платежные поручения, не являются банками".

35. Система связи, например телекс, служит "лишь" для передачи сообщений, однако система связи, такая, как СВИФТ, предоставляет услуги, связанные с созданием добавленной стоимости. Еще больший набор услуг предоставляется расчетными палатами, такими, как ЧАПС или ЧИПС. В некоторых расчетных палатах, таких, как Швейцарская палата межбанковских клиринговых расчетов (СИК), каждое утро для каждого банка-участника открывается счет путем перевода средств с резервного счета этого банка в Швейцарском национальном банке. Платежные поручения, направляемые банком через систему СИК, дебетуются на счет, а получаемые СИК платежные поручения на имя этого банка кредитуются на его счет. Нормы, регулирующие деятельность СИК, не позволяют ни в какой момент иметь на счету отрицательное сальдо, что исключает любой финансовый риск для других банков-участников, если одни из банков закроется в течение дня по причине неплатежеспособности. Представляется, что предложенное новое предложение не позволит исключить какие-либо из этих учреждений, кроме телексной службы, из определения термина "банк". Кроме того, существует опасность, что это предложение будет подразумевать, что система связи, оказывающая дополнительные услуги в связи с платежным поручением, является банком. Это будет особенно применимо к СИК и другим расчетным палатам, открывающим счета для дебетования и кредитования платежных поручений, направляемых и получаемых банками-участниками. (См. комментарий 44 к статье 4). Секретариат не способен предложить никакой другой формулировки, которая служила бы достижению поставленной цели, не создавая других возможностей неверного истолкования. Поэтому он предлагает, что, наиболее вероятно, должным образом будет толковаться текст в его настоящем виде без второго предложения.

36. <u>Сопоставление со статьей 4А</u>. В статье 4А-105(2) термин "банк" определяется как "физическое или юридическое лицо, занимающееся банковской деятельностью", а после этого в нее включен перечень некоторых видов охватываемых учреждений.

<u>Предлагаемый новый термин вместо термина "банк"</u>.

37. На двадцать первой сессии Рабочая группа просила секретариат рассмотреть возможность использования другого слова вместо термина "банк" и представить доклад на двадцать второй сессии (A/CN.9/341, пункт 70). Рабочая группа признала, что любое выбранное слово должно будет использоваться в таких составных терминах, как "банк-получатель".

38. Представляется, что если будет выбран альтернативный термин, которому в практике придается широкопризнанный смысл, то проблемы, возникающие в связи с рассмотрением вопроса об использовании слова "банк", возникнут также и в связи с альтернативным термином. Это тем более так, поскольку этот термин будет применяться на шести языках и, возможно, переведен на ряд других языков при использовании типового закона в качестве основы для национального законодательства. Предлагается, что, возможно, следует создать новый термин, связанный с предметом типового закона. Секретариат мог бы предложить следующий термин: "учреждение по переводам кредита". К недостаткам этого термина относится то, что он очень длинный, особенно по сравнению со словом "банк". Однако он обладает тем преимуществом, что хорошо сочетается с уточнениями, используемыми в типовом законе: -отправитель, -получатель, перевододателя, -посредник и бенефициара.

Предлагаемое определение термина "отделение"

39. В одном из предыдущих вариантов определения термина "банк" предусматривалось, что "для целей настоящих Нори отделение банка считается отдельным банком". На восемнадцатой сессии Рабочей группы это предложение было исключено и было принято решение рассмотреть в связи с отдельными основными статьями вопрос о том, следует ли считать банками отделения (A/CN.9/318, пункт 54). Пункты с указанием, что отделения банка считаются отдельными банками, были добавлены к статьям 1(2), 6(7), 9(5) и 10(9) (A/CN.9/318, пункты 53 и 54; A/CN.9/328, пункты 82 и 110; A/CN.9/329, пункт 141).

40. На двадцать первой сессии было предложено включить в типовой закон определение термина "отделение" банка (A/CN.9/341, пункт 71). Было заявлено, что в соответствии с рядом национальных законов определение термина "отделения" носит ограничительный характер, в результате чего оно не охватывает определенные филиалы или представительства банка, которые могут рассматриваться, согласно целям типового закона, в качестве отдельных банков. Предлагалось, что характерной особенностью "отделения", согласно типовому закону, должно быть направление и получение им платежных поручений. Против этого предложения были высказаны возражения на том основании, что направление и получение платежных поручений представляют собой действия, которые могут осуществляться простыми предприятиями связи. Делегации, поднявшей этот вопрос, было предложено подготовить, если она того пожелает, проект определения и представить его на двадцать второй сессии. В отсутствии проекта определения, который может быть представлен этой делегацией, Рабочая группа, возможно, рассмотрит вопрос о том, что желаемый результат может быть достигнут, если должным образом, с учетом контекста, изменить статьи 1(2), 6(7), 9(5) и 10(9) следующим образом: "отделения или отдельные конторы банка рассматриваются в качестве отдельных банков".

41. Сопоставление со статьей 4А. В статье 4А-105(2) предусматривается, что "отделение или отдельная контора банка для целей настоящей статьи является отдельным банком".

"Банк-получатель"

42. Хотя на своей восемнадцатой сессии Рабочая группа изменила формулировку этого определения по сравнению с формулировкой, содержащейся в ISO 7982-1, ее смысл остается прежним (A/CN.9/318, пункты 55-57). Банк, который получает платежное поручение, является банком-получателем, даже если это платежное поручение адресовано не ему. Такой банк должен принимать меры в связи с получением поручения. (Проблема ошибочно направляемых платежных поручений рассматривается в статьях 6(3) и 8(2)). Банк, которому направляется платежное поручение, но который не получает его, банком-получателем не является. Было бы нецелесообразно налагать на него обязательство банка-получателя в отношении поручения, о котором он не знает.

43. Сопоставление со статьей 4А. В статье 4А-103(4) термин "банк-получатель" определяется как "банк, которому адресована инструкция отправителя", а не как банк, действительно получающий инструкцию. Не ясно, имеет ли, с точки зрения статьи 4А, это различие смысл. Представляется, что в большинстве случаев из контекста следует, что термин "банк-получатель" включает банк бенефициара, однако в других случаях представляется, исходя из контекста, что между этими банками проводится различие (например, статья 4А-301(а)).

"Банк-посредник"

44. Это определение было предложено Рабочей группой на ее семнадцатой сессии 13изменено редакционной группой на двадцатой сессии (A/CN.9/317, пункт 41; A/CN.9/329, пункт 72). Оно отличается от определения в ISO 7982-1 по трем основным аспектам: во-первых, оно включает все банки-получатели, помимо банка перевододателя и банка бенефициара, в то время как ISO 7982-1 включает только те банки, которые находятся в цепочке между конкретным банком-получателем и банком бенефициара; во-вторых, ISO 7982-1 включает только те банки в цепочке между банком-получателем и банком бенефициара, "через которые должен пройти данный перевод, если это обсусловлено банком-отправителем"; и, в-третьих, в это определение включаются расчетные банки, даже если может считаться, что данный перевод не проходит через них и они не находятся в цепочке движения платежных поручений от перевододателя до банка бенефициара (A/CN.9/329, пункты 70 и 71). См. также комментарий 9 к статье 1.

45. Сопоставление со статьей 4А. В статье 4А-104(b) определение термина "банк-посредник" практически идентично определению в типовом законе.

"Средства" или "деньги"

46. Это определение сформулировано по типу определения "денег" или "валюты", содержащегося в статье 5(1) Конвенции Организации Объединенных Наций о международных переводных векселях и международных простых векселях (A/CN.9/318, пункт 59). Однако в нем указывается, что этот термин включает кредитовый остаток на каком-либо счете, что соответствует контексту типового закона. Это определение было изменено редакционной группой на девятнадцатой сессии в соответствии с предложением, содержащимся в документе A/CN.9/WG.IV/WP.41, статья 2, комментарий 16. На двадцатой сессии было отмечено, что данное определение включает ЭКЮ (A/CN.9/329, пункт 73).

"Удостоверение подлинности"

47. Цель процедуры удостоверения подлинности заключается в том, чтобы банк- получатель мог установить, выдано ли данное платежное поручение предполагаемым отправителем. Даже если данное платежное поручение фактически не санкционировано, предполагаемый отправитель будет нести ответственность в случае соблюдения требований статьи 4(2), включая требование о том, что "представляемое удостоверение подлинности представляет собой коммерчески обоснованный метод защиты против несанкционированных платежных поручений".

48. В этом определении четко указывается, что удостоверение подлинности платежного поручения не означает официального удостоверения подлинности нотариальным или другим аналогичным образом, как это может пониматься в некоторых правовых системах.

49. Это определение также отличается от определения термина "удостоверение подлинности сообщений" в ISO 7982-1 в том смысле, что в этом случае удостоверение подлинности не включает аспект удостоверения "части или всего текста" платежного поручения, даже если большинство компьютеризированных методов удостоверения подлинности позволяют провести обе операции. Эта позиция была подтверждена Рабочей группой на ее двадцатой сессии, поскольку проблемы удостоверения подлинности платежного поручения, в том что касается его источника и проверки точности его содержания, представляют собой две разные юридические концепции. Что касается источника сообщения, то основное правило статьи 4(1) предусматривает, что предполагаемый отправитель не несет ответственности по платежному поручению, если это поручение в действительности не было выдано предполагаемым отправителем или санкционировано им. Концепция удостоверения подлинности и ее использование в статье 4(2) служат для описания ситуаций, в которых предполагаемый отправитель может нести ответственность по платежному поручению, несмотря на тот факт, что оно не было выдано этим лицом или санкционировано им. Что касается ошибок, то Рабочая группа отметила, что согласно общему правилу отправитель несет ответственность за то, что получает банк-получатель (A/CN.9/329, пункты 77-79) (хотя этот вывод не был конкретно указан в нынешнем проекте статьи 4(1) или в каком-либо другом положении типового закона). Далее Рабочая группа отметила, что если в рамках типового закона предполагается освободить отправителя от такой ответственности ввиду наличия определенной процедуры, которая согласована между отправителем и банком-получателем и которая позволит выявлять ошибки в платежном поручении или искажения его содержания, то это намерение следует изложить в типовом законе отдельно. На двадцать первой сессии Рабочая группа постановила рассмотреть, в ходе обсуждения статьи 4, вопросы, касающиеся проверки того, чтобы содержание полученного платежного поручения соответствовало содержанию отправленного платежного поручения (A/CN.9/341, пункт 81). См. комментарии 20-25 к статье 4.

50. На своей двадцатой сессии Рабочая группа выразила согласие с тем, что если сохранить статью 10, то определение удостоверения подлинности должно применяться к отзыву платежных поручений. Однако в связи с тем, что высказывались возражения в отношении основной схемы статьи 10, слова "или за отзыв платежного поручения" были заключены в квадратные скобки (A/CN.9/329, пункты 76 и 184-186).

51. Определение, принятое Рабочей группой на ее восемнадцатой сессии и измененное на двадцатой сессии, включает положение о том, что процедура удостоверения подлинности является результатом договоренности; процедура, применяемая банком-получателем в одностороннем порядке, не рассматривается как удостоверение подлинности (A/CN.9/318, пункты 75, 76 и 94; A/CN.9/329, пункты 74 и 76). Эта договоренность может быть воплощена в правилах расчетной палаты или системы связи или она может принимать форму двусторонних соглашений между отправителем и банком-получателем. В соответствии со статьей 4(2) процедура удостоверения подлинности должна быть "коммерчески обоснованной" с тем, чтобы предполагаемый отправитель нес ответственность по несанкционированному платежному поручению; отправитель не может согласиться нести ответственность в соответствии с коммерчески необоснованной процедурой (см. статью 4, комментарии 7 и 9).

52. Сопоставление со статьей 4А. В статье 4А-201 термин "процедура защиты" определяется в формулировках, аналогичных определению термина "удостоверение подлинности", за тем исключением, что эта статья применяется и к процедуре, предназначенной для "обнаружения ошибки в передаче или содержании платежного поручения или сообщения". Затем в этом положении приводится ряд примеров того, что может потребоваться в результате применения процедуры защиты, и конкретно указывается, что сопоставление подписи само по себе не является процедурой защиты.

"Дата исполнения"

53. В ISO 7982-1 эквивалентный термин отсутствует, за исключением того, что термин "дата зачисления средств", т.е. "дата, когда средства должны быть переданы в распоряжение банка-получателя", предназначен, в определенной степени, для использования в платежных поручениях для указания даты, когда банк-получатель должен исполнить поручение (см. A/CN.9/341, пункт 82).

54. Датой исполнения является дата, когда данное платежное поручение должно быть исполнено банком-получателем, а не дата, на которую банк-получатель исполняет его, если эти даты не совпадают. См. комментарии 27 и 28 к статье 4. Поскольку перевод кредита может потребовать нескольких платежных поручений, каждое из этих платежных поручений может иметь дату исполнения и даты исполнения могут быть различными.

55. На своих восемнадцатой и девятнадцатой сессиях Рабочая группа вела активную работу над надлежащим определением термина "дата исполнения", особенно в связи с его применением в статье 9 (A/CN.9/318, пункты 104-106; A/CN.9/328, пункты 76-91; см. также A/CN.9/WG.II/WP.44, статья 2, комментарии 27-31, в которых кратко излагается содержание прошлого обсуждения). Нынешнее определение было принято Рабочей группой на ее двадцатой сессии (A/CN.9/329, пункты 81 и 182). Что касается даты, на которую в статье 9 требуется исполнение платежного поручения банком-получателем, то см. статью 9, комментарии 5 и 12.

56. В нынешнем тексте проекта типового закона не дается определения того, что представляет собой дата исполнения платежного поручения банком-получателем. Выдвинутое на двадцать первой сессии предложение добавить такое определение достаточной поддержки не получило (A/CN.9/341, пункт 80). Когда банк не является банком бенефициара, исполнением поручения можно счесть выдачу банком-получателем платежного поручения, предназначенного для выполнения полученного поручения (ср. статью 5(2)(d) со статьей 6(2)). Когда банк-получатель является банком бенефициара, исполнение, возможно, лучше всего понимается как акцепт поручения любым из способов, указанных в статье 7(1). Если отправитель желает уточнить, когда средства должны быть предоставлены в распоряжение бенефициара, то следует указать "дату платежа". Термин "исполнение" в одной из нескольких его различных форм используется по всему тексту проекта типового закона в связи с платежными поручениями. Кроме того, в статье 12(2) делается ссылка на исполнение перевода кредита и дается определение этой концепции.

57. Сопоставление со статьей 4А. В статье 4А-301(b) определение термина "дата исполнения" по существу аналогично определению в настоящем тексте. В статье 4А-301(a) "исполнение" определяется в отношении банка, не являющегося банком бенефициара. В отличие от практики типового закона, в статье 4А-301(a) затем устанавливается, что "платежное поручение, полученное банком бенефициара, может быть акцептовано, но не может быть исполнено". Это различие в формальной констатации не ведет, как представляется, к каким-либо существенным различиям между статьей 4А и типовым законом.

"Дата платежа"

58. На двадцать первой сессии был поднят вопрос о том, следует ли включать в типовой закон какие-либо нормы, регулирующие применение даты платежа, и, соответственно, имеется ли необходимость в определении этого термина (A/CN.9/341, пункты 82 и 83). Было отмечено, что в платежных сообщениях, используемых СВИФТ, не содержится графы для указания этой даты, и что, как было заявлено, МОС исключит любые ссылки на дату платежа в ходе следующего пересмотра своих стандартов. Указывалось, что дата, обычно используемая в платежных поручениях между банками, представляет собой дату зачисления средств, т.е. дату, когда средства должны быть перечислены банку-получателю. Предложение о том, что термин "дата исполнения" можно использовать в целях, которые преследует применение понятия даты платежа, не было принято на том основании, что, хотя платежные поручения, используемые в практике межбанковских расчетов, могут и не предусматривать указания даты платежа, в первоначальном платежном поручении, направляемом перевододателем своему банку, может оговариваться, что средства должны быть выплачены бенефициару в определенный день.

59. На двадцать первой сессии Рабочая группа заменила термин "pay date", который ранее использовался для указания момента, когда средства должны быть переданы в распоряжение бенефициара, на термин "payment date" (A/CN.9/341, пункт 83). С учетом этого изменения терминология, используемая в типовом законе, теперь соответствует статье 4A, но отличается от ISO 7982-1, поскольку в ISO 7982-1 термин "pay date" используется для указания даты, когда средства должны быть предоставлены бенефициару. В ISO 7982-1 термин "дата платежа" ("payment date") используется для указания даты, когда должен быть исполнен платеж. Термин "дата платежа" ("payment date) был включен в текст до семнадцатой сессии Рабочей группы и имел тот же смысл, что и в ISO 7982-1, однако, поскольку далее в тексте он не использовался, он был исключен в пересмотренном варианте проекта, представленном секретариатом восемнадцатой сессии.

60. Определение термина "дата платежа" ("payment date") отличается от содержащегося в ISO 7782-1 определения "pay date" в том смысле, что в последнем определении датой платежа является "дата, когда средства обеспечиваются бенефициару для их получения наличными". В типовом законе дата платежа определяется как дата, "когда средства должны быть предоставлены в распоряжение бенефициара". (См. A/CN.9/317, пункт 43 и A/CN.9/341, пункт 83). Это определение оставляет открытым вопрос о том, когда и при каких обстоятельствах эти средства предоставляются в распоряжение бенефициара, ибо они могут находиться в распоряжении бенефициара, даже если они не могут быть получены наличными. Наиболее характерным является пример, когда перевод осуществляется в какой-либо расчетной единице и может находиться в распоряжении бенефициара для дальнейших переводов в этом виде, но не обеспечивается наличными ни в какой-либо расчетной единице, ни, возможно, даже в местной валюте.

61. На двадцать первой сессии это определение было изменено, с тем чтобы четко указать, что дата платежа, обязательная для банка-получателя, является датой, оговоренной в полученном им платежном поручении. См. A/CN.9/WG.IV/WP.46, комментарий 37 к статье 2 и A/CN.9/341, пункт 83. Если дата платежа, указанная в платежном поручении, полученном банком-посредником или банком бенефициара, не соответствует дате платежа, указанной перевододателем, то ответственность за ошибку будет нести банк, в котором произошло изменение в датах. Вопрос о значении даты платежа в платежном поручении, выданном ранее, чем поручение, полученное банком бенефициара, см. в комментарии 17 к статье 9.

62. На двадцать первой сессии Рабочая группа пришла к согласию, что этот вопрос следует вновь рассмотреть совместно со статьями 9 и 12, и, таким образом, она приняла текст его в настоящем виде в качестве временного проекта (A/CN.9/341, пункт 84). См. комментарий 18 к статье 9.

63. Сопоставление со статьей 4A. В статье 4A-401 содержится более широкое определение термина "дата платежа" в том смысле, что он определяется, как "день, когда сумма, указанная в поручении, подлежит выплате бенефициару банком бенефициара". Предположительно, этим днем является день, указанный в полученном платежном поручении, а не день, указанный в платежном поручении перевододателя. В официальных комментариях указывается, что дата платежа может быть выражена различными способами, в том числе, предположительно, и с помощью использования такой системы переводов кредита, в рамках которой установлены сроки в несколько дней для обработки платежных поручений.

Статья 3. Содержание платежного поручения

(Исключена)

Предыдущее обсуждение

A/CN.9/297, пункты 37 и 38
A/CN.9/317, пункты 49-68
A/CN.9/329, пункты 87-93
A/CN.9/341, пункт 85

Комментарии

1. Статья 3 проекта типовых правил, подготовленная секретариатом и представленная семнадцатой сессии Рабочей группы, была озаглавлена следующим образом: "Форма и содержание платежного поручения". С учетом обсуждения, состоявшегося на этой сессии (A/CN.9/317, пункты 49-68), основные положения пунктов 1 и 2 статьи 3 были включены в определение термина "платежное поручение" в измененном проекте, подготовленном для восемнадцатой сессии Рабочей группы. В частности, в соответствии с предложением, внесенным на семнадцатой сессии Рабочей

группы, минимальные элементы данных, которые необходимы для формирования платежного поручения, были включены в определение этого термина (A/CN.9/317, пункт 54). Ожидалось, что включение минимальных требуемых элементов данных в типовой закон будет служить информационным целям.

2. На девятнадцатой сессии редакционная группа постановила исключить минимальные требуемые элементы данных из определения платежного поручения, поскольку сообщение можно не считать платежным поручением, если любой из перечисленных элементов данных опущен (A/CN.9/328, пункт 145; см. A/CN.9/WG.IV/WP.41, статья 2, комментарий 18), и решила указать необходимые минимальные элементы данных в статье 3.

3. На двадцатой сессии Рабочая группа рассмотрела вопрос о том, следует ли дополнительные элементы данных, в частности информацию о покрытии, указание перевододателя и банка перевододателя, сделать обязательными (A/CN.9/329, пункты 87 и 88). В конце обсуждения Рабочая группа постановила исключить статью 3 полностью (A/CN.9/329, пункт 93). В настоящее время проблемы неполных платежных документов рассматриваются в статьях 6(4) и 8(3).

4. Рабочая группа постановила учесть в каком-либо другом положении ту необходимость, что для банков-получателей в платежных поручениях следует указывать то обстоятельство, что данное поручение является частью международного перевода кредита (A/CN.9/329, пункт 93 и A/CN.9/341, пункт 85).

ГЛАВА II. ОБЯЗАННОСТИ СТОРОН

Статья 4. Обязанности отправителя

1) Предполагаемый отправитель несет ответственность по платежному поручению [или за отзыв платежного поручения], если оно было выдано им или другим лицом, которое имело полномочия возложить ответственность на предполагаемого отправителя.

2) В случае, когда подлинность платежного поручения должна быть удостоверена, предполагаемый отправитель, который не несет ответственности в силу пункта 1, тем не менее несет ответственность, если:

a) представленное удостоверение подлинности представляет собой коммерчески обоснованный метод защиты против несанкционированных платежных поручений; и

b) исключен;

c) банк-получатель выполнил удостоверение подлинности.

3) Предполагаемый отправитель не несет, однако, ответственности в силу пункта 2, если он докажет, что платежное поручение, полученное банком-получателем, было результатом действий какого-либо лица, иного чем нынешний или бывший служащий предполагаемого отправителя, если только банк-получатель не сможет доказать, что платежное поручение явилось результатом действий лица, которое получило доступ к процедуре удостоверения подлинности по вине предполагаемого отправителя.

4) У отправителя возникает обязательство произвести платеж банку-получателю по платежному поручению, когда банк-получатель акцептует его, однако срок платежа наступает лишь с даты исполнения поручения, если отсутствует иная договоренность.

Предыдущее обсуждение

A/CN.9/297, пункты 39-45 и 69
A/CN.9/317, пункты 57, 69-79 и 84
A/CN.9/318, пункты 70-109
A/CN.9/329, пункты 94-111
A/CN.9/341, пункты 86-103

Комментарии

1. В пунктах 1-3 предусматриваются случаи, когда предполагаемый отправитель платежного поручения несет ответственность по этому поручению. В пункте 4 предусматривается единственное обязательство отправителя в отношении платежного поручения, по которому он несет ответственность, т.е. осуществление по нему платежа банку-получателю.

Пункт 1

2. В пункте 1 устанавливается основополагающее правило, что предполагаемый отправитель несет ответственность по надлежащим образом санкционированному платежному поручению. Вопрос о том, имел ли фактический отправитель полномочия на возложение обязательств на предполагаемого отправителя, будет решаться в соответствии с применимым правом и типовым законом регулироваться не будет. Кроме того, на двадцать первой сессии было решено, что вопрос о том, какое право будет применимым, в статье 15 регулироваться не будет (A/CN.9/341, пункты 46 и 47; см. также комментарий 10 к статье 15).

3. В соответствии с формулировкой "или за отзыв платежного поручения" предполагаемый отправитель несет также ответственность по санкционированному надлежащим образом отзыву платежного поручения. Эти слова были заключены в квадратные скобки и обусловлены решением о сохранении статьи 10 (A/CN.9/329, пункт 96).

4. Сопоставление со статьей 4А. Статья 4А-202 устанавливает норму, по сути идентичную той, которая содержится в пункте 1.

Пункт 2

5. Пункт 2 сформулирован как исключение из пункта 1, но с точки зрения банковских операций в нем устанавливается основополагающая норма. Почти во всех случаях подлинность платежного поручения должна быть удостоверена. Надлежащее удостоверение подлинности означает должную санкцию, и банк-получатель будет действовать в соответствии с этим платежным поручением. Даже если данное платежное поручение не санкционировано должным образом в соответствии с пунктом 1, предполагаемый отправитель несет ответственность по этому поручению в случае соблюдения требований пункта 2 (см. A/CN.9/341, пункт 86).

6. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос об исключении слов "в случае, когда подлинность платежного поручения должна быть удостоверена" во вступительной части пункта 2. Эти слова являются составной частью технической поправки, внесенной на двадцать первой сессии, с тем чтобы не допустить возможного толкования пункта 2 в том виде, в котором он был изложен в проекте, находившемся в рассмотрении Рабочей группы; такое толкование заключается в том, что, даже если платежное поручение было санкционированным согласно пункту 1, отправитель несет ответственность только если соблюдены также и требования пункта 2 (A/CN.9/341, пункт 86; см. A/CN.9/WG.IV/WP.46, комментарий 9 к статье 4). Представляется, что для достижения результата, решение о желательности которого было принято на двадцать первой сессии, вступительная формулировка не является необходимой. К тому же эта формулировка оставляет открытым вопрос о том, когда подлинность платежного поручения должна быть удостоверена, а необходимости в постановке этого вопроса не имеется.

7. Первое требование, изложенное в подпункте (а), состоит в том, что удостоверение подлинности должно быть коммерчески обоснованным. Дискуссия на восемнадцатой сессии Рабочей группы проходила на той основе, что именно банк-получатель определяет вид удостоверения подлинности, который обеспечивается отправителем (A/CN.9/318, пункт 75). Поэтому на банк-получатель возлагается ответственность обеспечить, чтобы процедура удостоверения подлинности была, по меньшей мере, коммерчески обоснованной. Если банк-получатель готов акцептовать платежное поручение даже в том случае, когда коммерчески обоснованное удостоверение подлинности отсутствует, он должен принимать на себя риск того, что платежное поручение не было санкционировано в соответствии с пунктом 1 (A/CN.9/341, пункт 94).

8. На восемнадцатой сессии Рабочей группы было достигнуто согласие, что отправитель и банк-получатель не могут путем договоренности установить более низкий стандарт (A/CN.9/318, пункт 75). На двадцать первой сессии Рабочая группа отметила, что на этой сессии она приняла новую статью 16, в которой устанавливается общий принцип свободы договора, если в типовом законе не предусмотрено иное, и постановила вновь рассмотреть каждую из существенных статей для решения вопроса о том, следует ли сохранить принятые ранее положения в отношении силы договоренности (A/CN.9/341, пункт 93). Соответственно, она постановила включить в пункт 2 положение, согласно которому сторонам не разрешается договариваться об использовании процедуры удостоверения подлинности, не являющейся коммерчески обоснованной (A/CN.9/341, пункт 96). Это решение может быть выполнено путем добавления следующего нового предложения:

"Положения настоящего пункта не могут быть изменены на основании договоренности".

9. Не было предпринято попыток установить какой-либо стандарт в отношении того, что является коммерчески обоснованной процедурой удостоверения подлинности. Этот стандарт будет объективным, поскольку стороны не будут иметь права отходить от него на основании

договоренности. Однако, поскольку коммерческая обоснованность процедуры удостоверения подлинности будет зависеть от факторов, связанных с конкретным платежным поручением, включая такие факторы, как оформлено ли данное платежное поручение в виде бумажного документа, устного распоряжения, телекса или перевода данных, сумма платежного поручения и личность предполагаемого отправителя, то можно ожидать, что заявление в соглашении сторон о том, что они избирают процедуру, обеспечивающую меньшую защиту, чем другие возможные процедуры, особенно если они разъяснят причины своего решения, окажет влияние на решение суда о том, являлся ли избранный стандарт коммерчески обоснованным. Можно предположить, что особое значение будет иметь тот факт, что банк-получатель предложил отправителю за разумную плату другую процедуру удостоверения подлинности, которая, очевидно, являлась коммерчески обоснованной, однако отправитель по своим собственным соображениям избрал использование процедуры, обеспечивающей меньшую защиту. Можно предположить, что критерий коммерческой обоснованности будет изменяться по мере развития технологии. На двадцатой сессии Рабочей группы было выражено мнение, что с учетом неточности термина "коммерчески обоснованный" и того обстоятельства, что данная концепция не известна многим правовым системам, в любой комментарий, который может быть написан к типовому закону после его принятия Комиссией, следует, возможно, включить указание на те факторы, которые необходимо принимать во внимание (A/CN.9/329, пункт 98).

10. Существовавшее ранее и установленное в подпункте (b) требование заключалось в том, что сумма платежного поручения должна быть обеспечена отзывным положительным сальдо или санкционированным овердрафтом на соответствующем счете отправителя в банке-получателе. Было заявлено, что эта норма в ряде стран обеспечивает защиту перевододателей. Ограничивая сумму, на которую может быть дебетован счет, клиент может ограничить сумму потенциальных убытков. Такое ограничение также в некоторой степени может служить указанием на то, что платежное поручение на чрезмерно большую сумму, возможно, является ошибочным или подложным (A/CN.9/318, пункты 82 и 85-87; A/CN.9/329, пункты 100 и 101).

11. На двадцатой сессии предложение об исключении пункта (b) было отклонено (A/CN.9/329, пункты 100 и 101). На двадцать первой сессии было вновь предложено исключить этот подпункт (A/CN.9/341, пункты 87-97). Основным аргументом за исключение этого положения являлось то, что с точки зрения операций банка его осуществление является практически невозможным, поскольку банки не могут контролировать состояние счетов отправителей в реальном масштабе времени, если только все операции по дебетованию и кредитованию счета не проводятся в реальном масштабе времени. Было заявлено, что даже в наиболее автоматизированных банках некоторые виды платежных поручений обрабатываются партиями, в результате чего соответствующие проводки по дебету и кредиту счетов делаются периодически, зачастую в конце рабочего дня. В ответ было заявлено, что норма в подпункте (b) представляет собой норму распределения риска, а не оперативную норму. На своей двадцать первой сессии Рабочая группа первоначально приняла решение ограничить применение подпункта (b) отправителями, не являющимися банками. Впоследствии в связи с обсуждением пункта 3 она приняла решение об исключении подпункта (b) (см. комментарии 16 и 17).

12. Бывшее третье, а теперь второе требование заключается в том, чтобы банк-получатель выполнил процедуру удостоверения подлинности. Если банк выполнил процедуру удостоверения подлинности, а отправитель не сделал этого, то банк будет знать, что платежное поручение не было удостоверено отправителем, и отклонит его. Однако, даже если банк не выполнил процедуру удостоверения подлинности, а платежное поручение было действительно санкционированным, предполагаемый отправитель будет нести ответственность согласно пункту 1. Один случай, когда подпункт (c) будет устанавливать действительно диспозитивную норму, является случаем, предусмотренным в пункте 3, т.е. когда подлинность несанкционированного платежного поручения была должным образом удостоверена фактическим отправителем, а банк-получатель не выполнил процедуры удостоверения подлинности. В этом случае отправитель не будет нести ответственности согласно пункту 2, а также не будет существовать возможности применения пункта 3.

13. <u>Сопоставление со статей 4A</u>. В статье 4A-202(b) содержится по сути идентичная норма и устанавливаются дополнительные подробности. В подпункте (c) статьи 4A-202 содержится указание на то, что будет рассматриваться в качестве "коммерчески обоснованного".

<u>Пункт 3</u>

14. На восемнадцатой сессии Рабочей группы были подготовлены два варианта этого пункта (A/CN.9/318, пункты 88-90). В целом те, кто выступал за то, чтобы возложить на банк-получатель основной риск фальсификации подлинности платежного поручения известным или неизвестным третьим лицом, высказались за вариант A. Возложение основного риска на

банк-получатель было сочтено целесообразным, поскольку, как правило, процедуру удостоверения подлинности определяет именно этот банк (см. комментарий 7). В целом те, кто выступал за то, чтобы возложить основной риск на отправителя, отдали предпочтение варианту B. Возложение основного риска на отправителя было сочтено целесообразным, поскольку метод передачи конкретного платежного поручения выбирается именно отправителем. Кроме того, вариант B обеспечил бы для отправителей стимул для защиты находящейся в их распоряжении процедуры удостоверения подлинности или средств кодирования.

15. Этот пункт был вновь обсужден на двадцатой сессии, на которой был внесен ряд новых предложений (A/CN.9/329, пункты 103-108). Однако из-за невозможности достичь согласия Рабочая группа оставила этот текст без изменений.

16. Этот текст в его настоящем виде был принят на двадцать первой сессии (A/CN.9/341, пункты 97-101). В пункте 3 рассматривается относительно редкий случай несанкционированного платежного поручения, подлинность которого удостоверена в соответствии с пунктом 2, но которое не было санкционировано в соответствии с пунктом 1. Для этого случая пункт 3 предусматривает, что предполагаемый отправитель с тем, чтобы не нести убытков, должен доказать, что платежное поручение является результатом действий лица, не являющегося нынешним или бывшим служащим предполагаемого отправителя. Для доказательства этого нет необходимости в идентификации лица, направившего платежное поручение; факт, что поручение не могло явиться результатом действия нынешнего или бывшего служащего, может быть доказан другими средствами. После того, как предполагаемый отправитель выполнит это условие, банк-получатель с тем, чтобы вновь возложить убытки на предполагаемого отправителя, должен доказать, что удостоверение подлинности было получено по вине предполагаемого отправителя.

17. Учитывая принятие нового варианта пункта 3, Рабочая группа приняла решение исключить пункт 2(b)(см. комментарий 11).

18. После обширного обсуждения на двадцать первой сессии Рабочая группа приняла решение, что она оставит за сторонами свободу изменять положения пункта 3 на основании договоренности, как это предусматривается в статье 16. Было сделано предложение о том, чтобы исключить возможность нанесения ущерба отправителям, не являющимся банками, в результате изменения соответствующих положений. Другое предложение заключалось в том, чтобы не ограничивать степень возможного изменения пункта 3 на основании соглашения сторон, однако предусмотреть, что такое соглашение не может являться частью общих условий банка-получателя; это соглашение должно закрепляться в отдельном договоре между предполагаемым отправителем и банком-получателем. Делегации, твердо заявившие об оговорках в связи с решением, предоставляющим сторонам свободу изменять на основании договоренности положения пункта 3, выразили опасение, что это серьезно снизит вероятность того, что типовой закон будет сочтен приемлемым национальными законодательными органами.

19. Сопоставление со статьей 4A. Статья 4A-203 по сути идентична пункту 3, однако она в чуть большей степени отвечает интересам банка-получателя.

Ошибки в платежном поручении или искажение его содержания

20. В рабочем документе, представленном двадцатой сессии Рабочей группы, были внесены предложения о том, как удостоверение подлинности, определенное в статье 2 и используемое в статье 4 в отношении удостоверения личности отправителя, может быть также использовано в отношении ошибок в платежном поручении или искажения содержания платежного поручения во время его передачи (A/CN.9/WG.IV/WP.44, статья 2, комментарий 23 и статья 4, комментарий 10). Рабочая группа не согласилась с предложением об использовании определенной процедуры удостоверения подлинности в обеих целях. Было отмечено, что, поскольку предполагается, что типовой закон должен освободить отправителя от ответственности за содержание платежного поручения в том виде, в каком оно было получено, ввиду наличия согласованной между отправителем и банком-получателем процедуры, которая позволит выявлять ошибки или искажения, это намерение должно быть изложено отдельно в типовом законе (A/CN.9/329, пункт 79). На двадцать первой сессии Рабочая группа просила секретариат предложить текст, оформляющий эту идею, для рассмотрения на ее двадцать второй сессии.

21. Если Рабочая группа пожелает включить подобную норму, то представляется уместным поместить ее в статью 4 вслед за теперешним пунктом 3. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть следующее предложение:

> "Отправитель, несущий ответственность по платежному поручению, несет ответственность в соответствии с условиями поручения, полученного банком-получателем. Однако, если отправитель и банк-получатель согласились о процедуре обнаружения ошибок в платежном

поручении, отправитель не несет ответственности по платежному поручению в той степени, в которой использование этой процедуры банком-получателем позволило или могло бы позволить обнаружить ошибку".

22. В первом предложении четко устанавливается, что риск того, что содержание платежного поручения, полученного банком-получателем, не соответствует содержанию поручения, которое намеревался отправить или фактически отправил отправитель, лежит на отправителе. Несоответствие может возникнуть в результате ошибки отправителя или в результате изменения содержания платежного поручения после отправки. Во втором предложении оговариваются случаи, когда отправитель не будет связан условиями полученного платежного поручения. Необходимым условием для этого является то, что отправитель и банк-получатель должны согласиться об использовании процедуры, которая позволит обнаружить некоторые или все ошибки в платежном поручении. В отличие от процедуры удостоверения подлинности, требования о том, что эта процедура была коммерчески обоснованной или что она должна быть предназначена для обнаружения всех ошибок, устанавливаться не будет. Не устанавливается также требования о том, что согласно этой процедуре отправитель должен принимать соответствующие меры; вопрос заключается единственно в том, позволило ли использование процедуры банком-получателем в связи с полученным конкретным платежным поручением обнаружить ошибку или, если банк-получатель не применил эту процедуру, позволило бы ее применение обнаружить ошибку. Понимается, что термин "ошибка" охватывает все несоответствия между платежным поручением в том виде, в котором его намеревались составить, и платежным поручением в том виде, в котором оно было получено, независимо от источника несоответствия. В некоторой степени предложенный пункт исходит из тех же стратегических соображений, что и статьи 6(3), (4) и (5) и 8(2), (3), (4) и (5) в случаях, когда ошибка в платежном поручении связана с предметом регулирования этих положений. Однако, возможно, предлагаемый пункт будет наиболее часто применим в случае ошибки в сумме переводимых денежных средств, когда эта сумма выражена только цифрами.

23. Делегацией Соединенного Королевства была предложена другая формулировка:

"В тех случаях, когда отправитель согласовал с банком-получателем, что в отношении платежного поручения будет применяться процедура обнаружения ошибок, и отправитель выполняет эту процедуру, он не несет ответственности по платежному поручению, если банк, если бы он также выполнил эту процедуру, обнаружил бы, что

a) в платежном поручении содержится указание о платеже бенефициару, не отвечающее намерению отправителя, или

b) платежное поручение является ошибочным дубликатом платежного поручения, уже отправленного отправителем.

Если ошибка, которую обнаружил бы банк, заключается в том, что отправитель дал указание о платеже в сумме большей, чем это входило в его намерение, отправитель будет нести ответственность только в объеме суммы, входящей в это намерение".

24. Делегация Соединенного Королевства указала, что в предложенном новом пункте не рассматриваются случаи ошибочного неправильного адресования платежных поручений, которые охватываются статьями 6(3) и 8(2), и предложила поправку к сделанному ею ранее предложению в этой связи. См. комментарии 8-11 к статье 6, комментарий 6 к статье 8 и комментарии 10 и 11 к статье 9.

25. Сопоставление со статьей 4А. Статья 4А-205 в связи с "платежным поручением, ... переданным в соответствии с процедурой защиты, предназначенной для обнаружения ошибок", создает положение, аналогичное результатам, достигаемым в соответствии со статьей 4(2) в связи с несанкционированным платежным поручением, подлинность которого, однако, удостоверена. Если перевод был сделан ненадлежащему бенефициару или дублирует другой перевод, "банк-получатель имеет право на возмещение бенефициаром любой суммы, уплаченной бенефициару, в той степени, в которой это разрешается правом, регулирующим вопросы ошибок и реституции", в то время как в случае, если перевод был осуществлен на излишне большую сумму, банк-получатель может получить от бенефициара возмещение "излишне полученной суммы". В некоторой степени положение о реституции, содержащееся в статье 4А-205, уже закреплено в статье 11(b), хотя статья 11(b) позволяет каждому отправителю получать возмещение от банка-получателя, а не от бенефициара. Это различие в подходах объясняется частично тем фактом, что типовой закон в принципе не регулирует прав и обязательств бенефициара.

Пункт 4

26. Разграничение между возникновением обязательства отправителя произвести платеж банку-получателю, когда банк-получатель акцептует платежное поручение, и наступлением срока обязательства уплатить суммы, причитающиеся на дату исполнения, обоснованно, когда дата исполнения относится к будущему времени. В связи с этим положением возникают две отдельные проблемы: обязательство отправителя в случае, если банк-получатель не исполняет поручения на дату исполнения, и обязательство отправителя в случае, если банк-получатель акцептует платежное поручение до наступления даты исполнения.

27. На восемнадцатой и двадцатой сессиях использование даты исполнения в качестве даты, на которую отправитель обязан предоставить банку-получателю средства, ставилось под сомнение на том основании, что дата исполнения была определена в статье 2(k) в качестве даты, когда банк-получатель обязан произвести операцию, а не даты, на которую банк-получатель выполнил свое обязательство (A/CN.9/318, пункт 104, A/CN.9/329, пункт 109). В ответ на это на двадцатой сессии было отмечено, что хотя отправитель обязан произвести платеж в дату исполнения, в соответствии со статьей 12 отправитель должен получить проценты за все время задержки исполнения поручения со стороны банка-получателя. При этом, по-видимому, предполагалось, что последнее из этих предложений вытекает из текста типового закона в существующей редакции.

28. Можно высказать сомнение относительно того, что банки-получатели будут часто акцептовать платежные поручения для последующего исполнения до даты исполнения, если только отправитель уже не произвел платеж по поручению. Однако, если банк-получатель исполняет платежное поручение до даты исполнения, то он акцептует поручение в момент исполнения. Хотя отправитель уже не может отозвать поручение (статья 10(1) и (2)) и обязан произвести платеж по нему, банк-получатель не может дебетовать счет отправителя или иным образом потребовать платежа по поручению до наступления даты исполнения.

29. На двадцатой сессии было отмечено, что обязательство отправителя осуществить платеж должно распространяться лишь на сумму платежного поручения, а не на какие-либо издержки или сборы. Этот вопрос, однако, не был решен. Была сделана ссылка на решение данного вопроса в статье 14(3) (A/CN.9/329, пункт 110). Ср. обсуждение в связи со статьей 14(3) в комментариях 15 и 16 к статье 14.

30. Сопоставление со статьей 4А. Статья 4А-402(b) и (c) по сути аналогична типовому закону. Установлены исключения для обязанности отправителя производить платеж в случае различных видов ошибочных платежных поручений.

Концепция платежа и чистых расчетов

31. Текст типового закона в его настоящем виде не содержит каких-либо положений, указывающих, как и когда отправитель оплатит платежное поручение, как это требуется по пункту 4. Отсутствие указания на то, как и когда отправитель оплачивает платежное поручение, может вызвать трудности в применении статей 5(2)(a) и 7(1)(a), согласно которым банк-получатель акцептует платежное поручение, если он не направляет уведомления об отклонении, при условии - обязательном, - что банк-получатель получил платеж от отправителя. Отношение к этим вопросам имело лишь обсуждение проблемы чистых расчетов.

32. На девятнадцатой сессии Рабочая группа начала предварительное обсуждение вопроса о желательности включения в типовой закон положения о чистых расчетах. Рабочая группа отметила, что на других форумах, и в частности в комитете центральных банков стран Группы десяти, председателем которого является генеральный управляющий Банка международных расчетов (БМР), проводятся важные исследования этой проблемы. Таким образом, секретариату было предложено следить за ходом рассмотрения этого вопроса и представить Рабочей группе доклад о подготовленных выводах, включая представление проекта текста для возможного включения в типовой закон, если это будет сочтено уместным (A/CN.9/328, пункты 61-65; см. A/CN.9/WG.IV/WP.42, пункты 47-57). На двадцать первой сессии Рабочая группа отметила, что ей, возможно, придется приступить к подготовке положений о чистых расчетах в отсутствие исследования БМР, если такое исследование не будет представлено в ближайшее время (A/CN.9/341, пункт 53). Несмотря на ожидания, участникам проводимой БМР работы по вопросу о чистых расчетах, которые также являются участниками Рабочей группы, не удалось представить секретариату текст для включения в настоящий доклад. Тем не менее в связи с вопросами о концепции платежа и о чистых расчетах, поскольку они окажут влияние на имеющийся текст типового закона, могут быть сделаны некоторые комментарии.

33. Обычный способ, с помощью которого банк-отправитель производит платеж банку-получателю в связи с высокоскоростным переводом кредита на крупную сумму, заключается в том, что переводимые суммы дебетуются и кредитуются на счета, открытые друг у друга этими банками, или на счета, открытые в третьем банке. Это может привести к возникновению любой из следующих четырех ситуаций:

a) отправитель имеет счет в банке-получателе. Платеж банку-получателю производится путем дебетования этого счета. Поскольку банк-получатель дебетует счет, только если на нем имеется положительное сальдо или если банк-получатель готов предоставить отправителю кредит, то представляется разумным считать платеж банку-получателю произведенным отправителем, когда банк-получатель дебетует счет;

b) банк-получатель имеет счет у отправителя. В этом случае отправитель произведет платеж банку-получателю путем кредитования счета банка-получателя у отправителя. Обычно платеж банку-получателю будет считаться произведенным, когда его счет кредитуется, что может произойти до направления платежного поручения. Однако сумма самого платежного поручения или его сумма совместно с другими платежными поручениями, направленными банком-отправителем, может быть настолько велика, что создастся положительное сальдо, более крупное, чем то, которое банк-получатель хотел бы иметь на своем счету у отправителя. Поэтому, возможно, целесообразно принять норму о том, что в такой ситуации платеж осуществляется, когда банк-получатель снимает положительное сальдо (возможно, исчисленное на основе "первая сумма на приход - первая в расход") или когда после кредитования счета или после того, как банку-получателю стало известно о положительном сальдо, истек оговоренный период времени;

c) кредитуется счет банка-получателя в третьем банке. Ситуация будет по сути аналогична той, которая возникает, когда кредитуется счет банка-получателя у отправителя, и здесь могут применяться такие же нормы;

d) третий банк, в котором кредитуется счет банка-получателя, является центральным или эквивалентным банком. В этом случае платеж может считаться произведенным, когда проводится кредитование счета банка-получателя.

34. Чистые расчеты используются, когда невозможно или нежелательно по той или иной причине произвести платеж путем дебетования или кредитования сумм по конкретным операциям на какой-либо счет, как это было описано выше. Чистые расчеты представляют собой механизм, с помощью которого урегулируются расчеты по ряду из двух или более операций, создающих финансовые права и обязательства между двумя или более сторонами в течение определенного периода времени или права и обязательства, срок исполнения которых наступает в определенный момент, путем расчета и уплаты чистой суммы, причитающейся с участника или участников, имеющих на балансе непогашенные обязательства. Чистые расчеты могут использоваться в качестве метода для сокращения числа сообщений об операциях между участниками без изменения правового характера отдельных обязательств. Этот метод часто называется "позиционными чистыми расчетами". До произведения окончательного расчета между участниками путем перевода единой чистой суммы участником, имеющим дебетовый баланс в операциях между ними, каждый из участников должен другому валовые суммы, причитающиеся по каждой отдельной операции.

35. Чистые расчеты могут также быть организованы таким образом, чтобы объединить отдельные правовые обязательства в единое правовое обязательство на чистую сумму. Такое преобразование правовых обязательств обычно зависит от использования концепции обновления, хотя в некоторых правовых системах может также использоваться и концепция зачета. В некоторых правовых системах не ясно, будет ли в случае неплатежеспособности одного из участников системы чистых расчетов, наступившей до осуществления расчетов по чистым суммам, юридический представитель неплатежеспособного лица (или кредиторов неплатежеспособного лица) нести обязательство по признанию системы чистых расчетов и может ли быть подан иск на валовую сумму, причитающуюся неплатежеспособному лицу, в то время как валовые суммы, причитающиеся с него другому участнику или участникам, могут быть возмещены лишь в ходе процедуры ликвидации.

36. Так называемые "чистые расчеты в результате закрытия", при которых будущие обязательства между двумя банками должны быть сведены к единому чистому обязательству в случае наступления оговоренного события, связанного с неисполнением обязательств, например, назначения ликвидатора одного из банков, применяются к будущим обменным контрактам, а не к системе платежей как таковой, и рассматривать их в данном докладе нет необходимости.

37. При некоторых видах финансовых операций, таких, как срочные сделки по купле-продаже валюты, могут иметь место двусторонние чистые расчеты. Например, когда обе стороны в течение соответствующего периода продают другой стороне фунты за доллары и покупают их у нее, на

момент выполнения обязательств одна из них будет обязана выплатить больше фунтов, чем это лицо имеет право получить, а другая будет обязана выплатить больше долларов, чем это лицо имеет право получить. Обе стороны могут согласиться выплатить только чистую сумму в фунтах в одном направлении и чистую сумму в долларах в другом, вместо того, чтобы выплачивать друг другу валовые суммы проданных ими фунтов и долларов.

38. Хотя высокоскоростные переводы кредита на крупные суммы обычно не регулируются на основании двусторонних чистых расчетов, эти расчеты более часто применяются, когда два банка путем ручной передачи магнитных лент или аналогичным образом обмениваются в массовых масштабах платежными поручениями. Хотя юридические последствия дебетования и кредитования на счет поступающих и отправляемых платежных поручений во многих отношениях аналогичны тем, на достижение которых направлены чистые расчеты путем обновления, соответствующие механизмы и юридические концепции различаются. Таким образом, возможно, включение в типовой закон положения о двусторонних чистых расчетах было бы целесообразным.

39. Сопоставление со статьей 4А. Положение о двусторонних чистых расчетах в окончательном варианте статьи 4А-403(с) содержится в первых двух предложениях проекта пункта 3, как он изложен в документе A/CN.9/WG.IV/WP.42, пункт 54.

40. Многосторонние чистые расчеты также весьма характерны для действующих на основании отложенных расчетов расчетных палат, таких, как ЧАПС и ЧИПС. В таких расчетных палатах регистрируется сумма платежных поручений, полученных и отправленных в течение дня участниками. В конце дня расчитываются чистые суммы, подлежащие выплате каждым участником. Чистые расчеты могут сначала производиться по двусторонним операциям между каждыми участниками торговой палаты, а затем индивидуальные чистые показатели объединяются в сводную чистую сумму обязательств. В качестве другого варианта может сразу же производиться расчет сводных чистых сумм. Платеж будет производиться теми банками, которые, исходя из расчетов сводных чистых показателей, имеют дебетовое сальдо: они переводят на расчетный счет средства, достаточные для покрытия своего дебетового сальдо, а те банки, которые имеют рассчитанное на сводной чистой основе положительное сальдо, получат эту сумму с расчетного счета. Расчетный счет может быть открыт в самой расчетной палате, но обычно он открывается в центральном банке.

41. В связи с многосторонними чистыми расчетами возникает два вида правовых проблем. Во-первых, платеж отправителя банку-получателю может рассматриваться произведенным, когда платежное поручение проходит через расчетную палату, поскольку счет банка-отправителя будет в это время дебетован в отношении расчетов, которые должны быть произведены на конец дня, а счет банка-получателя будет кредитован. Платеж отправителю может также рассматриваться произведенным, только когда завершены расчеты в конце дня. Решение о том, когда платеж считается произведенным, будет в значительной степени зависеть от второй проблемы, заключающейся в том, что происходит, если один из банков с исчисленным на сводной чистой основе отрицательным сальдо не способен перевести на расчетный счет средства, достаточные для покрытия непогашенного дебетового сальдо. Если переводы, которые были осуществлены через расчетную палату, должны быть полностью или частично возвращены для того, чтобы позволить завершение расчетов в отношении других переводов, то логично сделать вывод о том, что ни один отправитель не уплатил банку-получателю какого-либо конкретного платежного поручения до завершения расчетов. Если в результате неспособности банка погасить свои обязательства по расчетам не возникает необходимости в возвращении каких-либо переводов, либо поскольку центральный банк или другая надлежащая организация гарантирует платежи, либо поскольку между всеми банками-участниками существует договоренность о распределении убытков, логично сделать вывод о том, что платеж отправителем банку-получателю производится, когда этот банк получает через расчетную палату платежное поручение.

42. Положение в типовом законе, касающееся многосторонних расчетов, возможно, позволит урегулировать одну или несколько из трех отдельных проблем:

a) следует ли на основании установленного законом порядка производить чистые расчеты дебета и кредита, обусловленных направлением платежных поручений через расчетную палату, и, если чистые расчеты должны проводиться, должны ли они осуществляться на двусторонней основе между каждой парой банков или же на многосторонней основе;

b) следует ли в случае неспособности одного из банков-участников погасить свои обязательства по расчетам возвращать некоторые или все платежные поручения, направленные через расчетную палату;

c) момент, когда платеж считается произведенным отправителем банку-получателю.

43. Сопоставление со статьей 4А. Статья 4А-403(b), содержащая положения о многосторонних чистых расчетах, воспроизводится в документе A/CN.9/WG.IV/WP.42, пункт 54. В окончательно принятый вариант текста были внесены лишь незначительные изменения редакционного характера. Кроме того, в статье 4А-405(d) предусмотрено, что правила системы перевода средств могут предусматривать, что платежи, произведенные бенефициарам перевода средств через эту систему, считаются предварительными до получения платежа банком бенефициара по акцептованному им платежному поручению. Для того чтобы применялось эта правило, необязательно, чтобы банк бенефициара являлся банком-получателем поручения, направленного через систему перевода средств. Представляется, что наиболее часто такое системное правило будет встречаться в связи с механизмами многосторонних расчетов.

44. Следует отметить, что структура механизма клиринговых платежей может быть такой, что необходимости в чистых расчетах в том виде, в каком они были обсуждены в настоящем документе, не возникнет. В качестве примера можно привести Швейцарскую палату межбанковских клиринговых расчетов (СИК), которая рассматривалась также в контексте определения термина "банк" в комментарии 35 к статье 2. В СИК каждое утро для каждого банка-участника открывается счет путем перевода средств с резервного счета этого банка в Швейцарском национальном банке. Платежные поручения, направляемые банком через СИК, дебетуются на счет, а получаемые СИК платежные поручения на имя этого банка кредитуются на его счет. Нормы, регулирующие деятельность СИК, не позволяют ни в какой момент иметь на счету отрицательное сальдо, что исключает любой финансовый риск для других банков-участников, если один банк закроется в течение дня по причине неплатежеспособности. Так, с функциональной и, представляется, с юридической точки зрения СИК в этом ограниченном контексте является эквивалентом банка-корреспондента банков-отправителей и банков-получателей. Поэтому момент платежа банком-отправителем банку-получателю должен регулироваться согласно предложению в комментарии 33.

45. Сопоставление со статьей 4А. В статье 4А-403 устанавливается момент платежа отправителя банку-получателю при описанных выше обстоятельствах. В ней содержится подробное положение о чистых расчетах, которое предназначено для учета нового правила ЧИПС, сокращающего риск того, что неспособность одного из банков произвести расчеты вызовет неспособность других банков погасить свои обязательства по расчетам.

Статья 5. Акцепт или отклонение платежного поручения банком-получателем, не являющимся банком бенефициара

1) Положения настоящей статьи применяются к банку-получателю, не являющемуся банком бенефициара.

2) Банк-получатель акцептует платежное поручение отправителя в ближайший из нижеуказанных моментов времени:

a) когда истек срок, в течение которого должно было быть направлено требуемое уведомление об отклонении, но такое уведомление не было направлено, при условии, что акцепта не происходит до получения банком-получателем платежа от отправителя в соответствии со статьей 4(4),

b) когда банк получает платежное поручение при условии, что отправитель и банк согласились, что банк будет исполнять платежные поручения отправителя по их получении,

c) когда он уведомляет отправителя об акцепте или

d) когда он выдает платежное поручение, предназначенное для исполнения полученного платежного поручения.

3) Банк-получатель, который не акцептует платежного поручения отправителя, за исключением случаев, предусмотренных в подпункте 2(a), обязан уведомить этого отправителя об отклонении платежного поручения, помимо случаев, когда имеющейся информации недостаточно для идентификации отправителя. Уведомление об отклонении платежного поручения должно представляться не позднее даты исполнения.

Предыдущее обсуждение

A/CN.9/297, пункты 46-51
A/CN.9/317, пункты 80-84
A/CN.9/318, пункты 110-120 и 126-134
A/CN.9/WG.IV/WP.42, пункты 7-16
A/CN.9/328, пункты 12-16
A/CN.9/329, пункты 112-127
A/CN.9/341, пункт 53

Комментарии

1. На девятнадцатой сессии редакционная группа существенно изменила структуру той части проекта типового закона, которая касается акцепта платежного поручения банком-получателем и констатации обязательств банка-получателя. Согласно новой структуре положения статей 5 и 6 касаются банка-получателя, не являющегося банком бенефициара, а положения статей 7 и 8 - банка бенефициара. Поскольку в статье 2(g) термин "банк-получатель" определяется таким образом, что в него входит понятие "банк бенефициара", в эту статью было необходимо включить пункт 1 для пояснения того, что статья 5 не распространяется на банк бенефициара.

Концепция акцепта

2. В тексте проекта, подготовленном секретариатом для восемнадцатой сессии Рабочей группы, ряд основных правил находился в зависимости от акцепта платежного поручения банком-получателем. Проходившие на этой сессии обсуждения показали, что по вопросу о целесообразности использования такой концепции в Рабочей группе произошло решительное разделение мнений. В пользу применения этой концепции говорилось о том, что она является удобным средством для того, чтобы характеризовать одним словом целый ряд различных действий различных банков-получателей, которые должны повлечь за собой одинаковые юридические последствия, поскольку позволяет использовать это слово в различных основных положениях проекта. В ответ было заявлено, что использование термина "акцепт" не является необходимым и что в связи с этим термином возникнут трудности во многих правовых системах, поскольку он, как представляется, предполагает, что договорные отношения возникают в результате действий банка-получателя.

3. С тем чтобы помочь разрешить эти разногласия, секретариат подготовил доклад для девятнадцатой сессии Рабочей группы, в котором были изложены критерии для определения момента, когда банк-получатель акцептует платежное поручение и последствия акцепта (A/CN.9/WG.IV/WP.42, пункты 2-42). Этот вопрос подробно обсуждался на девятнадцатой сессии Рабочей группы, по окончании которой Рабочая группа решила оставить эту концепцию в тексте (A/CN.9/328, пункт 52).

4. На двадцатой сессии было предложено дать определение термину "акцепт". Это предложение не получило поддержки (A/CN.9/329, пункты 112 и 113).

Пункт 2

5. На двадцать первой сессии при принятии решения о том, что перевод кредита со всеми вытекающими из него правовыми последствиями завершается в момент акцепта банком бенефициара адресованного ему платежного поручения, "Рабочая группа не исключала возможности пересмотра вопроса об акцепте платежного поручения, как указывалось в статьях 5 и 7..." (A/CN.9/341, пункт 17).

Подпункт (a)

6. Текст подпункта (a) в его настоящем виде был принят на двадцатой сессии (A/CN.9/329, пункты 123 и 175). Он по существу представляет собой сочетание пунктов 1 и 2(a) текста, согласованного на девятнадцатой сессии (A/CN.9/328, приложение). В свою очередь пункт 1 этого текста был составлен из элементов статей 5(1) и 7(1) текста, подготовленного на восемнадцатой сессии (A/CN.9/318, приложение). Во всех этих формах изложения принцип, установленный на восемнадцатой сессии, оставался неизменным.

7. За исключением некоторых обязательств об уведомлении об ошибке, изложенных в статьях 6 и 8, банк-получатель обычно не должен предпринимать действия в отношении полученного платежного поручения, за исключением случаев, когда он акцептует это поручение. Однако предполагается, что банк-получатель исполнит полученное платежное поручение. Поэтому если банк-получатель не

акцептует поручение, то в пункте 3 предусматривается, что он обязан уведомить отправителя об отклонении. (См. комментарии 16-20). Если требуемого уведомления об отклонении не делается, то в пункте 2(a) предусматривается, что платежное поручение считается акцептованным.

8. Одна из наиболее важных проблем заключалась в том, должен ли банк-получатель нести обязательство по представлению уведомления об отклонении, когда причиной, по которой он не исполнил платежное поручение, является то, что он еще не получил платежа от отправителя. В защиту этого обязательства говорит довод о том, что с помощью уведомления об отклонении добросовестный отправитель информируется о том, что существует проблема, которую необходимо исправить и о которой в ином случае ему может не стать известно. Неспособность урегулировать эту проблему может вызвать неблагоприятные последствия для отправителя, для перевододателя, если отправитель не является перевододателем, и для бенефициара. Против такого обязательства направлять уведомление говорит тот факт, что в большинстве случаев неполучение платежа на практике вызывается лишь технической задержкой, которая исправляется автоматически. Направление уведомлений об отклонении или даже о неполучении платежа без указания на то, что за этим следует отклонение, вызовет лишь расширение потока сообщений между банками и само по себе будет создавать дополнительные трудности. В любом случае можно предположить, что отправителю известно о том, предусмотрел ли он надлежащие действия для уплаты банку-получателю либо путем дебетования счета отправителя в банке-получателе, либо путем кредитования счета банка-получателя у отправителя или в третьем банке.

9. На восемнадцатой сессии Рабочая группа решила, что на банке-получателе не должно лежать обязательство подавать уведомление об отклонении (подача такого уведомления в настоящее время требуется по пункту 3), если одной из причин отклонения им платежного поручения является недостаток средств (A/CN.9/318, пункт 119). Это привело к обсуждениям на девятнадцатой и двадцатой сессиях вопроса о том, какие средства являются недостаточными и следует ли проводить разграничения между различными причинами, по которым возникает недостаток средств (A/CN.9/328, пункт 15 и A/CN.9/329, пункты 119-122). В результате этого ссылка на недостаток средств из пункта 3 в его настоящем виде была исключена (A/CN.9/329, пункты 123 и 175). В пункт 2(a) внесены поправки с тем, чтобы предусмотреть, что, даже если требуемое уведомление об отклонении не направлено, акцепта платежного поручения не производится "до получения банком-получателем платежа от отправителя в соответствии со статьей 4(4)". См. комментарии 17-19 по вопросу о том, когда требуется представление уведомления об отклонении, и комментарии 31-45 к статье 14 по вопросу о моменте получения платежа.

10. В сообщении секретариату, направленном после двадцатой сессии, делегация Соединенного Королевства предложила исключить формулировку "в соответствии со статьей 4(4)". Она отметила, что в связи с такой формулировкой возникает проблема обратной отсылки, поскольку в статье 4(4) предусматривается, что отправитель обязан осуществить платеж банку-получателю лишь в том случае, если банк-получатель акцептует платежное поручение. Отправителю всегда разрешается осуществлять платеж банку до акцепта, и такая ситуация предусматривается в статье 5(2)(a). См. также предложение в связи с пунктом 3 в комментарии 19.

Подпункт (b)

11. Пункт 2(b) первоначально находился в бывшей статье 6(2)(a) и применялся только по отношению к банку бенефициара. На восемнадцатой сессии Рабочая группа решила, что это положение следует изменить путем добавления в него требования о том, чтобы банк бенефициара продемонстрировал элемент волеизъявления до того момента, когда банк бенефициара будет считаться акцептовавшим платежное поручение (A/CN.9/318, пункт 137). Однако требуемый элемент волеизъявления не был добавлен в текст на этой сессии. На девятнадцатой сессии Рабочей группы первоначальное положение подробно обсуждалось в контексте банка бенефициара (A/CN.9/328, пункты 45-49). В поддержку сохранения первоначального текста без включения в него какого-либо элемента волеизъявления было заявлено, что соглашения между банками о том, что банк-получатель будет исполнять платежные поручения по их получении даже в том случае, если средства на это еще не поступили, существуют как в рамках систем многосторонних чистых расчетов, так и двусторонних отношений между банками. Эти соглашения заключались с целью повышения надежности функционирования системы перевода средств. Обеспечиваемые этими договорными обязательствами правовые гарантии будут усилены, если считать, что банк-получатель акцептовал платежное поручение по его получении.

12. На заключительном этапе обсуждения на девятнадцатой сессии было решено оставить первоначальный текст без изменения применительно к банку бенефициара и распространить это правило на банки-получатели, которые не являются банком бенефициара (A/CN.9/328, пункты 32 и 49; см. также A/CN.9/329, пункт 126, где речь идет о внесении технической поправки).

Подпункт (c)

13. Пункт 2(c), предусматривающий, что банк-получатель может прямо акцептовать платежное поручение, был добавлен Рабочей группой на ее девятнадцатой сессии (A/CN.9/328, пункты 29-31). В ходе обсуждений были высказаны сомнения относительно вероятности того, что банк-получатель будет прямо акцептовать платежное поручение для последующего выполнения, однако была высказана мысль, что в случае крупного перевода средств банк можно запросить, готов ли он к осуществлению этой операции. Его согласие будет выступать в качестве прямого акцепта этого поручения.

Подпункт (d)

14. В пункте 2(d) предусматривается обычный способ, которым банк- получатель, не являющийся банком бенефициара, будет акцептовать полученное платежное поручение, т.е. путем направления своего собственного платежного поручения с целью исполнения полученного поручения. Если направляемое платежное поручение соответствует полученному платежному поручению, то принятие обязательств банком-получателем и исполнение важнейших обязательств в соответствии со статьей 6(2) происходят одновременно. Однако банк-получатель акцептует платежное поручение даже в том случае, когда он направляет свое собственное поручение не на ту сумму, не в тот банк или на кредитование счета не того бенефициара, в той мере, в которой направляемое платежное поручение предназначено для исполнения полученного платежного поручения. Если направляется такое ошибочное платежное поручение, принятие на себя обязательств и невыполнение этих обязательств происходят также одновременно.

15. Сопоставление со статьей 4A. В статье 4A-209 (a) предусматривается, что "банк-получатель, не являющийся банком бенефициара, акцептует платежное поручение, когда он исполняет поручение". Согласно статье 4A-301(a) такой банк-получатель исполняет поручение, "когда он выдает платежное поручение, направленное на исполнение платежного поручения, полученного этим банком". Это является единственным способом, с помощью которого такой банк-получатель может акцептовать платежное поручение. Если уведомление об отклонении не направляется "несмотря на наличие на дату исполнения отзывного положительного сальдо на санкционированном счете отправителя, достаточного для покрытия поручения", то в статье 4A-210(b) предусматривается, что банк обязан уплатить проценты отправителю на сумму поручения, однако такое ненаправление уведомления об отклонении не представляет собой акцепта поручения. В статье 4A-211(d) предусматривается, что "неакцептованное платежное поручение аннулируется в силу закона в момент завершения пятого рабочего дня, в течение которого банк-получатель осуществляет операции по переводу средств, после наступления даты исполнения или даты платежа по поручению". Если банк-получатель не акцептует платежное поручение, которое в силу ясно выраженного соглашения он обязан акцептовать, то в статье 4A-212 предусматривается, что он несет ответственность за нарушение соглашения.

Пункт 3

16. После восемнадцатой сессии Рабочей группы в тексте статьи 7(4) предусматривалось, что "уведомление о том, что платежное поручение не будет акцептовано, должно быть дано в день принятия этого решения, но не позднее того дня, в который банк-получатель должен был исполнить поручение" (A/CN.9/318, приложение). На девятнадцатой сессии редакционная группа перенесла правило относительно сроков представления уведомления банком-получателем, не являющимся банком бенефициара, в статью 5(1). В соответствии с решением Рабочей группы она исключила требование о необходимости представлять уведомление в день принятия решения (A/CN.9/328, пункт 86). На двадцатой сессии редакционная группа перенесла требование об обязательном направлении уведомления об отклонении в статью 5(3).

17. В пункте 3 в настоящее время предусматривается, что если банк-получатель не акцептует платежное поручение в соответствии с пунктом 2(b), (c) или (d), то он обязан уведомить об отклонении поручения, причем такое уведомление должно представляться не позднее даты исполнения. Если требуемое уведомление об отклонении не представляется, то в соответствии с подпунктом 2(a) банк-получатель акцептует данное платежное поручение. Данное положение следует толковать как требующее представления уведомления оперативными средствами, что обычно означает средства электросвязи.

18. Необходимость направлять уведомление об отклонении существует даже в том случае, если у отправителя не имеется счета в банке-получателе или он никогда ранее не осуществлял с этим банком каких-либо операций (A/CN.9/318, пункты 114-116; A/CN.9/329, пункт 118). Требования о том, чтобы в уведомлении проводились какие-либо причины отклонения платежного поручения, не установлено (A/CN.9/297, пункт 51).

19. Нет никакой необходимости в направлении уведомления об отклонении, если для идентификации отправителя не имеется достаточной информации (A/CN.9/329, пункт 117). Кроме того, в пункте 3, как представляется, предусматривается со ссылкой на пункт 2(a), что банк-получатель, который еще не получил платежа по платежному поручению, не обязан подавать уведомление об отклонении. Такой порядок противоречил бы решению, принятому на двадцатой сессии (A/CN.9/329, пункт 123). С тем чтобы избежать этой трудности, в своем сообщении секретариату, поданном после двадцать первой сессии, делегация Соединенного Королевства предложила исключить слова "за исключением случаев, предусмотренных в подпункте 2(a)" и добавить следующее предложение:

> "Когда банк-получатель не подает уведомления об отклонении в сроки, требуемые по настоящему пункту, но согласно подпункту 2(a) платежное поручение не акцептуется, поскольку банк-получатель не получил средств от отправителя, банк-получатель не обязан подавать уведомление о таком неакцепте, однако по-прежнему несет ответственность за первоначальное неиаправление уведомления".

20. После восемнадцатой сессии Рабочей группы в тексте статьи 5(1) говорилось о том, что обязательство банка-получателя уведомлять отправителя о своем решении не исполнять его платежное поручение существует в том случае, если отправитель и банк-получатель не договорились об ином. Хотя редакционная группа исключила эти слова из нынешнего текста, это не говорит о том, что Рабочая группа изменила свои принципы. На двадцатой сессии Рабочая группа приняла к сведению вышеизложенное замечание, которое первоначально излагалось в комментарии 9 к статье 5 в документе A/CN.9/WG.IV/WP.44 (A/CN.9/329, пункт 124). На двадцать первой сессии Рабочая группа приняла статью 16, в которой сторонам предоставляется право изменять любые положения типового закона, если в самом положении прямо не установлено иного.

21. Сопоставление со статьей 4A. Как указано в комментарии 15, хотя согласно статье 4A представления уведомления об отклонении не требуется, статья 4A-210(b) обязывает банк-получатель оплатить отправителю проценты, если банк не исполняет поручения или не направляет уведомления об отклонении, "несмотря на наличие на дату исполнения отзывного положительного сальдо на санкционированном счете отправителя, достаточного для покрытия поручения". Хотя это положение применяется независимо от того, является ли отправитель банком, представляется, что оно предназначено для применения в первую очередь в том случае, когда отправитель представляет собой перевододателя, не являющегося банком. Никакого правила для случаев, когда банк-получатель получил платеж каким-либо иным образом, однако не исполняет поручения или не подает уведомления об отклонении, не устанавливается.

Статья 6. Обязанности банка-получателя, не являющегося банком бенефициара

1) Положения настоящей статьи применяются к банку-получателю, не являющемуся банком бенефициара.

2) Банк-получатель, который акцептует платежное поручение, обязан в соответствии с этим платежным поручением в сроки, обусловленные статьей 9, выдать банку бенефициара или надлежащему банку-посреднику платежное поручение, которое соответствует содержанию платежного поручения, полученного банком-получателем, и которое содержит инструкции, необходимые для осуществления перевода кредита надлежащим образом.

3) Когда получено платежное поручение, содержащее информацию, которая указывает на то, что оно направлено не по адресу, и содержит достаточные сведения для идентификации отправителя, банк-получатель уведомляет отправителя об ошибочном адресовании в сроки, обусловленные статьей 9.

4) Когда инструкция не содержит достаточной информации, чтобы считаться платежным поручением, или, являясь таковым, не может быть исполнена по причине недостаточности информации, но при этом отправитель может быть идентифицирован, банк-получатель уведомляет отправителя о такой недостаточности в сроки, обусловленные статьей 9.

5) Если в платежном поручении между словами и цифрами, которые обозначают сумму денег, имеется расхождение, банк-получатель в сроки, обусловленные статьей 9, уведомляет отправителя об этом расхождении, если отправитель может быть идентифицирован. Этот пункт не применяется, если отправитель и банк не договорились о том, что банк будет полагаться либо на слова, либо на цифры, в зависимости от договоренности.

6) Банк-получатель не обязан выполнять инструкцию отправителя, оговаривающую банк-посредник, систему перевода средств или способ передачи, которые должны быть использованы для осуществления перевода кредита, если банк-получатель добросовестно установит, что эта инструкция невыполнима или что выполнение этой инструкции будет сопряжено с чрезмерными затратами или задержкой в завершении перевода кредита. Банк-получатель действует в сроки, обусловленные статьей 9, если в сроки, установленные этой статьей, он запрашивает отправителя в отношении дальнейших действий, которые ему следует предпринять с учетом этих обстоятельств.

7) Для целей настоящей статьи отделения одного банка, даже если они находятся в одном государстве, являются отдельными банками.

Предыдущее обсуждение

A/CN.9/317, пункты 62-67 и 88
A/CN.9/318, пункты 60-69, 121, 122 и 144-154
A/CN.9/328, пункты 17-20 и 75
A/CN.9/329, пункты 128-141

Комментарии

Пункт 2

1. Пункт 2 является прежним пунктом 4, и его редакция в основном была подготовлена на восемнадцатой сессии в качестве статьи 5(3)(a) (A/CN.9/318, пункты 152 и 154) и изменена редакционной группой на девятнадцатой сессии. В данном пункте говорится об основном обязательстве не являющегося банком бенефициара банка-получателя, который акцептовал платежное поручение, т.е. обязательстве направить свое собственное поручение надлежащему банку в надлежащие сроки. В большинстве случаев, когда банк-получатель будет нести ответственность перед своим отправителем, он будет нести ответственность за невыполнение требований настоящего пункта. Когда банк-получатель направляет свое собственное платежное поручение своему банку-получателю, он становится отправителем и берет на себя обязательства отправителя в соответствии со статьей 4.

2. Сопоставление со статьей 4A. Статья 4A-302(a)(1) в основном аналогична по своему содержанию.

Пункт 3

3. Пункт 3 основывается на пункте 2, который был подготовлен на девятнадцатой сессии (A/CN.9/328, приложение) и который, в свою очередь, основывался на первом предложении статьи 5(1 бис), принятой на восемнадцатой сессии (A/CN.9/318, приложение).

4. Рабочая группа на своей восемнадцатой сессии, приняла решение, что банк- получатель обязан уведомить отправителя в том случае, когда из полученного платежного поручения следует, что оно направлено не по адресу. Введение такого обязательства будет способствовать обеспечению надлежащего функционирования системы перевода средств (A/CN.9/318, пункт 122). Это обязательство применяется независимо от того, имели ли отправитель и банк- получатель ранее установленные отношения, акцептовал ли банк-получатель платежное поручение и установил ли банк тот факт, что платежное поручение было направлено не по адресу (см. A/CN.9/328, пункт 18).

5. В связи с высказанной на девятнадцатой сессии озабоченностью по поводу того, что банк может не суметь выполнить свое обязательство, даже если он будет стремиться к этому, пункт 3 был изменен с целью предусмотреть обязательство для банка-получателя уведомлять отправителя только в том случае, если платежное поручение "содержит достаточную информацию для установления личности и адреса отправителя" (A/CN.9/328, пункт 20). Слова "и адреса" были исключены на двадцатой сессии (A/CN.9/329, приложение).

6. Пункт 3 был сохранен на двадцатой сессии, несмотря на возражение, что на банк-получатель возлагается чрезмерное бремя, особенно когда ошибка допущена по вине отправителя (A/CN.9/329, пункты 129-131). Было, в частности, отмечено, что при использовании современных средств передачи платежных поручений для указания адреса платежного поручения главным образом используется цифровой код банка, а не его название.

7. В сообщении, которое было представлено секретариату после двадцатой сессии, делегация Соединенного Королевства отметила, что существующая формулировка, как представляется, не соответствует провозглашенному на двадцатой сессии принципу, что в типовом законе не следует устанавливать обязательства по выявлению ошибочного адресования, а целесообразно вместо этого потребовать представления уведомления в том случае, если ошибочное адресование обнаружено (A/CN.9/329, пункт 130). Для осуществления вышеизложенного принципа она предложила следующую формулировку:

"3) банк-получатель, который обнаруживает, что платежное поручение содержит информацию, свидетельствующую о том, что оно было ошибочно адресовано, направляет уведомление отправителю, если платежное поручение содержит достаточную информацию для идентификации отправителя, в течение срока, предусмотренного в статье 9".

8. В соответствии с предложенным ею положением, представленным секретариату после двадцать первой сессии в связи с установлением процедуры, предназначенной для обнаружения ошибок, делегация Соединенного Королевства предложила добавить к своему предыдущему предложению следующую формулировку:

"Если банк-получатель согласился с отправителем о том, что в отношении платежного поручения будет применяться процедура для обнаружения того, не было ли ошибочно адресовано, и отправитель выполняет эту процедуру, банк считается обнаружившим любую такую ошибку в адресовании, как если бы он ее действительно обнаружил, если бы также выполнил эту процедуру".

9. Делегация Соединенного Королевства отметила далее, что, если платежное поручение было получено за определенный срок до наступления даты исполнения, факт ошибочного адресования может быть не обнаружен в момент его получения. Она предложила поправку к статье 9(2) (см. комментарий 10 к статье 9), которая гласит следующее:

"Уведомление, которое должно направляться в соответствии со статьей 6(3), направляется до конца следующего рабочего дня после дня обнаружения".

10. Делегация Соединенного Королевства предложила далее обеспечить возможность для достижения договоренности об освобождении от обязательств, налагаемых в соответствии с пунктом 3. Она отметила, что в соглашениях между банками часто предусматривается, что банк может полагаться на определенные реквизиты платежного поручения; банки договариваются о том, что уведомление не требуется даже в том случае, когда обнаруженное несоответствие свидетельствует о том, что платежное поручение, возможно, было ошибочно адресовано. Отправитель фактически соглашается нести соответствующий риск. Этот пункт было предложено дополнить следующей формулировкой:

"Настоящий пункт не применяется, если отправитель и банк-получатель договорились о том, что банк будет полагаться лишь на определенные реквизиты платежного поручения".

11. Можно отметить, что согласно предлагаемому тексту предоставляемая свобода договора будет не столь широкой, как в соответствии со статьей 16 - положением, которого не существовало в момент направления предложения Соединенного Королевства в секретариат.

12. Сопоставление со статьей 4А. В статье 4А-208(4) предусматривается, что "если банку-получателю известно, что название и цифровое обозначение относятся к различным лицам" (в данном контексте лицо означает банк-посредник или банк бенефициара), то использование либо наименования, либо обозначения будет представлять собой нарушение обязательств банка. Это положение устанавливает более определенный порядок, чем типовой закон, поскольку позволяет банку-получателю полагаться лишь на цифровое обозначение при идентификации другого банка.

Пункт 4

13. Пункт 4 был добавлен на двадцатой сессии (A/CN.9/329, пункт 132) для того, чтобы учесть ситуацию, которая не подпадает под действие уже существующих положений, требующих представления уведомления после получения сообщения, которое предназначается в качестве платежного поручения, но не может быть исполнено как таковое.

14. В сообщении секретариату, которое было направлено после двадцатой сессии, делегация Соединенного Королевства отмечает, что данное положение в представленной редакции создает две трудности. Во-первых, типовой закон применяется лишь в том случае, если имеется платежное поручение. Из этого логически вытекает, что он не может применяться в отношении сообщений, которые не удовлетворяют определению платежного поручения. Во-вторых - и это представляется

более важным - было отмечено, что данное положение носит слишком общий характер, поскольку оно распространяется на любую инструкцию, независимо от того, желает ли банк-получатель, чтобы это положение применялось. Была предложена следующая формулировка:

"4) Если получена инструкция, которая предназначалась в качестве платежного поручения, однако не содержит достаточной информации для того, чтобы быть платежным поручением, или же, являясь платежным поручением, не может быть исполнена из-за недостатка данных, однако отправитель может быть идентифицирован, банк-получатель направляет уведомление отправителю относительно такой недостаточности в течение срока, предусмотренного в статье 9".

15. Сопоставление со статьей 4А. В статье 4А не содержится никакого эквивалентного положения, однако эти же результаты могут в ряде случаев быть получены при использовании статьи 4А-208(b).

Пункт 5

16. Пункт 5, принятый на двадцатой сессии (A/CN.9/329, приложение), по существу аналогичен принятому на девятнадцатой сессии пункту 3 (A/CN.9/328, приложение), который в свою очередь идентичен статье 3(1), принятой на восемнадцатой сессии (A/CN.9/318, пункты 60-69). Если существуют расхождения между словами и цифрами, которые обозначают сумму денег, то банк-получатель обязан уведомить отправителя об этом расхождении. Обязательство уведомить существует независимо от того, акцептовал ли банк-получатель платежное поручение. Если банк-получатель не направляет требуемого уведомления и действует на основе неправильной суммы, то он несет ответственность за все последствия даже в том случае, если он не был осведомлен о таком расхождении.

17. На двадцатой сессии были высказаны доводы в пользу положения, предусматривающего, что в случае расхождений следует применять традиционное банковское правило, в соответствии с которым предпочтение отдается словам, а не цифрам (A/CN.9/329, пункты 133-135). В то же время были приведены доводы в пользу противоположного правила, в соответствии с которым в отношении современных электронных средств передачи платежных поручений, при которых такие поручения обрабатываются в цифровой форме, предпочтение следует отдавать цифрам, а не словам. Оба предложения были отклонены на том основании, что это положение в его существующем виде представляет собой компромисс и если банк обрабатывает платежные поручения лишь в цифровой форме, то он может договориться об этом со своими клиентами.

18. Данная норма выражена в общем виде, с тем чтобы ее можно было применять в отношении платежных поручений, направляемых любым отправителем в любой банк-получатель. Тем не менее Рабочая группа надеялась, что пункт 5 будет фактически применяться только в отношениях между перевододателем и банком перевододателя, поскольку в межбанковских платежных поручениях при электронном переводе средств сумма перевода выражается лишь в цифрах (A/CN.9/318, пункты 61 и 63).

19. На двадцатой сессии было высказано мнение о том, что этот пункт носит чрезмерно ограничительный характер, поскольку соответствующая сумма может быть не только указана в открытом тексте цифрами, но также являться частью кода, в результате чего может возникнуть расхождение между двумя наборами цифр (A/CN.9/329, пункт 134). Было предложено сделать ссылку лишь на расхождение в сумме, не указывая при этом, каким образом такое расхождение может возникнуть. На двадцатой сессии это предложение не было реализовано редакционной группой.

20. Сопоставление со статьей 4А. В статье 4А эквивалентного положения не имеется. В ряде случаев может применяться статья 4А-205, которая регулирует процедуру безопасности, используемую для обнаружения ошибок.

Пункт 6

21. Хотя банк-получатель, как правило, обязан выполнять любые содержащиеся в платежном поручении инструкции, оговаривающие банк-посредник, систему перевода средств или способ передачи, может случиться так, что эта инструкция будет невыполнимой или что ее выполнение приведет к чрезмерным расходам или задержке в осуществлении перевода (A/CN.9/328, пункт 75). Настоящий пункт предоставляет банку-получателю возможность принять такое решение, если он действует добросовестно (см. другие предложения в документа A/CN.9/329, пункт 139).

22. В качестве альтернативы банк-получатель может запросить у отправителя информацию в отношении дальнейших действий, однако он должен сделать это в течение срока, установленного в статье 9. В сообщении, полученном секретариатом после двадцатой сессии Рабочей группы, делегация Соединенного Королевства отметила, что во втором предложении четко не указывается, что банк-получатель не нарушит статью 9, если он направит запрос отправителю в сроки, установленные в статье 9. Делегация Соединенного Королевства предложила следующую формулировку второго предложения:

"Банк-получатель, который обязан предпринять сооответствующие действия в сроки, установленные в статье 9, считается выполнившим данное обязательство, если в течение такого срока он запрашивает отправителя в отношении дальнейших действий, которые ему следует предпринять с учетом сложившихся обстоятельств".

23. Сопоставление со статьей 4А. В статье 4А-302(b) содержится по существу та же норма, что и в пункте 6, за тем исключением, что банк-получатель не может выбирать другой банк-посредник, чем тот, который указан в полученном платежном поручении.

Статья 7. Акцепт или отклонение платежного поручения банком бенефициара

1) Банк бенефициара акцептует платежное поручение в ближайший из нижеуказанных моментов времени:

a) когда истек срок, в течение которого должно было быть направлено требуемое уведомление об отклонении, но такое уведомление не было направлено, при условии, что акцепта не происходит до получения банком бенефициара платежа от отправителя в соответствии со статьей 4(4),

b) когда банк получает платежное поручение, при условии, что отправитель и банк согласились, что банк будет исполнять платежные поручения от отправителя по их получении,

c) когда он уведомляет отправителя об акцепте,

d) когда банк кредитует счет бенефициара или каким-либо иным образом передает средства в распоряжение бенефициара,

e) когда банк уведомляет бенефициара о том, что тот имеет право снять средства или использовать кредит,

f) когда банк использует кредит каким-либо иным образом в соответствии с инструкцией, содержащейся в платежном поручении,

g) когда банк использует кредит для покрытия долга бенефициара банку или использует его в соответствии с постановлением суда.

2) Банк бенефициара, который не акцептует платежного поручения отправителя, за исключением случаев, предусмотренных в подпункте 1(a), обязан уведомить отправителя об отклонении, помимо случаев, когда имеющейся информации недостаточно для идентификации отправителя. Уведомление об отклонении платежного поручения должно представляться не позднее даты исполнения.

Предыдущее обсуждение

A/CN.9/297, пункты 46-51
A/CN.9/317, пункты 80-84
A/CN.9/318, пункты 110-120 и 135-143
A/CN.9/WG.IV/WP.42, пункты 32-42 и 59-65
A/CN.9/328, пункты 44-51, 59 и 60
A/CN.9/329, пункты 142-147
A/CN.9/341, пункт 53

Ошибка в тексте документа A/CN.9/341, приложение

В подпункте 1(a), как он изложен в документе A/CN.9/341, приложение, использованы слова "банком-получателем", а не "банком-бенефициара", как в настоящем тексте.

Комментарии

1. В результате изменения структуры проекта типового закона редакционной группой на девятнадцатой сессии Рабочей группы положения об акцепте или отклонении платежного поручения банком бенефициара были объединены в одной статье, отдельно от статьи, содержащей аналогичные положения в отношении банка-получателя, не являющегося банком бенефициара. Изменения, внесенные в статью 5 на двадцатой сессии, были также сделаны в статье 7. В связи с этим большинство этих положений совпадает за исключением самого наименования банка, и комментарии к статье 5, касающиеся использования концепции акцепта, и к пунктам 2(a), (b), (c) и 3 применимы к статье 7(1)(a), (b), (c) и 7(2).

2. Пункт 1(c), (d), (e), (f) и (g) касается различных форм волеизъявления со стороны банка бенефициара, направленных на акцепт полученного им платежного поручения. Подпункты (d)-(g) перенесены из статьи 6(2), принятой на восемнадцатой сессии (A/CN.9/318, приложение). На двадцатой сессии было внесено предложение о том, что подпункты (d)-(g) можно заменить формулировкой "когда банк бенефициара предоставляет средства в распоряжение бенефициара", однако это предложение не было принято (A/CN.9/329, пункты 143 и 147).

3. На девятнадцатой сессии Рабочая группа исключила из нынешнего пункта 1(d) слова, которые были заключены в квадратные скобки "[не оставляя за собой права аннулировать кредит в случае отсутствия покрытия]" (A.CN.9/328, пункт 49). В этих словах признавалась принятая в ряде стран практика, разрешающая банку-получателю, включая банк бенефициара, представлять кредитуемой стороне предварительный кредит в ожидании получения покрытия от банка-отправителя. (Ср. последнее предложение комментария 7).

4. В ходе обсуждения на девятнадцатой сессии было признано, что предоставление предварительного кредита кредитуемой стороне имеет то преимущество, что это ускоряет обработку переводов кредита в абсолютном большинстве случаев, когда покрытие обеспечивается в должное время. Поскольку от банка-получателя никогда не требуется предоставлять предварительный кредит в силу закона, он будет предоставлять его только в тех случаях, когда он пришел к заключению, что вероятность получения покрытия очень велика или что, если покрытие не поступит, он сможет востребовать предварительный кредит с кредитуемой стороны. Подобное решение об открытии кредита может быть отражено в соглашении с кредитуемой стороной о предоставлении ей такого предварительного кредита. По условиям такого соглашения банк-получатель всегда будет иметь право пересмотреть свое решение о предоставлении предварительного кредита, хотя, возможно, обязан будет заблаговременно направить уведомление о своем решении прекратить эту практику.

5. В ходе обсуждения на девятнадцатой сессии было отмечено также, что возможность отзыва предварительного кредита вводит в систему перевода средств элемент нестабильности, что отражается не только на кредитуемой стороне, но и в особых случаях может поставить под угрозу функционирование всей системы. В этой связи Рабочая группа пришла к выводу, что нежелательно допускать, чтобы банк-получатель, включая банк бенефициара, мог аннулировать кредит (A/CN.9/328, пункты 59 и 60).

6. В связи с этим в ходе обсуждения на девятнадцатой сессии Рабочая группа предварительно обсудила вопрос о целесообразности включения в проект типового закона положения о чистых расчетах (A/CN.9/328, пункты 61-65). Обсуждение вопроса о чистых расчетах и о влиянии, которое этот вопрос может оказать на типовой закон, см. комментарий 34-44 к статье 4.

Сопоставление со статьей 4A.

7. В статье 4A-209 проводится более широкое, чем в типовом законе, различие между событиями, ведущими к акцепту платежного поручения банком бенефициара, и событиями, ведущими к акцепту поручения каким-либо другим банком-получателем. Статья 4A-209(b)(1) по сути эквивалентна подпунктам (c)-(g) настоящей статьи. Статья 4A-209(b)(2) и (3) основывает акцепт платежного поручения на моменте, когда банк бенефициара получает платеж за поручение, т.е. когда происходит зачисление кредита на его счет в Федеральном резервном банке, когда он получает расчет через систему перевода средств (например, ЧИПС) или в момент "начала следующего рабочего дня этого банка, в течение которого осуществляются операции по переводу средств, после наступления даты платежа по поручению, если на это время сумма поручения отправителя полностью покрыта отзывным положительным сальдо на санкционированном счете отправителя или банк каким-либо иным образом получил полностью платеж от отправителя, за исключением ...". Оговорка, начинающаяся со слов "за исключением", создает возможность отклонения платежного поручения банком бенефициара. Отклонение платежного поручения банком бенефициара невозможно в случае, когда банк получает поручение через систему ФЕДВАЙЕР. В

случае системы ЧИПС, а также в той мере, в которой применяется статья 4А, банк бенефициара может отклонить платежное поручение до того момента, пока он не акцептовал это поручение одним из описанных выше способов. Согласно статье 4А-405(d) и (e) банк бенефициара может отозвать свой акцепт платежного поручения, если система чистых расчетов не дает возможности завершить расчеты.

Статья 8. Обязанности банка бенефициара

1) Банк бенефициара обязан после акцепта полученного платежного поручения предоставить средства в распоряжение бенефициара в соответствии с платежным поручением и применимым правом, регулирующим отношения между банком и бенефициаром.

2) Когда получено платежное поручение, которое содержит информацию, указывающую на то, что оно направлено не по адресу, и содержит достаточные сведения для идентификации отправителя, банк бенефициара уведомляет отправителя об ошибочном адресовании в сроки, обусловленные статьей 9.

3) Когда инструкция не содержит достаточной информации, чтобы считаться платежным поручением, или, являясь таковым, не может быть исполнена по причине недостаточности информации, но при этом отправитель может быть идентифицирован, банк бенефициара уведомляет отправителя о такой недостаточности в сроки, обусловленные статьей 9.

4) Если в платежном поручении между словами и цифрами, которые обозначают сумму денег, имеется расхождение, банк бенефициара в сроки, обусловленные статьей 9, уведомляет отправителя об этом расхождении, если отправитель может быть идентифицирован. Этот пункт не применяется, если отправитель и банк договорились о том, что банк будет полагаться либо на слова, либо на цифры, в зависимости от договоренности.

5) Когда бенефициар обозначен и словами, и цифрами и предполагаемого бенефициара невозможно установить с разумной определенностью, банк бенефициара в сроки, обусловленные статьей 9, уведомляет своего отправителя и банк перевододателя, если они могут быть идентифицированы.

6) Банк бенефициара в дату исполнения уведомляет бенефициара, который не имеет счета в этом банке, о том, что в распоряжении этого банка имеются предназначенные для него средства, если банк располагает достаточной информацией для направления такого уведомления.

Предыдущее обсуждение

A/CN.9/317, пункты 62-67 и 89-92
A/CN.9/318, пункты 64, 66 и 156-159
A/CN.9/328, пункты 17-20
A/CN.9/329, пункты 148-167

Комментарии

Пункт 1

1. На своих девятнадцатой и двадцатой сессиях Рабочая группа обсудила вопрос о том, в какой степени типовой закон должен затрагивать взаимоотношения между бенефициаром и банком бенефициара (A/CN.9/328, пункты 37-43; A/CN.9/329, пункты 151-159; см. A/CN.9/WG.IV/WP.42, пункты 58-68). В основном обсуждения на девятнадцатой сессии касались того, насколько типовой закон должен регулировать гражданско-правовые последствия перевода кредита, о которых говорится в нынешней статье 14, однако в целом обсуждения имели отношение к вопросу о том, следует ли включать в типовой закон правила, касающиеся обязательства банка бенефициара перед бенефициаром в отношении перевода кредита. По завершении обсуждения на девятнадцатой сессии Рабочая группа постановила отложить принятие какого-либо решения по этому вопросу до тех пор, пока она не обсудит вопрос, связанный с моментом акцепта. Рабочая группа вернулась к рассмотрению данного вопроса на своей двадцатой сессии, на которой и был принят нынешний текст.

2. В пункте 1 предусматривается лишь то, что средства должны быть переданы в распоряжение бенефициара в соответствии с платежным поручением и применимым правом, регулирующим взаимоотношения между банком и бенефициаром. Данный пункт прежде всего служит напоминанием о том, что конечная цель перевода кредита состоит в передаче средств в распоряжение бенефициара.

3. На двадцатой сессии было отклонено предложение о включении более подробного положения, касающегося обязательств банка бенефициара перед бенефициаром (A/CN.9/329, пункты 151-153). Ограниченный подход, использованный в пункте 1, соответствует общему принципу, в соответствии с которым типовой закон должен устанавливать права и обязательства сторон до момента акцепта банком бенефициара платежного поручения. В то же время типовой закон не должен вторгаться в сферу расчетных взаимоотношений между бенефициаром и банком бенефициара, включая такие вопросы, непосредственно связанные с переводом кредита, как вопросы о том, должен ли банк уведомлять бенефициара о получении кредита (A/CN.9/329, пункты 165 и 166; о требовании в отношении уведомления при отсутствии расчетных взаимоотношений см. комментарии 15 и 16).

4. Уведомление бенефициара банком бенефициара о том, что он имеет право снять средства или использовать кредит (или же предпринять любые другие действия, предусмотренные в статье 7(1)(c)-(g), будет представлять собой акцепт платежного поручения, если такое платежное поручение уже не было акцептовано каким-либо другим способом. В этом отношении типовой закон придает такому уведомлению юридическое значение в дополнение к любому другому юридическому значению, которое оно может иметь в соответствии с другими применимыми нормами права. Тем не менее в типовом законе предусматривается, что определение обстоятельств, при которых может потребоваться уведомление, осуществляется в соответствии с такими другими применимыми нормами права.

5. Сопоставление со статьей 4A: В статье 4A-404 оговаривается обязательство банка бенефициара уплатить бенефициару сумму акцептованного им поручения. Если Соединенные Штаты Америки примут типовой закон, то применимым правом, на которое содержится ссылка в статье 8(1), будет статья 4A-404.

Пункты 2, 3 и 4

6. В результате изменений в структуре текста, которые были внесены редакционной группой на девятнадцатой и двадцатой сессиях Рабочей группы, пункты 2, 3 и 4 статьи 8 стали дублировать пункты 3, 4 и 5 статьи 6 с соответствующими изменениями названий банков. Поэтому комментарии к этим пунктам, включая ссылки на статью 4A, могут быть отнесены и к соответствующим пунктам статьи 8.

Пункт 5

7. Пункт 5 применяется только к такому полученному банком бенефициара платежному поручению, в котором имеется расхождение между словесным и цифровым обозначениями бенефициара. Нельзя ожидать, что какой-либо банк, стоящий в цепочке до банка бенефициара, может иметь информацию, позволяющую определить наличие такого расхождения.

8. Любое решение предусматриваемого случая сопряжено со значительными трудностями. Хотя расхождение в обозначении бенефициара может быть результатом ошибки, вместе с тем оно может также быть указанием на мошенничество. Чтобы исключить возможность кредитования ошибочного счета, Рабочая группа решила, что перевод средств следует приостановить и что банк бенефициара должен уведомить своего отправителя, а также банк перевододателя, если они указаны в платежном поручении, об имеющемся расхождении (A/CN.9/318, пункт 64).

9. Чтобы сократить до минимума время, в течение которого перевод приостанавливается, уведомления отправителю и банку перевододателя должны быть направлены в срок, предусмотренный в статье 9(2), т.е. в день получения платежного поручения, при условии соблюдения статьи 9(3) и (4). Предусматривается, что в рамках разумного срока банк бенефициара получит дальнейшие инструкции, содержащие надлежащее обозначение бенефициара, или указание на то, что перевод является поддельным.

10. В сообщении, направленном секретариату после двадцатой сессии, делегация Сединенного Королевства предложила разрешить банкам снимать с себя в договорном порядке обязательства в отношении уведомления в соответствии с пунктом 5 за счет включения следующей формулировки:

> "Настоящий пункт не применяется, если отправитель и банк договорились о том, что банк будет полагаться либо на слова, либо на цифры".

11. Согласно предлагаемому тексту предоставляемая свобода договора будет не столь широкой, как в соответствии со статьей 16 - положением, которого не существовало в момент направления предложения Соединенного Королевства в секретариат.

12. Делегация Соединенного Королевства отметила также, что пункт 5 является единственным положением об уведомлении, которое требует представления уведомлений непосредственно банку перевододателя. Если необходимость такого требования обусловлена тем, что расхождение в методах идентификации бенефициара является наиболее показательным свидетельством подлога, то такое требование, по мнению этой делегации, можно было бы включить в другие положения об уведомлениях и в частности, в статью 8(4). Кроме того, делегация Соединенного Королевства отметила, что в любом случае представляется целесообразным уведомлять банк перевододателя в том случае, если не удается идентифицировать отправителя.

13. Делегация Соединенного Королевства отметила также, что, по-видимому, существует определенное дублирование в положениях пунктов 3 и 5 и что эти пункты можно было бы усовершенствовать.

14. Сопоставление со статьей 4А. Статья 4А-207 регулирует проблемы, охватываемые статьей 8(5). Это положение является слишком сложным для того, чтобы его можно было адекватным образом резюмировать в настоящем документе, однако, если говорить в целом, то банку бенефициара разрешается полагаться лишь на цифры.

Пункт 6

15. Всякая обязанность по уведомлению бенефициара, имеющего счет в банке бенефициара, может определяться соглашением между ними или правом, применимым к взаимоотношениям держателя счета с банком. Хотя отправитель может быть заинтересован в том, чтобы банк бенефициара уведомлял бенефициара о наличии кредита, такая заинтересованность в типовом законе не признается (A/CN.9/329, пункт 165).

16. Тем не менее в праве, применимом к взаимоотношениям держателя счета и банка, по-видимому, не существует каких-либо норм, касающихся обязательства банка бенефициара уведомлять бенефициара, который не имеет счета в данном банке, о наличии средств. Такая обязанность устанавливается в пункте 6, однако этот пункт действует лишь в том случае, если банк бенефициара акцептовал платежное поручение и если банк располагает достаточной информацией для представления такого уведомления (A/CN.9/329, пункты 165 и 166). Вопреки правилу, изложенному в статье 9(2) в отношении сроков представления других необходимых уведомлений, предусматриваемое в данном пункте уведомление должно быть представлено в дату исполнения (A/CN.9/329, пункт 172; ср. требование относительно уведомления в статьях 5(3) и 7(2), т.е. "не позднее даты исполнения").

17. Сопоставление со статьей 4А. Статья 4А-404(b) предусматривает, что уведомление о получении платежного поручения, содержащего инструкцию о платеже на счет бенефициара, должно направляться к полуночи следующего дня, однако что, "если платежное поручение не содержит инструкции о платеже на счет бенефициара, банк должен уведомить бенефициара, только если требование о таком уведомлении содержится в поручении". В обоих случаях обязанность направлять уведомление может изменяться на основании соглашения с бенефициаром или на основании норм системы перевода средств, которая используется при переводе.

Право бенефициара отклонить перевод кредита

18. На двадцатой сессии Рабочая группа постановила, что в типовом законе в принципе должно предусматриваться право бенефициара отклонять перевод кредита (A/CN.9/329, пункт 164). Одному из участников было предложено подготовить текст, в котором рассматривался бы вопрос о сроке, в течение которого бенефициару будет разрешено совершать соответствующие действия, и об издержках, связанных с любым переводом кредита при возврате средств. Хотя этот участник не представил официального предложения, следующее положение, предлагаемое для рассмотрения Рабочей группой, исходит из представленного им неофициального проекта:

> "Бенефициар имеет право отклонить перевод кредита [даже несмотря на то, что банк бенефициара акцептовал платежное поручение, и даже несмотря на то, что перевод был сделан на надлежащий счет бенефициара] путем направления уведомления банку бенефициара до завершения рабочего дня после дня акцепта банком платежного поручения, если
>
> a) банк бенефициара не использовал кредит в соответствии с пунктами 1(f) или (g),
>
> b) банк бенефициара не использовал кредит для покрытия обязательства этого бенефициара перед банком,

c) в случае, если бенефициар отклоняет перевод, на счету имеется положительное сальдо в сумме, по меньшей мере равной сумме перевода и

d) не имеется препятствий к тому, чтобы банк бенефициара по причине неплатежеспособности или иной причине возместил сумму перевода его отправителю".

19. Отклонение должно осуществляться бенефициаром как можно скорее, с тем чтобы сократить риск для перевододателя. Началом срока, в течение которого бенефициар может иметь право отклонить перевод, может быть момент, когда банк бенефициара акцептует платежное поручение, когда банк бенефициара кредитует счет бенефициара или иным образом использует кредит или когда бенефициар получает уведомление о переводе. Хотя с точки зрения бенефициара наиболее логично было бы использовать момент, когда он получает уведомление о переводе, типовой закон не устанавливает требования о направлении уведомления, а банковские право и практика по вопросу о том, когда может направляться уведомление, или даже о собственно его направлении в значительной степени различаются. В предложении предусматривается, что отклонение должно осуществляться на конец рабочего дня после дня акцепта платежного поручения банком бенефициара. Это весьма длительный срок с точки зрения высокоскоростных переводов кредита на крупные суммы, однако трудно принять решение о том, какой более короткий срок был бы уместным.

20. В предложении для права бенефициара отклонять платежное поручение устанавливаются некоторые ограничения. Кредит не должен быть уже использован для конкретных целей. Кредит по-прежнему должен существовать в том смысле, что на счету должно быть достаточное положительное сальдо. Возможно такое положение, при котором в момент отклонения платежного поручения на счету существует достаточное положительное сальдо, хотя ранее его не существовало, поскольку за соответствующее время этот счет был кредитован на другие суммы. За исключением случаев, когда кредит был использован на конкретные цели, в предложении не предпринимается попытки проконтролировать путь прохождения кредита на основе "первая сумма на приход - первая в расход" или какой-либо иной подобной основе. Кредит должен по-прежнему существовать в том смысле, что банк бенефициара должен иметь возможность возместить сумму перевода отправителю. У бенефициара не должно быть возможности накладывать на перевододателя риск того, что банк бенефициара станет неплатежеспособным после того, как он акцептует платежное поручение на имя бенефициара, или что начало военных действий или возникновение аналогичных событий сократят стоимость кредита на счету бенефициара.

21. Согласно статье 11(b) банк бенефициара, так же как и все банки-получатели в цепочке неосуществленного перевода кредита, будет обязан возместить отправителю средства, полученные от него.

22. Сопоставление со статьей 4А. В статье 4А не содержится положения, позволяющего бенефициару отклонить платежное поручение путем направления уведомления банку бенефициара. Ср. статью 4А-406(b) по вопросу о праве бенефициара отказаться от платежа перевододателя, когда платеж осуществлен с помощью средств, запрещенных договором с бенефициаром в отношении конкретного обязательства.

Обязательство предоставить средства в дату платежа

23. На двадцатой сессии Рабочая группа рассмотрела, но не решила вопрос о том, следует ли устанавливать обязательство банка бенефициара либо перед его отправителем, либо перед перевододателем в отношении предоставления средств на дату платежа, указанную в платежном поручении (A/CN.9/329, пункт 167).

Статья 9. Срок исполнения банком-получателем платежного поручения и направления уведомлений

1) Банк-получатель обязан исполнить платежное поручение в день его получения, за исключением случаев, когда:

a) в поручении указана более поздняя дата, и в этом случае поручение исполняется в эту дату, или

b) в поручении указывается дата платежа и из этой даты следует, что исполнение целесообразно перенести на более поздний срок, с тем чтобы банк бенефициара акцептовал платежное поручение и предоставил средства в распоряжение бенефициара в дату платежа.

2) Уведомление, которое должно направляться в соответствии со статьей 6(3), (4) или (5) или статьей 8(2), (3), (4) или (5), направляется в день получения платежного поручения.

3) Банк-получатель, который получает платежное поручение после установленного этим банком-получателем предельного срока для исполнения платежных поручений данного вида, имеет право считать это поручение полученным на следующий день, когда банк исполняет платежные поручения такого вида.

4) Если банк-получатель обязан принять какие-либо меры в тот день, когда он не открыт для исполнения платежных поручений соответствующего вида, он должен принять требуемые меры на следующий день, когда он исполняет платежные поручения данного вида.

5) Для целей настоящей статьи отделения банка, даже если они находятся в одном государстве, являются отдельными банками.

Предыдущее обсуждение

A/CN.9/297, пункты 65-68
A/CN.9/317, пункты 94-107
A/CN.9/328, пункты 76-91
A/CN.9/329, пункты 168-183

Комментарии

1. После того, как на девятнадцатой сессии Рабочей группы был обсужден проект бывшей статьи 7, который был подготовлен секретариатом для восемнадцатой сессии, небольшая редакционная группа подготовила новый проект (A/CN.9/328, пункт 88). После обсуждения данного проекта в конце девятнадцатой сессии эта небольшая группа еще раз рассмотрела проект статьи для обсуждения на двадцатой сессии с учетом изменения структуры проекта типового закона, осуществляемого редакционной группой (A/CN.9/328, пункты 89-91). На двадцатой сессии статья 9 была вновь пересмотрена.

Цель пункта 1

2. Цель пункта 1 заключается в том, чтобы указать сроки, в течение которых банк-получатель должен исполнить платежное поручение; в нем не преследуется цель установить обязательство в отношении исполнения поручения.

Исполнение в тот же день

3. Общее правило, выраженное в вводном положении пункта 1, заключается в том, что платежное поручение должно быть исполнено в день его получения.

4. На всех этапах своей работы Рабочая группа соглашалась с целесообразностью установления общего правила. Такое правило, возможно, будет неуместным в случае перевода кредита, включая международный перевод кредита, на основе бумажных документов. Однако абсолютное большинство международных переводов кредита в настоящее время осуществляется электронными средствами и особенно с помощью передачи данных в системе "он-лайн". В таких случаях, как правило, ожидается, что банк-получатель будет действовать незамедлительно (A/CN.9/329, пункты 176 и 177).

5. Тем не менее это правило является строгим, и его необходимо смягчить рядом дополнительных положений. Первое такое положение, содержащееся в самом пункте 1, состоит в том, что в платежном поручении может быть предусмотрено более позднее исполнение либо за счет указания более поздней даты исполнения, либо за счет указания даты платежа, из которой следует, что целесообразно перенести дату исполнения.

6. Второе положение - это общее правило, в соответствии с которым банк-получатель не обязан исполнять любое полученное им платежное поручение лишь на основании его получения (комментарий 6 к статье 5). Поэтому обязательство исполнить платежное поручение на конкретный момент возникает лишь в том случае, если банк-получатель акцептовал данное поручение в соответствии со статьей 5(2) или 7(1). Особенно важный случай применения данного правила состоит в том, что, поскольку акцепта банком платежного поручения в результате непредставления уведомления об отклонении в соответствии со статьей 5(2)(a) или 7(1)(a) не происходит "до получения банком ... платежа от отправителя в соответствии со статьей 4(4)",

банк-получатель, который получает достаточно средств на какой-либо день после дня получения платежного поручения и исполняет платежное поручение в этот день, не нарушает своих обязательств в соответствии со статьей 9(1). Эти обязательства нарушатся, если он договорился с отправителем, что будет исполнять полученные от отправителя платежные поручения по их получении, поскольку в таких случаях банк-получатель будет акцептовать платежное поручение в момент его получения (статьи 5(2)(b) и 7(1)(b)).

7. Согласно третьему смягчающему правилу, содержащемуся в пункте 3, признается, что банки устанавливают предельные сроки для обработки платежных поручений для исполнения в тот же день. Для различных видов платежных поручений могут устанавливаться различные предельные сроки; кроме того, банки могут устанавливать предельные сроки по некоторым видам платежных поручений путем применения правил той или иной системы перевода средств. Любое платежное поручение, полученное после предельного срока, рассматривается как поручение, полученное на следующий день, когда банк исполняет такие платежные поручения. Право банка (или системы перевода средств) на установление предельных сроков никак не ограничивается, и весьма часто этот срок устанавливается уже на полдень (A/CN.9/329, пункт 178).

8. Четвертое смягчающее правило, которое содержится в пункте 5, заключается в том, что для этих целей отделение банка, даже если оно расположено в этом же государстве, рассматривается как отдельный банк. В тех случаях, когда отделения одного банка обрабатывают платежные поручения на децентрализованной основе, платежное поручение, отправленное из одного отделения в другое, требует столько же времени для исполнения в отделении банка, как и платежное поручение, отправляемое в другой банк (A/CN.9/328, пункт 82).

Примечания

9. В соответствии с пунктом 2 уведомления должны направляться в день получения платежного поручения, за исключением уведомлений, предусмотренных в статьях 5(3), 7(2) и 8(6). Уведомление, направляемое банком бенефициара бенефициару, который не имеет счета в данном банке, о том, что в распоряжении этого банка имеются предназначенные для него средства, как это предусмотрено в статье 8(6), должно направляться в дату исполнения.

10. В сообщении секретариату, которое было направлено после двадцатой сессии и в котором делегация Соединенного Королевства предложила ряд изменений в положении об уведомлении в статье 6(3) (см. комментарии 8-11 к статье 6), было отмечено также, что срок, в течение которого необходимо направить уведомление о том, что полученное платежное поручение было ошибочно адресовано, как это требуется в соответствии со статьей 6(3), может оказаться слишком коротким. Если платежное поручение было получено задолго до наступления даты исполнения, тот факт, что оно было ошибочно адресовано, может быть не обнаружен в день получения. Делегация Соединенного Королевства предложила изменить статью 9(2) следующим образом:

> "Уведомление, которое должно направляться в соответствии со статьей 6(3), направляется до конца следующего рабочего дня после дня обнаружения".

11. В отношении статьи 8(2) делегация Соединенного Королевства сделала такое же предложение, как и в отношении статьи 6(3). Тем не менее, поскольку эта делегация считала, что банк бенефициара, как правило, будет проверять, является ли он соответствующим банком, была предложена несколько иная формулировка, которая гласит следующее:

> "Уведомление, которое должно направляться в соответствии со статьей 8(2), направляется до конца следующего рабочего дня после дня, в течение которого было или, исходя из разумных предположений, должно было быть установлено, что платежное поручение содержит информацию, свидетельствующую о том, что оно направлено не по адресу".

Дата исполнения

12. В соответствии со статьей 2(k) дата исполнения означает дату, когда банк-получатель должен исполнить платежное поручение в соответствии со статьей 9. Дата исполнения может означать любую из трех различных дат. Как правило, датой исполнения является дата получения платежного поручения. Если в поручении конкретно указывается более поздняя дата исполнения, то датой исполнения является именно эта дата. Если в платежном поручении конкретно указывается дата платежа, то для любого банка-получателя, не являющегося банком бенефициара, датой исполнения является соответствующий день, позволяющий банку бенефициара акцептовать платежное поручение и передать средства в распоряжение бенефициара в дату платежа.

13. На двадцатой сессии Рабочая группа отложила до будущей сессии рассмотрение вопроса о том, будет ли банку перевододателя, получившему условное платежное поручение, предоставляться какой-либо специальный срок, или же соответствующий результат может быть достигнут на основе толкования пункта 1 (A/CN.9/329, пункты 173 и 174). Однако, учитывая принятое Рабочей группой на двадцать первой сессии решение о том, что условные платежные поручения не должны считаться платежными поручениями согласно типовому закону (A/CN.9/341, пункт 73), необходимости в рассмотрении этого вопроса более не возникает.

14. Если банк-получатель исполняет платежное поручение до наступления даты исполнения, то платежное поручение акцептуется (статьи 5(2)(d) и 7(2)(d)) и отправитель больше не будет иметь возможности отозвать поручение (статья 10(1)(b) и (2)(b)). На девятнадцатой сессии было заявлено, что отправитель не должен терять право на отзыв своего платежного поручения до наступления даты исполнения даже в том случае, если платежное поручение было преждевременно исполнено банком-получателем (A/CN.9/328, пункт 78). Однако редакционная группа не включила никакого положения на этот счет в текст проекта типового закона. Этот вопрос был вновь поднят на двадцатой сессии, на которой было отмечено, что такое правило будет особенно ценным в случаях неплатежеспособности. Рабочая группа постановила учесть этот вопрос при рассмотрении статей 10 и 12 (A/CN.9/329, пункты 168 и 169). В связи с этим следует отметить, что отправитель не обязан осуществлять платеж банку-получателю до наступления даты исполнения (статья 4(4)).

15. Если в текст типового закона будет включено положение, разрешающее отправителю отзывать платежное поручение до даты исполнения, то отправитель, как можно предположить, будет иметь право на возврат любых средств, которые он уже выплатил банку-получателю, и право отправителя на возврат средств от бенефициара будет передано банку (ср. статью 10(6) и (7)).

16. Если банк-получатель не исполнит платежное поручение на дату исполнения, то он будет нести ответственность в соответствии с положениями статьи 12. Банк-получатель может исполнить платежное поручение позднее в силу того, что поручение было получено с опозданием. В соответствии с текстом статьи 7(2), принятой на восемнадцатой сессии (A/CN.9/318, приложение), банк, получивший платежное поручение с опозданием, соблюдает свои обязательства, если он исполняет платежное поручение в день получения "независимо от указанной в поручении даты исполнения, даты зачисления средств или даты платежа". Хотя на девятнадцатой сессии не было высказано возражений в отношении этого пункта (A/CN.9/328, пункты 81 и 82), однако после изменения редакционной группой структуры этой статьи он в нее включен не был. На двадцатой сессии Рабочая группа постановила, что существо бывшей статьи 7(2) в настоящее время учитывается во вводной части статьи 9, в которой говорится, что банк-получатель должен исполнить платежное поручение в день его получения (A/CN.9/329, пункт 170).

Дата платежа

17. В соответствии со статьей 2(1) дата платежа означает "дату, указанную в платежном поручении, когда средства должны быть переданы в распоряжение бенефициара". (См. комментарии 58-62 к статье 2). Дата платежа имеет особое значение для платежных поручений, выдаваемых банку бенефициара, поскольку именно этот банк должен передать средства в распоряжение бенефициара. Дата платежа в платежном поручении, направляемом банку бенефициара, выполняет те же функции, что и дата исполнения.

18. В сообщении, направленном секретариату после двадцать первой сессии, делегация Соединенного Королевства предложила заменить понятие "дата платежа" словами "дата, когда средства должны быть предоставлены в распоряжение бенефициара". Если Рабочая группа не примет решения о том, что формулировка "дата платежа" в статье 12(4) необходима, то можно будет исключить определение в статье 2(1).

Отход от положений типового закона на основании договора

19. В ответ на выдвинутое на двадцатой сессии предложение о том, что отправитель и банк-получатель должны иметь возможность на основании соглашения отступать от положений пункта 1, было отмечено, что такой подход лишит банки перевододателей возможности заранее определять, сколько времени потребуется на осуществление международных переводов кредита в тех случаях, когда они должны пройти через несколько банков-посредников (A/CN.9/329, пункт 180). Однако с принятием статьи 16 на двадцать первой сессии сторонам предоставляется свобода отходить от любых положений статьи 9. Если Рабочая группа пожелает подтвердить провозглашенный на двадцатой сессии принцип для всей статьи 9 или некоторых ее положений, то она должна сделать это конкретно.

Сопоставление со статьей 4А

20. Статьи 4А-301(b) и 4А-302(a), если их рассматривать в сочетании, по существу не отличаются от пункта 1. Поскольку требований об уведомлении, аналогичных тем, о которых говорится в пункте 2, не устанавливается, то не устанавливается и сроков, аналогичных тем, которые упоминаются в этом пункте. Статья 4А-106 аналогична пунктам 3 и 4. В статье 4А-209(d) предусматривается, что платежное поручение выдаваемое банку перевододателя, не может быть акцептовано до даты платежа, если этот банк является банком бенефициара, или до даты исполнения, если этот банк банком бенефициара не является.

Статья 10. Отзыв

1) Поручение об отзыве, выдаваемое банку-получателю, который не является банком бенефициара, имеет силу, если:

a) оно было выдано отправителем платежного поручения;

b) оно было получено достаточно заблаговременно до исполнения платежного поручения, чтобы банк-получатель мог, если он действует так оперативно, как это позволяют обстоятельства, отменить исполнение платежного поручения; и

c) его подлинность была удостоверена таким же образом, как и подлинность платежного поручения.

2) Поручение об отзыве, выданное банку бенефициара, имеет силу, если:

a) оно было выдано отправителем платежного поручения;

b) оно было получено достаточно заблаговременно до акцепта платежного поручения, чтобы банк бенефициара мог, если он действует так оперативно, как это позволяют обстоятельства, воздержаться от акцепта платежного поручения; и

c) его подлинность была удостоверена таким же образом, как и подлинность платежного поручения.

3) Несмотря на положения пунктов 1 и 2, отправитель и банк-получатель могут договориться, что платежные поручения, выданные отправителем банку-получателю, являются безотзывными или что поручение об отзыве имеет силу лишь в том случае, если оно получено ранее сроков, указанных в пунктах 1 и 2.

4) Если поручение об отзыве получено банком-получателем слишком поздно для того, чтобы иметь силу в соответствии с пунктом 1, то банк-получатель с такой оперативностью, с какой позволяют обстоятельства, отзывает платежное поручение, которое он выдал своему банку-получателю, кроме тех случаев, когда платежное поручение является безотзывным в соответствии с договоренностью, упомянутой в пункте 3.

5) Отправитель, выдавший поручение об отзыве платежного поручения, которое не является безотзывным в соответствии с договоренностью, упомянутой в пункте 3, не обязан производить платеж банку-получателю по платежному поручению:

a) если в результате отзыва перевод кредита не завершен, или

b) если, несмотря на отзыв, перевод кредита был завершен по причине того, что банк-получатель или последующий банк-получатель не выполнили свои обязательства в соответствии с пунктами 1, 2 или 4.

6) Если отправитель, который, в соответствии с пунктом 5, не обязан платить банку-получателю, уже произвел платеж банку-получателю по отозванному платежному поручению, то этот отправитель имеет право на возмещение уплаченных средств.

7) Если перевододатель не обязан платить по платежному поручению в соответствии с пунктом 5(b) или получил средства обратно в соответствии с пунктами 5(b) или 6, то любые права перевододателя на возмещение средств бенефициаром переходят к банку, который не выполнил свои обязательства в соответствии с пунктами 1, 2 или 4.

8) Смерть, банкротство или недееспособность отправителя или перевододателя не влияют на сохранение юридической силы платежного поручения, которое было выдано до наступления этого события.

9) Для целей настоящей статьи отделение банка, даже если оно расположено в этой же стране, является отдельным банком.

Предыдущее обсуждение

A/CN.9/297, пункты 79 и 92-95
A/CN.9/317, пункты 68 и 120-133
A/CN.9/328, пункты 92-116
A/CN.9/329, пункты 184-186

Комментарии

1. В статье 10 предусматриваются рамки для отзыва платежных поручений после их получения банком-получателем. На девятнадцатой сессии Рабочей группы была высказана мысль, что, поскольку международные переводы кредита почти всегда отправляются по линии электросвязи системы "он-лайн" и обрабатываются на ЭВМ, у отправителя почти не будет возможности отозвать платежное поручение до его исполнения банком-получателем и что в этой связи нет необходимости предусматривать какое-либо положение на этот счет. В ответ было заявлено, что отзыв, не поступивший вовремя в силу использования быстродействующих электронных систем, будет недействительным. Однако было сочтено, что эта причина является недостаточной для того, чтобы отказать перевододателю или другому отправителю в возможности попытаться отозвать платежное поручение (A/CN.9/328, пункты 93 и 94).

2. Текст, предложенный девятнадцатой сессии Рабочей группы, представлял собой единый свод правил, который охватывал как отзыв, так и изменение платежных поручений. На девятнадцатой сессии было отмечено, что изменение платежных поручений может создать трудности принципиального характера в дополнение к тем, которые уже возникают в связи с отзывом платежных поручений (A/CN.9/328, пункт 100). В результате в статье 10 была оставлена только ссылка на отзыв платежных поручений и не было предусмотрено никакого положения в нынешнем проекте, касающегося изменения платежных поручений.

3. В сообщении, полученном секретариатом после двадцатой сессии, делегация Соединенного Королевства отметила, что принцип, не допускающий изменения платежного поручения, закреплен в тексте недостаточно ясно и что пункт 2 можно было бы дополнить следующей формулировкой:

"Поручение об отзыве не имеет силы, если оно предназначено для покрытия лишь части платежного поручения".

4. На двадцатой сессии Рабочая группа приняла к сведению предложение, отменяющее право отзывать или изменять платежное поручение после его получения банком-получателем, но в то же время допускающее, что банк-получатель, не являющийся банком бенефициара, может пойти навстречу просьбе своего отправителя, независимо от того, акцептовал ли он ранее платежное поручение, или же банк бенефициара может пойти навстречу такой просьбе при условии, что он еще не акцептовал платежное поручение (A/CN.9/329, пункты 184-186). Тем не менее никакого решения принято не было, поскольку была достигнута договоренность о том, что обсуждение статьи 10 на данной сессии проводится лишь в порядке изучения.

5. Кроме того, на двадцатой сессии из-за несогласия в Рабочей группе с исходной структурой статьи 10 формулировка "или отзыв платежного поручения" в статьях 2(j) и 4(l) была заключена в квадратные скобки (A/CN.9/329, пункты 76 и 96).

Пункты 1 и 2

6. Пункты 1 и 2 предусматривают в основном аналогичные правила для отзыва платежного поручения, отправленного банку-получателю, не являющемуся банком бенефициара, и банку-получателю, являющемуся банком бенефициара. В обоих случаях отзыв может быть отправлен только отправителем платежного поручения; ни перевододатель, ни предшествующий банк в цепочке перевода кредита не может отозвать поручение даже в том случае, если он может быть заинтересован в отзыве поручения. В сообщении, направленном секретариату после двадцатой сессии, делегация Соединенного Королевства предложила добавить в текст подпунктов 1(a) и 2(a) формулировку "или другим лицом, обладающим полномочиями обязывать отправителя".

7. В обоих случаях платежное поручение может быть отозвано только в том случае, если отзыв получен банком-получателем вовремя. Если речь идет о банке-получателе, не являющемся банком бенефициара, событием, отмечающим прекращение действия права на отзыв, является исполнение поручения банком-получателем. Хотя в нынешнем тексте проекта типового закона не дано определения концепции исполнения поручения банком-получателем, можно предположить, что это означает направление своего собственного платежного поручения с целью исполнить полученное поручение (ср. статью 5(2)(d) со статьей 6(2)). Хотя направление своего собственного поручения будет также представлять собой акцепт полученного поручения, другие формы акцепта, предусмотренные в статье 5(2), не будут означать исполнения полученного поручения. Если речь идет о банке бенефициара, то событием, отмечающим прекращение действия права на отзыв, является акцепт поручения банком с помощью любого из способов, изложенных в статье 7(1).

8. В сообщении, направленном секретариату после двадцатой сессии, делегация Соединенного Королевства предложила изменить формулировку пункта 1(b) следующим образом:

> "b) оно было получено достаточно заблаговременно, чтобы банк-получатель мог, если он действует настолько оперативно, насколько это представляется разумным при всех обстоятельствах, воздержаться от исполнения платежного поручения, и",

а текст подпункта 2(b) - следующим образом:

> "b) оно было получено достаточно заблаговременно, чтобы банк бенефициара мог, если он действует настолько оперативно, насколько это представляется разумным при всех обстоятельствах, воздержаться от акцепта платежного поручения, и".

9. Банку-получателю дается определенное время для принятия мер по полученному отзыву. Этот срок должен быть "достаточным" для того, чтобы банк имел возможность, "если он действует так оперативно, как позволяют обстоятельства", аннулировать исполнение своего собственного поручения или воздержаться от акцепта полученного поручения, в зависимости от случая. Определенная таким образом продолжительность срока является неопределенной по своему характеру, поскольку она зависит от возможностей банка-получателя принять меры (A/CN.9/328, пункты 96 и 116). Требуемый срок будет варьироваться в зависимости от банка и, разумеется, отделения банка, а также от характера платежного поручения и способов отправления отзыва.

10. Подлинность отзыва должна быть удостоверена точно так же, как платежное поручение. Это подразумевает, что отзыв должен направляться теми же средствами связи, что и платежное поручение. Когда эта формулировка подверглась сомнению на девятнадцатой сессии Рабочей группы, причем был приведен пример с бумажным платежным поручением, которое было отозвано с помощью телекса, в ответ было заявлено, что была сделана попытка подготовить проект требования на тот счет, что удостоверение подлинности должно быть таким же надежным или даже надежнее, чем удостоверение подлинности отзываемого платежного поручения, но что добиться этого не удалось (A/CN.9/328, пункт 114).

11. В своем сообщении, направленном секретариату после двадцатой сессии, делегация Соединенного Королевства отметила, что было бы желательно добавить в конце подпунктов 1(c) и 2(c) слова "или любым другим образом, согласованным отправителем и банком-получателем".

12. На девятнадцатой и двадцатой сессиях Рабочей группы было заявлено, что отправитель не должен терять право отзывать свое платежное поручение до наступления даты его исполнения даже в том случае, если поручение было преждевременно исполнено банком-получателем (A/CN.9/328, пункт 78; A/CN.9/329, пункты 168 и 169; см. комментарий 14 к статье 9).

13. <u>Сопоставление со статьей 4A</u>. Статья 4A-211 позволяет аннулировать, а также изменять платежное поручение до его акцепта. Банк-получатель, не являющийся банком бенефициара, может согласиться аннулировать или изменить полученное им поручение даже после акцепта им этого поручения или может быть обязан сделать это в силу правил системы перевода средств, однако этот банк должен иметь возможность аннулировать любое поручение, выданное им во исполнение полученного поручения. Банк бенефициара может согласиться или может быть обязан в силу правил системы перевода средств аннулировать или изменить поручение, выданное во исполнение несанкционированного платежного поручения или выданное в результате одной из различных ошибок отправителя. Эти положения статьи 4A в основном охватывают проблемы, регулируемые в пунктах 1-4 статьи 10.

<u>Пункт 3</u>

14. Пункт 3 был включен в текст проекта типового закона на девятнадцатой сессии Рабочей группы (A/CN.9/328, пункт 98). Соглашения, ограничивающие право отправителя отзывать

платежные поручения, широко распространены в многосторонних платежных механизмах, особенно там, где применяется система отсроченных чистых расчетов, и в системах обработки партиями, при которых, возможно, будет трудно, если не невозможно, выделить одно платежное поручение из партии таких поручений. Положения пункта 3, возможно, не применяются по отношению к предусмотренному в системах отправления сообщений по линиям электросвязи ограничению, в соответствии с которым запрещено отзывать уже посланное сообщение. Даже телексное сообщение не может быть отозвано из системы публичных линий электросвязи после того, как оно было отправлено; однако поручение, содержащееся в сообщении, может быть отозвано в соответствии с пунктом 1 или 2.

15. Когда на девятнадцатой сессии Рабочей группы в текст был включен пункт 3, была высказана озабоченность в отношении его действия, поскольку перевододатель может не знать, что между конкретными банками, через которые может проходить перевод кредита, существуют соглашения, которые делают платежные поручения между этими банками безотзывными (A/CN.9/328, пункт 115). Так, например, ограничивающее право на отзыв поручения соглашение расчетной палаты, через которую банк перевододателя направляет платежное поручение банку-посреднику, исключит возможность для перевододателя отозвать перевод кредита даже в том случае, если банк бенефициара еще не акцептовал поручение для осуществления перевода. Такой случай прямо предусматривается в пункте 4.

16. На двадцать первой сессии Рабочая группа приняла статью 16, которая устанавливает общую свободу договора, "если настоящим законом не предусматривается иное". Если предусмотренное в статье 10 право отзывать платежное поручение будет сохранено, Рабочая группа, возможно, пожелает вновь рассмотреть пункт 3 в свете статьи 16. В сообщении, направленном секретариату после двадцать первой сессии, делегация Соединенного Королевства предложила, что, если этот пункт будет сохранен, он должен начинаться не со слов "Несмотря на положения пунктов 1 и 2", а со слов "В целях исключения сомнений", с тем чтобы не нанести ущерба общему принципу статьи 16.

Пункт 4

17. Если банк-получатель уже выдал свое собственное платежное поручение, с тем чтобы исполнить полученное платежное поручение, то в этой связи в пункте 4 предусматривается, что он направляет отзыв своего поручения в свой банк-получатель. Это обязательство является автоматическим и не зависит от просьбы отправителя, но оно зависит от наличия договоренности, ограничивающей право банка-получателя как отправителя отозвать свое собственное поручение, как это изложено в пункте 3. Эффективность отзыва проверяется на основании положений пункта 1 или 2. Серии сообщений могут направляться от банка к банку до того момента, пока платежное поручение не будет отозвано или пока сообщение не достигнет банка бенефициара. Перевод кредита уже не может быть прерван отзывом платежного поручения после того момента, как банк бенефициара акцептует поручение об осуществлении перевода.

18. В сообщении, направленном секретариату после двадцатой сессии, делегация Соединенного Королевства предложила новую редакцию пункта 4, в которой наиболее важным изменением является положение о том, что отзыв должен быть представлен "настолько оперативно, насколько это представляется разумным при всех обстоятельствах".

Пункты 5 и 6

19. В этих двух пунктах уточняется, что отправитель, направивший поручение об отзыве, которое является или должно быть действующим, не обязан производить платеж по платежному поручению, как это имело бы место в ином случае в соответствии со статьей 4(4), и имеет право на возвращение любых уплаченных средств. На девятнадцатой сессии была высказана мысль, что отправитель должен иметь право получить обратно первоначальную сумму перевода за вычетом расходов. Было заявлено, что этот вопрос возникает в связи с возмещением средств также и в случае неудачного перевода кредита и что этот вопрос потребуется рассмотреть позднее (A/CN.9/328, пункт 115). Можно предположить, что отправитель, который имеет право на возмещение средств в соответствии с пунктом 6, должен также иметь право на получение процентов с этих средств за тот период времени, когда отправитель был лишен возможности пользоваться этими средствами. Ср. комментарии 25-35 к статье 12.

20. В сообщении, направленном секретариату после двадцатой сессии, делегация Соединенного Королевства предложила изменить формулировки пунктов 5(a) и (b) следующим образом:

"a) если в результате отзыва платежное поручение не было акцептовано банком бенефициара, или

b) если, несмотря на отзыв, платежное поручение было акцептовано вследствие невыполнения банком-получателем или последующим банком-получателем своих обязательств, возникающих в результате применения пунктов 1 и 2 или в соответствии с пунктом 4".

21. Делегация Соединенного Королевства предложила также добавить слова "банком-получателем" в конец пункта 6.

22. Сопоставление со статьей 4А. Представляется, что пункты 5 и 6 охватываются статьей 4А-402(c) и (d), которая в этом отношении эквивалентна статье 11(b).

Пункт 7

23. Если банк исполнил платежное поручение, несмотря на получение действующего отзыва, существует вероятность того, что средства в конечном итоге будут кредитованы на счет бенефициара. В соответствии с пунктом 7 банк, который совершил ошибку и которому надлежит предоставить возмещение отправителю, получает возможность на возвращение средств путем передачи ему всех прав, которые перевододатель может иметь для возврата средств от бенефициара.

24. Существуют ситуации, когда пункт 7 не обеспечит банк полной защитой, которая предусматривалась, и перевододатель может получить неоправданный доход. И хотя на основании пункта 6 отправитель имеет полное право на возвращение средств банком, который совершил ошибку, перевододатель может не иметь права на возвращение средств бенефициаром, поскольку он имеет задолженность перед бенефициаром на эту сумму. Право, которым наделяется банк, совершивший ошибку, не может превышать право перевододателя.

25. Пункт 7 в некоторой степени заменяет статью 8(7), которая была принята на восемнадцатой сессии (A/CN.9/318, приложение) и которая была исключена Рабочей группой на ее девятнадцатой сессии (A/CN.9/328, пункт 106). Это положение предоставило бы банку бенефициара право возвратить зачисленный на счет бенефициара кредит, если соблюдаются определенные объективные требования в отношении того, что кредитование произошло по ошибке или в результате мошенничества. В отношении происхождения бывшей статьи 8 см. A/CN.9/297, пункт 79, и A/CN.9/317, пункт 68. Нынешний текст пункта 7 серьезно ограничен в своей сфере применения по сравнению с предыдущим положением.

26. Во избежание проблем, упомянутых в комментарии 24, и ввиду того, что ссылка на пункт 6 в пункте 7, как утверждается, является неправильной, поскольку в пункте 6 делается ссылка на пункт 5, а пункт 7 не может применяться в случае применения подпункта 5(a), делегация Соединенного Королевства в сообщении, направленном секретариату после двадцатой сессии, предложила следующий пересмотренный вариант:

"7) если перевододатель получил возмещение средств в соответствии с пунктом 5(b), банк, который не выполнил своих обязательств в соответствии с пунктами 1, 2 или 4, что привело к завершению операции перевода кредита, имеет такие права на возмещение средств бенефициаром, какие бы имел перевододатель, если бы не получил средства обратно. Если перевододатель не произвел платежа по своему платежному поручению и согласно пункту 5(b) не обязан делать этого, то в соответствии с настоящим пунктом этот банк имеет такие же права, как если бы перевододатель произвел платежи по платежному поручению и получил возмещение".

27. Сопоставление со статьей 4А. В статье 4А непосредственно эквивалентного положения не имеется. См., однако, статью 4А-211(c)(2).

Пункт 8

28. С тем, чтобы данное положение было более точным и чтобы слово "банкротство" не понималось в ограниченном смысле (как, например, в английском праве, где оно ограничивается личной неплатежеспособностью), делегация Соединенного Королевства в сообщении, направленном секретариату после двадцатой сессии, предложила следующий пересмотренный вариант:

"8) Смерть, банкротство, или недееспособность отправителя или перевододателя сами по себе не приводят к отзыву платежного поручения или прекращению полномочий отправителя. Слово "банкротство" включает все формы личной и корпоративной неплатежеспособности".

29. Можно отметить, что в статье 52(1) Конвенции Организации Объединенных Наций о международных переводных векселях и международных простых векселях аналогичная проблема решается следующим образом:

"1. Обязательное или факультативное предъявление к акцепту не требуется, если:

a) плательщик умер или больше не может свободно распоряжаться своим имуществом по причине своей несостоятельности, или является фиктивным лицом или лицом, которое не способно обязываться по векселю в качестве акцептанта; или

b) плательщиком является корпорация, товарищество, ассоциация или иное юридическое лицо, которое прекратило свое существование".

30. Сопоставление со статьей 4А. Статья 4А-211(g) предусматривает, что

"Платежное поручение не отзывается в результате смерти или юридической недееспособности отправителя за исключением случаев, когда банку-получателю известно о смерти или объявлении недееспособности судом, обладающим юрисдикцией, и у него имеются разумные возможности принять меры до акцепта поручения".

Пункт 9

31. Данный пункт следует пересмотреть в соответствии с аналогичной формулировкой в предыдущих статьях.

Новое предложение

32. В прежней статье 8(8) предусматривалось, что банк не обязан высвобождать полученные средства, если по постановлению компетентного суда он не должен этого делать. Рабочая группа, когда она исключала этот пункт из текста на своей девятнадцатой сессии, пришла к выводу, что она рассмотрит предложение, которое должно быть представлено и которое предоставит судам полномочия запрещать банку принимать меры по платежному поручению, если для этого имеются должные основания (A/CN.9/328, пункт 109).

33. Предложение, представленное на девятнадцатой сессии, но еще не рассмотренное Рабочей группой, предусматривает:

"Руководствуясь должным основанием и в соответствии с применимым правом, суд может запретить:

a) лицу выдавать платежное поручение о переводе средств;

b) банку перевододателя исполнять платежное поручение перевододателя, или

c) банку бенефициара выдавать средства бенефициару или бенефициару - снимать средства.

Суд не может иным образом запретить лицу выдавать платежные поручения, производить платеж или получать платеж по платежному поручению или предпринимать иные действия в отношении перевода кредита, но банк не несет обязательств, если он действует в соответствии с распоряжением суда, обладающего юрисдикцией".

34. Сопоставление со статьей 4А. Это предложение идентично статье 4А-503, за тем исключением, что дополнительно включена последняя оговорка.

ГЛАВА III. ПОСЛЕДСТВИЯ НЕИСПОЛНЕНИЯ, ОШИБОЧНОГО ИСПОЛНЕНИЯ ИЛИ ЗАДЕРЖКИ ИСПОЛНЕНИЯ ПЕРЕВОДА КРЕДИТА

Статья 11. [Помощь и возмещение средств]

Не являющийся банком бенефициара банк-получатель, который акцептует платежное поручение, обязан в соответствии с этим платежным поручением:

a) когда банку бенефициара выдано платежное поручение на сумму, меньшую суммы, указанной в платежном поручении, выданном перевододателем банку перевододателя, помогать перевододателю и каждому последующему банку-отправителю и добиваться помощи

от своего банка-получателя в обеспечении выдачи платежного поручения банку бенефициара на сумму разницы между суммой, выплаченной банку бенефициара, и суммой, указанной в платежном поручении, выданном перевододателем банку перевододателя;

b) когда платежное поручение, соответствующее содержанию платежного поручения, выданного перевододателем и содержащего инструкции, необходимые для осуществления перевода кредита надлежащим образом, не выдано банку бенефициара или не акцептовано им, - возместить своему отправителю любые средства, полученные от своего отправителя, и банк-получатель имеет право на возврат любых средств, которые он выплатил своему банку-получателю.

Предыдущее обсуждение

A/CN.9/318, пункты 151-154
A/CN.9/328, пункты 54-58
A/CN.9/341, пункт 56

Комментарии

1. В статье 11 излагаются основополагающие обязательства банка-получателя по исправлению ситуации, если возникает проблема с осуществлением перевода кредита. В ней содержится бывшая статья 5(3)(b) и (c) в том виде, в котором она была сформулирована на восемнадцатой сессии (A/CN.9/318, пункт 154), причем эти два подпункта поменяли местами. На девятнадцатой сессии редакционная группа не смогла прийти к решению в отношении названия этой новой статьи и поэтому предварительное название заключила в квадратные скобки. На двадцатой или двадцать первой сессиях данная статья не рассматривалась.

Подпункт (a)

2. В том случае, когда перевод кредита не был успешно осуществлен, первое обязательство банка-получателя состоит в том, чтобы предпринять необходимые шаги к его осуществлению. Если трудности возникли по вине банка-получателя, то он выполнит свое обязательство в соответствии с подпунктом (a), приняв меры самостоятельно. Если трудности возникли в одном из банков, стоящем следующим в цепочке перевода кредита, банк-получатель обязан будет оказать содействие в должном осуществлении перевода кредита с помощью таких мер, как установление места возникновения проблемы или направление новых инструкций последующему банку.

3. Подпункт (a) был принят на восемнадцатой сессии Рабочей группы и не обсуждался на девятнадцатой сессии. Однако на девятнадцатой сессии редакционная группа внесла небольшое изменение в текст, сославшись на выдачу платежного поручения на сумму "меньшую", а не на сумму "отличную" от суммы, указанной в платежном поручении перевододателя. Это изменение сделало настоящее положение более точным, не изменило его применения по существу, поскольку предыдущая формулировка могла быть применена только тогда, когда платежное поручение выдавалось на меньшую, чем нужно, сумму. Можно было бы рассмотреть вопрос о том, чтобы распространить действие этого подпункта на тот случай, когда платежное поручение банку бенефициара не выдается, поскольку этот результат не может быть достигнут на основе толкования нынешнего текста.

4. Сопоставление со статьей 4A. В статье 4A эквивалентного положения не имеется.

Подпункт (b)

5. В подпункте (b) устанавливается одна из важнейших норм в проекте типового закона; если перевод кредита не осуществляется надлежащим образом в соответствии с платежным поручением, выданным перевододателем, отправитель имеет право на возмещение любых средств, которые он выплатил банку-получателю. Это право в конечном итоге направлено на защиту перевододателя как отправителя первого платежного поручения в цепочке перевода кредита.

6. В подпункте (b) предусматриваются две различные ситуации: никакое платежное поручение банком бенефициара не акцептовано (возможно, из-за того, что ему не было выдано платежного поручения) и платежное поручение акцептовано, но оно не соответствует содержанию платежного поручения перевододателя в каком-либо ином отношении, а не в том, что оно выдано на меньшую сумму. Подпункт (b) в его нынешней формулировке будет также применим в том случае, когда платежное поручение выдано на меньшую сумму, но в этом случае этот подпункт будет, как правило, применим только к недостающей сумме и только тогда, когда это положение невозможно исправить на основании подпункта (a). Его можно применять ко всей сумме в случаях, которые отмечаются очень редко, когда перевод слишком малой суммы делает перевод коммерчески бесцельным.

7. Причина того, что перевод кредита не осуществляется успешно, может заключаться в том, что в одном из платежных поручений в цепочке перевода кредита по ошибке или в результате мошенничества указывалось неправильное наименование бенефициара или банка бенефициара. Другие причины, которые могут помешать успешному осуществлению перевода кредита, могут заключаться в том, что введение валютных ограничений препятствует осуществлению перевода, что по той или иной причине перевод не может быть осуществлен в банк бенефициара или в страну, где расположен банк бенефициара, что банк бенефициара отказывается акцептовать адресованное ему платежное поручение или что счет бенефициара закрыт для зачисления поступающих переводов кредита. В большинстве случаев, когда указание неправильного бенефициара или банка бенефициара является результатом ошибки, можно предполагать, что эта ошибка будет исправлена и что перевод кредита будет осуществлен в соответствии с распоряжением, хотя и в более поздние сроки. Если суммы кредита, переводимые на счет бенефициара, превышают сумму, указанную в платежном поручении перевододателя, то подпункт (b) следует толковать как разрешающий отправителю востребовать сумму, выплаченную с превышением правильной суммы, и, возможно, целесообразно прямо установить это.

8. Хотя все еще открыто для обсуждений общее принципиальное решение, которое было принято Рабочей группой на ее шестнадцатой сессии и неоднократно подтверждено ею и которое заключается в том, что перевододатель должен иметь возможность возложить на свой банк ответственность за должное осуществление перевода кредита (A/CN.9/297, пункты 55-60; см. A/CN.9/328, пункты 66-74 и 144; A/CN.9/329, пункт 188, вопрос 4 и A/CN.9/341, пункт 56), применение этого принципа в отношении возмещения основной суммы в том случае, когда перевод кредита не был осуществлен, было решительно поддержано на девятнадцатой сессии (A/CN.9/328, пункты 54-58). Обязательство банка-получателя является абсолютным, и исключения, предусмотренные в статье 13, не применяются. На восемнадцатой сессии Рабочая группа отвергла предложение о том, что обязательство банка-получателя должно заключаться в том, чтобы он передавал своему отправителю возникающее у него право на возмещение со стороны своего банка-получателя (A/CN.9/318, пункт 153). В соответствии с этим предложением на перевододателя было бы возложено обязательство добиваться выполнения своих требований о возмещении со стороны банка, стоящего следующим в цепочке передачи средств, и нести риск в том случае, если будет возмещена неполная сумма. Согласно статье 11(b) в ее настоящем виде, если перевод кредита не завершен и какой-либо банк-получатель не может предоставить возмещение своему банку-отправителю, возможно, в результате неплатежеспособности банка-получателя или в результате прекращения платежей между двумя соответствующими государствами, убытки ложатся на банк, являющийся отправителем по отношению к банку, не способному предоставить возмещение. Такой не предоставляющий возмещения банк будет, как правило, являться банком-посредником. Он будет являться банком бенефициара только в том случае, если он не акцептовал платежного поручения, несмотря на то, что уже получил платеж от своего отправителя, а также ситуация на практике будет возникать весьма редко.

9. В сообщении, направленном секретариату после двадцатой сессии, делегация Соединенного Королевства предложила следующий пересмотренный вариант статьи:

"1) Если банку бенефициара не выдается платежное поручение, соответствующее платежному поручению, выданному перевододателем банку перевододателя, и содержащее инструкции, необходимые для надлежащего осуществления перевода кредита, каждый банк-получатель:

a) оказывает помощь перевододателю и каждому последующему банку-отправителю и добивается помощи от своего банка-получателя в обеспечении выдачи банку бенефициара соответствующего платежного поручения, содержащего такие инструкции;

b) возмещает своему отправителю любые средства, полученные от своего отправителя в оплату платежного поручения, или в случае получения избыточных средств возвращает избыток.

2) Пункт 1(b) применяется также, когда платежное поручение отклоняется банком бенефициара".

10. В сообщении, направленном секретариату после двадцать первой сессии, делегация Соединенного Королевства подтвердила свое мнение о том, что банк бенефициара следует включить в статью 11(b) в качестве банка, от которого может потребоваться вернуть полученные им средства. Однако в настоящее время она высказала предположение, что в том случае, когда банк бенефициара более не является держателем средств, потребуется новое положение для ограничения суммы, которую будет обязан возместить банк бенефициара, суммой, которая, согласно применимому праву банка бенефициара, может быть получена с лица, которому были уплачены средства.

11. На девятнадцатой сессии было сделано предложение о том, что сумма средств, подлежащих возвращению, должна представлять собой первоначальную сумму перевода за вычетом издержек. Было заявлено, что этот вопрос необходимо будет рассмотреть на более позднем этапе (A/CN.9/328, пункт 115). Учитывая решение Рабочей группы на двадцать первой сессии о том, что в статье 14 не следует предпринимать попытки установить, кто - перевододатель или бенефициар - в конечном итоге несет ответственность за оплату комиссионных сборов в связи с переводом (A/CN.9/341, пункт 20), Рабочая группа, возможно, сочтет, что вопрос о распределении издержек в связи с переводом суми, которые должны быть возвращены согласно статье 11(b), также не следует регулировать в типовом законе.

12. На двадцать первой сессии было заявлено, что в тех случаях, когда перевод кредита не завершен и отправитель платежного поручения, согласно статье 11(b), имеет право вернуть свои средства, отправитель должен также иметь право на получение процентов (A/CN.9/341, пункт 118). Это решение может быть осуществлено путем добавления к тексту статьи 11(b), как он предлагается делегацией Соединенного Королевства и изложен в комментарии 9, слов "с процентами" после слов "возмещает своему отправителю". См. также комментарий 31 к статье 12. Срок, за который банк-получатель будет вынужден уплатить проценты, не устанавливается, однако следует понимать, что он начинается с даты, когда банк получает от своего отправителя платеж за платежное поручение, и заканчивается на дату, когда он возвращает средства. Если соответствующий банк-получатель в свою очередь направляет платежное поручение какому-либо последующему банку-получателю, он будет иметь право на возмещение суммы с процентами за время, в течение которого его банк-получатель держал средства, что ограничит его собственные конечные издержки суммой процентов за время, когда он являлся держателем средств, полученных в связи с неосуществленным переводом.

13. Сопоставление со статей 4A. Статья 4A-402(c), (d) и (e) содержит эквивалентные положения. Пункт (e) предусматривает перераспределение риска убытков, обусловленных неспособностью какого-либо банка-посредника возместить средства по той причине, что это не допускается по применимому праву или что банк приостанавливает платежи, в том случае, если отправитель этого банка действовал в соответствии с инструкцией, содержащейся в полученном им платежном поручении. Подобного положения в типовом законе не содержится.

Статья 12. Ответственность и убытки

1) Исключен

2) Банк перевододателя и каждый банк-посредник, который акцептует платежное поручение, несет ответственность перед своим отправителем и перед перевододателем за указанные в пункте 5 настоящей статьи убытки, которые вызваны неисполнением или ненадлежащим исполнением перевода кредита в соответствии с инструкциями, содержащимися в платежном поручении перевододателя. Перевод кредита является надлежащим образом исполненным, если платежное поручение, соответствующее платежному поручению, выданному перевододателем, акцептуется банком бенефициара в сроки, обусловленные в статье 9.

3) Банк-посредник не несет ответственности в соответствии с пунктом 2, если платежное поручение, полученное банком бенефициара, соответствует платежному поручению, полученному банком-посредником, и если банк-посредник исполнил полученное им платежное поручение в сроки, обусловленные в статье 9.

4) Банк бенефициара несет ответственность:

a) перед бенефициаром за ненадлежащее исполнение или за неисполнение акцептованного им платежного поручения в той степени, в какой это предусмотрено правом, регулирующим [отношения между владельцами счетов и банками] [отношения между бенефициаром и банком], и

b) перед своим отправителем и перевододателем за любые убытки, причиненные тем, что банк не предоставил средств в распоряжение бенефициара в соответствии с указанными в платежном поручении условиями, касающимися даты платежа или даты исполнения, как это предусмотрено в статье 9.

5) Если какой-либо банк несет ответственность в соответствии с настоящей статьей перед перевододателем или перед своим отправителем, он обязан компенсировать

a) потерю процентов;

b) исключен;

c) расходы, понесенные в связи с новым платежным поручением [, а также в связи с разумными издержками, связанными с юридическим представительством]*;

[d) любые другие убытки, которые могут возникнуть вследствие того, что ненадлежащее [или несвоевременное] исполнение или неисполнение платежного поручения явились результатом действия или бездействия банка, совершенного либо с намерением вызвать такое ненадлежащее [или несвоевременное] исполнение или неисполнение, либо вследствие неосторожности и с пониманием вероятности возникновения такого ненадлежащего [или несвоевременное] исполнения или неисполнения поручения.]

6) Если банк-получатель не уведомляет отправителя об ошибочном адресовании платежного поручения, как это предусмотрено в статье 6(3) или 8(2), и перевод кредита задерживается, банк-получатель несет ответственность за уплату:

a) при наличии средств - процентов с имеющихся в наличии средств за время, которое они находятся в распоряжении банка-получателя, или

b) при отсутствии средств - процентов с суммы платежного поручения за соответствующий период времени, не превышающий 30 дней.

7) Банки по соглашению могут изменять положения настоящей статьи в той степени, в какой это увеличивает или уменьшает ответственность банка - получателя перед другим банком, и в той степени, в какой соответствующее действие или бездействие не подпадает под положения пункта 5(d). Банк может согласиться увеличить свою ответственность перед перевододателем, не являющимся банком, но не может уменьшить свою ответственность перед таким перевододателем.

[8) Средства правовой защиты, предусмотренные в настоящей статье, не зависят от наличия ранее существовавших отношений между сторонами, будь то договорных или иных. Перечень этих средств правовой защиты является исчерпывающим, и никакое другое средство правовой защиты, возникающее из других правовых концепций, не применяется.]

---

*Можно рассмотреть вопрос о возмещении разумных издержек, связанных с юридическим представительством, даже если они не возмещаются в соответствии с гражданско-процессуальным правом.

Предыдущее обсуждение

A/CN.9/297, пункты 55-63 и 70-72
A/CN.9/317, пункты 137-150
A/CN.9/328, пункты 66-74 и 117-144
A/CN.9/329, пункты 187 и 188
A/CN.9/341, пункты 105-131

Ошибки в документе A/CN.9/341, приложение

В пункте 4 текста на английском языке используется термин "pay date", а не "payment date", как в тексте, принятом на двадцать первой сессии.

В тексте пункта 6 содержатся ссылки на статьи 6(2) и 8(1), а не на статьи 6(3) и 8(2), как это должно быть.

Комментарии

1. Настоящий текст статьи 12 в основном представляет собой текст, содержащийся в документе A/CN.9/WG.IV/WP.39, подготовленном секретариатом для восемнадцатой сессии на основе дискуссии, состоявшейся в ходе семнадцатой сессии (A/CN.9/317). Ниже в соответствующих местах делаются ссылки на ряд поправок, предложенных на девятнадцатой сессии. На двадцатой сессии небольшой группе, состоящей из представителей четырех делегаций, было предложено в целом рассмотреть положения, касающиеся ответственности, и попытаться сформулировать согласованную позицию, которая могла бы быть рассмотрена Рабочей группой, однако выработать

согласованную позицию они не смогли. Вместо этого они выявили четыре основных вопроса, и каждая делегация представила свои отдельные мнения на рассмотрение Рабочей группы (A/CN.9/329, пункты 187 и 188). Продолжить рассмотрение данного вопроса на двадцатой сессии Рабочая группа не смогла.

2. На двадцать первой сессии на рассмотрении Рабочей группы находился полностью пересмотренный проект статьи, который был предложен делегацией Соединенного Королевства в сообщении секретариату (A/CN.9/WG.IV/WP.46, комментарий 28 к статье 12). Однако "Рабочая группа сочла более приемлемым обсудить первоначальный текст статьи 12, включая пункт 2, и использовать предлагаемый пересмотренный проект в качестве источника идей для улучшения текста" (A/CN.9/341, пункт 106). Обсуждение, проходившее на двадцать первой сессии, и принятые изменения текста отражены ниже.

Пункт 1

3. В пункте 1 предусматривалось, что банк-получатель несет ответственность за невыполнение своих обязательств по статье 5. Поскольку делалась ссылка на статью 5, рассматриваемый банк-получатель не являлся банком бенефициара. Вопрос об ответственности банка бенефициара рассматривается в пункте 4. На своей девятнадцатой сессии Рабочая группа постановила сохранить принцип пункта 1, но заключить этот пункт в квадратные скобки до завершения рассмотрения всей статьи об ответственности и убытках, исходя из того предположения, что он может подвергнуться значительному пересмотру (A/CN.9/328, пункт 131). На двадцать первой сессии Рабочая группа исключила этот пункт, "поскольку тот же вопрос покрывается содержанием пункта 2" (A/CN.9/341, пункт 104).

Пункт 2

4. Устанавливаемая в пункте 2 общая система ответственности состоит в том, что перевододатель может возложить на банк перевододателя ответственность за надлежащее осуществление перевода кредита. Это означает, что банк будет нести ответственность перед перевододателем за убытки в любом случае, когда они возникают. Вид и размеры убытков, за которые будет нести ответственность банк перевододателя, устанавливаются в пункте 5. С тем чтобы избежать ответственности, банк перевододателя должен доказать, что применимо одно из исключений, оговоренных в статье 13. Если убытки, за которые банк перевододателя несет ответственность перед перевододателем, вызваны событиями, которые произошли в одном из последующих банков в цепочке перевода кредита, банк перевододателя может получить возмещение убытков от своего банка-получателя и каждый последующий банк в свою очередь может получать возмещение от своего банка-получателя до того момента, пока, согласно пункту 3, какой-либо банк не сможет доказать, что платежное поручение, полученное банком бенефициара, соответствует платежному поручению, полученному данным банком.

5. Такая система ответственности основывается на предположении о том, что банк перевододателя предоставляет перевододателю услугу, которая зависит от наличия у него надежных корреспондентских отношений с другими банками. Такая система ответственности широко применяется в рамках других аналогичных видов экономической деятельности, например, при международной перевозке грузов, где перевозка часто осуществляется рядом различных перевозчиков. В некоторых, хотя и не во всех конвенциях о международных перевозках грузов, требования могут предъявляться либо к перевозчику, являющемуся первоначальным подрядчиком, либо к перевозчику, по вине которого нанесен ущерб. Процедура, предусмотренная в пункте 2, так же как и процедура, используемая в этих конвенциях, позволит смягчить процедурные проблемы перевододателя, поскольку ему не потребуется предъявлять требований к какому-либо банку в зарубежной стране, с которым он не поддерживает деловых отношений. Вместе с тем она позволит банку перевододателя потребовать возмещения от своего банка-получателя - банка, с которым он, как правило, поддерживает постоянные деловые отношения (A/CN.9/341, пункт 111).

6. В качестве аргумента против такой системы ответственности используется концепция, согласно которой никто не должен нести ответственности за действия третьих сторон. Банк перевододателя не всегда в состоянии знать, каким путем будет осуществляться международный перевод кредита в банк бенефициара, и тем более не в состоянии контролировать этот процесс. Когда перевододатель просит свой банк перевести средства в зарубежную страну, он должен знать о том, что, вероятно, потребуется использовать независимые банки-посредники (A/CN.9/341, пункт 108).

7. На двадцать первой сессии были сделаны противоречивые заявления относительно стандарта "осмотрительности", в отношении которого банк перевододателя будет нести ответственность в случае, когда убытки понесены в результате действий банка-посредника в зарубежной стране.

Согласно одной из точек зрения, банк перевододателя будет нести ответственность, если банк-посредник не действует в соответствии с нормами исполнения, установленными в типовом законе. Был приведен пример случая, когда банк-посредник не исполняет платежное поручение в день его получения, поскольку норма, действующая в этой стране, предусматривает исполнение на следующий день. Согласно другой точке зрения, в соответствии со статьей 15(1) действия банка-получателя, а, следовательно, и стандарт осмотрительности со стороны банка перевододателя будут оцениваться на основании норм, действующих в государстве банка-получателя, т.е. банка-посредника (A/CN.9/341, пункты 109 и 110). См. комментарий 10 к статье 15.

8. На семнадцатой сессии Рабочей группы было принято решение, что перевододатель должен также иметь возможность взыскивать убытки непосредственно с банка-посредника, который несет ответственность за понесенные убытки, поскольку могут быть такие ситуации, когда получить возмещение от банка перевододателя будет невозможно (A/CN.9/317, пункт 139).

9. Эта система ответственности подробно обсуждалась на девятнадцатой сессии, но не было принято окончательного решения в отношении того, следует ли эту систему сохранить, или от нее следует отказаться, или ее следует изменить (A/CN.9/328, пункты 66-74 и 144). На двадцатой сессии четыре делегации, которым было предложено сформулировать согласованную позицию в отношении статьи 12, в целом согласились, что ответственность за убытки следует возложить на банк, в котором произошли события, приведшие к убыткам (A/CN.9/329, пункт 188, вопрос 4). На двадцать первой сессии Рабочая группа отметила, что различия между противоположными позициями устранены не были, и поэтому она постановила сохранить этот пункт. Было отмечено, что сохранение пункта 2 не подразумевает принятия какого-либо решения по другим пунктам статьи 12 и, особенно, по пункту 5, хотя было также признано, что существует связь между типом и размерами убытков, в отношении которых могут быть предъявлены требования, и соответствующими нормами для определения того, какой банк или банки должны нести ответственность перед перевододателем за эти убытки (A/CN.9/341, пункты 105 и 114).

10. На существо данного положения могут оказать влияние другие решения, которые были приняты Рабочей группой в отношении ответственности и убытков. На девятнадцатой сессии Рабочая группа постановила, что она рассмотрит вопрос о том, чтобы предусмотреть в типовом законе, что, когда имеется задержка в переводе кредита, бенефициар будет прямо наделен правом взыскивать проценты, образовавшиеся в результате задержки, с банка, вызвавшего такую задержку (A/CN.9/328, пункты 131 и 132). На двадцать первой сессии было отмечено, что никакого текста по этому вопросу принято не было, однако Рабочая группа исходила в своей работе из той предпосылки, что уплата процентов бенефициару считается нормальной практикой (A/CN.9/341, пункты 118 и 119; см. также комментарии 25-33). На двадцать первой сессии был исключен пункт 5(b), устанавливающий, что ущерб мог бы включать убытки, вызванные изменениями валютных курсов, и было принято решение о том, что любое возможное возмещение таких убытков должно быть рассмотрено в связи с косвенным (последующим) ущербом (A/CN.9/341, пункт 124; см. комментарии 38-42). На семнадцатой сессии степень, в которой возмещались бы косвенные (последующие) убытки, была ограничена ситуациями, при которых убытки возникают в результате намеренных или халатных действий, а на двадцать первой сессии было решено, что ответственность может нести только тот банк, в котором имели место такие действия (A/CN.9/317, пункты 115-117; A/CN.9/328, пункты 140-143; A/CN.9/341, пункты 114 и 126). В результате единственными убытками, в отношении которых будут применяться процедуры, предусмотренные в пункте 2, будут проценты и издержки по новому платежному поручению и разумные издержки, связанные с юридическим представительством, как это предусматривается в пункте 5(c).

11. Было также принято решение о том, что в тех случаях, когда перевод кредита успешно не осуществляется, перевододатель имеет право на возвращение основной переводимой суммы, независимо от причин невыполнения перевода (статья 11(b)). Хотя можно счесть, что статья 11(b) служит реализации принципа, закрепленного в пункте 2, эта статья не рассматривается в качестве положения, регулирующего вопросы ответственности (см. комментарий 8 к статье 11).

12. На двадцать первой сессии Рабочая группа просила секретариат предложить Рабочей группе пересмотренный проект этого пункта и в особенности его второго предложения (A/CN.9/341, пункт 115). Секретариат предлагает пересмотреть редакцию этого пункта следующим образом:

> "Банк-получатель, который не является банком бенефициара и который акцептует платежное поручение, несет ответственность перед своим отправителем и перед перевододателем за указанные в пункте 5 настоящей статьи убытки, которые вызваны задержкой в завершении перевода кредита, незавершением перевода кредита или ненадлежащим завершением с точки

зрения инструкций, содержащихся в платежном поручении перевододателя. Банк-получатель несет ответственность согласно подпункту 5(d) только в той степени, в которой его действия вызвали убытки".

13. В вступительной части первого предложения этого предлагаемого пересмотренного проекта используются те же слова, что и в статьях 5 и 6. Делается ссылка на задержку в завершении перевода кредита, а не на завершение перевода в сроки, установленные в статье 9, поскольку текст статьи 9 в ее настоящем виде предусматривает срок, в течение которого должны быть приняты меры в отношении полученного платежного поручения, но не срок, в течение которого перевод кредита должен быть завершен. Хотя ненадлежащее завершение перевода кредита с точки зрения инструкций, содержащихся в платежном поручении перевододателя, весьма часто ведет к задержке в завершении, представляется целесообразным включить этот вопрос в текст в качестве отдельной позиции, по которой банк несет ответственность. Содержавшееся в первоначальном варианте второе предложение было не переформулировано, а исключено, поскольку оно, как представляется, в настоящее время не является необходимым. Новое второе предложение направлено на реализацию решения Рабочей группы о том, что ответственность за убытки согласно подпункту 5(d) должен нести только банк, в котором произошла ошибка.

Пункт 3

14. В пункте 3 содержится ограничение на действие положений пункта 2 в том случае, когда перевод кредита завершен иным способом, чем это было указано в платежном поручении перевододателя. Ни один банк, который в цепочке перевода кредита стоит после того места, где произошли ошибка или мошенничество, ставшие причиной несоответствия, не несет никакой ответственности за то, что перевод кредита не был исполнен должным образом. Однако в соответствии со статьей 11 такой банк будет обязан содействовать исправлению положения. На двадцать первой сессии было отмечено, что это положение носит технический характер, но что в пересмотренном проекте, предложенном в документе A/CN.9/WG.IV/WP.46, комментарий 28 к статье 12, содержатся редакционные вопросы и вопросы существа, к рассмотрению которых Рабочей группе потребуется вернуться на более позднем этапе. Соответствующее положение гласило следующее:

"Банк-получатель не несет ответственности в соответствии с пунктом 2, если платежное поручение, полученное каждым последующим банком-получателем, соответствует полученному им платежному поручению и если он и все последующие банки-получатели исполнили полученное ими платежное поручение в сроки, требуемые в соответствии со статьей 9, или выполнили все обязательства об уведомлении, упомянутые в пункте 6 [предложения]. Банк-получатель, который не акцептует платежное поручение, несет ответственность в соответствии с пунктом 2 лишь в отношении неуведомления об отклонении в соответствии со статьей 5(3)".

Пункт 4

15. Банк бенефициара может причинить ущерб бенефициару такими действиями, как невыполнение своих обязательств в соответствии со статьей 8(4), неакцептом платежного поручения, которое он обязан акцептовать по соглашению с бенефициаром, или акцептом платежного поручения, которое бенефициар распорядился не акцептовать.

16. Вопрос о том, следует ли в типовой закон включить положения, касающиеся таких убытков, требует принятие соответствующего решения. С одной стороны, убытки будут понесены в результате невыполнения обязательств в отношении перевода кредита. С другой стороны, можно прийти к выводу, что нет необходимости устанавливать нормы об ответственности банка бенефициара перед бенефициаром особенно в тех случаях, когда эти нормы могут отличаться от национальных норм, регулирующих ответственность во всех иных отношениях за аналогичное невыполнение обязательств банком. В пункте 4(a) избирается средняя позиция путем ссылки на существование такой ответственности, но установление основных норм, регулирующих эту ответственность, оставляется на усмотрение того законодательства, которое регулирует отношения между владельцами счетов и банками. На семнадцатой сессии Рабочая группа постановила отложить принятие решения о сохранении или исключении настоящего подпункта до того момента, пока не сформируется более полное представление о тексте в целом (A/CN.9/317, пункт 150). На двадцатой сессии Рабочая группа рассмотрела аналогичную проблему в связи со статьей 8 (см. статью 8, комментарии 1-4).

17. На двадцать первой сессии Рабочая группа отдала предпочтение первой из двух альтернативных формулировок в квадратных скобках, т.е. формулировке "отношения между владельцами счетов и банками" (A/CN.9/341, пункт 117). Рабочая группа также постановила, что

в подпункт (a) должна быть включена ссылка на невыполнение банком бенефициара одного из обязательств по статье 8. В пункт (6C) предложения делегации Соединенного Королевства, которое было сообщено секретариату перед двадцатой сессией, был включен текст подпункта 4(a) в его настоящем виде и было добавлено "или, если бенефициар не имеет счета в этом банке, за неуведомление его в соответствии со статьей 8(6) о том, что он держит для него средства" (A/CN.9/WG.IV/WP.46, пункт 28). Однако, как представляется, это не входит в намерения Рабочей группы. Хотя этот вопрос не изложен в докладе достаточно четко, представляется, что ссылка на статью 8 предназначена для замены слов "за ненадлежащее исполнение или за неисполнение акцептованного им платежного поручения". Редакция вводной части и подпункта (a) может быть, поэтому, изменена следующим образом:

"Банк бенефициара несет ответственность

a) перед бенефициаром за неисполнение одного из своих обязательств по статье 8 в той степени, в которой это предусмотрено правом, регулирующим отношения между владельцами счетов и банками, и".

18. Хотя преимущество такой формулировки заключается в том, что в ней содержится ссылка на обязательства, установленные в самом типовом законе, она создает определенную трудность, состоящую в том, что ни в одном государстве не будет иметься норм, предусматривающих ответственность за неисполнение обязательств по статье 8. Нецелесообразно также устанавливать, что

"Банк бенефициара несет ответственность

a) перед бенефициаром за неисполнение одного из видов обязательств, установленных согласно статье 8, в той степени, в которой это предусматривается правом, регулирующим отношения между владельцами счетами и банками, и".

19. Если не ставится цели заменить ссылкой на статью 8 существующие формулировки, то это положение могло бы гласить следующее:

"Банк бенефициара несет ответственность

a) в той степени, в которой это предусмотрено правом, регулирующим отношения между владельцами счетов и банками, перед бенефициаром за ненадлежащее исполнение или неисполнение акцептованного им платежного поручения, как это предусматривается в статье 8, и".

20. Банк бенефициара может причинить убытки отправителю или перевододателю в том случае, если он не направит одно из уведомлений, требуемых на основании статьи 8. Регулирование вопроса о таких убытках см. пункт 6 и комментарии 43 и 44. Неотправление уведомления об отклонении, требуемого по статье 7(2), не причинит убытков отправителю или перевододателю, поскольку это приведет к акцепту платежного поручения банком бенефициара.

21. Кроме того, как отмечается в пункте 4(b), банк бенефициара может причинить убытки отправителю или перевододателю в том случае, если он не предоставит средства в распоряжение бенефициара в соответствии с датой исполнения или датой платежа. (В тексте на английском языке по-прежнему ошибочно используется термин "pay date"). Ср. комментарий 23 к статье 8.

22. При любом пересмотре статьи 12, возможно, следует рассмотреть вопрос об изменении порядка очередности подпунктов (a) и (b) или о перенесении их в отдельные пункты.

Пункт 5

23. Положения пункта 5 по существу применимы к убыткам, вызванным задержкой или неисполнением перевода кредита. В этом смысле своевременное завершение перевода на сумму, меньшую по сравнению с полной суммой, можно считать задержкой перевода той суммы, которая составляет разницу между должной суммой и фактически переведенной суммой.

24. В статье 4(2) и (3) распределяются убытки, вызванные несанкционированными платежными поручениями. В пункте 6 устанавливается ответственность за убытки, вызванные ненаправлением уведомления, требуемого по статьям 6(3) и 8(2). В статье 11(b) устанавливается обязательство каждого банка-получателя возмещать своему отправителю любые средства, полученные от отправителя, в том случае, когда перевод не был благополучно завершен.

Проценты, подпункт (a)

25. Убытки в виде потери процентов могут быть понесены различными способами в результате перевода кредита, который не был осуществлен в соответствии с существовавшими намерениями. Если банк-получатель получает средства от своего отправителя, но задерживает исполнение платежного поручения, можно говорить о том, что отправителю (которым может быть перевододатель или банк-отправитель) причинены убытки в виде потери процентов, поскольку он был лишен средств раньше, чем они были нужны банку для исполнения платежного поручения. Если банк-получатель получает средства от своего отправителя с опозданием, но исполняет платежное поручение, не дожидаясь получения средств, банк-получатель несет убытки в виде потери процентов, однако никакая последующая сторона, включая бенефициара, никаких убытков не несет. Если в результате какой-либо задержки или ошибки, имевших место в банке-получателе, происходит задержка с переводом кредита в целом, можно говорить о том, что бенефициару причинены убытки в виде потери процентов.

26. Если бенефициар может востребовать потерянные проценты от перевододателя в силу задержки платежа по основному обязательству, то перевододатель может востребовать проценты, уплаченные им бенефицару, от банка, в котором произошла задержка, или от банка перевододателя. Во многих случаях сумма процентов, которую бенефициар может востребовать от перевододателя в результате задержки платежа по основному обязательству, будет превышать сумму процентов, причитающуюся с банка в результате задержки в осуществлении перевода кредита. На двадцать первой сессии, когда было предложено, что банк, вызвавший задержку, должен уплатить бенефициару или перевододателю (если перевододатель предоставил возмещение бенефициару) дополнительную сумму, равную причитающимся процентам в результате задержки платежа по основному обязательству, за вычетом суммы, уже уплаченной за задержку в переводе кредита, было указано, что такая дополнительная сумма по своему характеру относится к косвенным (последующим) убыткам и должна рассматриваться как таковая в типовом законе (A/CN.9/341, пункт 120; см. комментарий 41).

27. На девятнадцатой и двадцать первой сессиях Рабочая группа подробно рассмотрела эту проблему (A/CN.9/328, пункты 122-131; A/CN.9/341, пункты 118-123). Она согласилась с тем, что в любом случае, когда бенефициару были кредитованы средства позднее, чем это должно было быть, по причине задержки перевода, банк-получатель, вызвавший задержку, не должен иметь возможности получать выгоду от использования средств в период задержки (A/CN.9/328, пункт 122). Рабочая группа отметила, что во многих крупных банковских центрах существует банковская практика, в соответствии с которой банк, в котором произошла задержка перевода, добавляет соответствующую сумму процентов к переводимой сумме. В результате банк, получающий перевод с задержкой, автоматически получает проценты. Было отмечено, что такая практика является эффективной и оперативной, не требующей проведения какого-либо расследования в отношении фактов основной сделки, но позволяющей исправлять положение путем предоставления суммы, которая, как правило, будет приблизительно соответствовать сумме понесенных убытков; и эта практика должна быть признана правовой системой (A/CN.9/328, пункт 126).

28. По окончании обсуждения на девятнадцатой сессии Рабочая группа постановила, что будет целесообразно предусмотреть в типовом законе положение о том, что бенефициар будет иметь право на возмещение процентов, образующихся в результате задержки, непосредственно банком, вызвавшим задержку. Поскольку это предложение вызвало целый ряд вопросов, которые потребуют консультаций, Рабочая группа просила секретариат подготовить проект положения для рассмотрения на ее двадцатой сессии (A/CN.9/328, пункт 131). В рабочем документе, представленном секретариатом на двадцатой сессии (A/CN.9/WG.IV/WP.44, статья 12, комментарий 17), было предложено положение, которое, однако, не было рассмотрено на этой сессии.

29. На двадцать первой сессии было заявлено, что в тех случаях, когда перевод кредита не завершен и перевододатель имеет право на возвращение своих средств согласно статье 11(b), перевододатель должен также иметь право на получение процентов (A/CN.9/341, пункт 118).

30. Было также отмечено, что общепринятым способом взаимной компенсации банками причитающихся процентов является корректировка даты кредитования счета, с тем чтобы была указана дата "as of" (по состоянию на), на которую счет должен был быть кредитован (A/CN.9/341, пункт 119). В результате изменения даты кредитования соответствующие проценты автоматически причитаются банку-получателю кредита. Было заявлено, что на практике задержка в исполнении платежного поручения почти всегда вызывается ненадлежащим исполнением платежного поручения. Как только о допущенной ошибке сообщается банку, он немедленно должным образом исполняет поручение в размере первоначальной суммы. Корректировки процентов будут

осуществляться позднее, обычно путем корректировки "по состоянию на", хотя этот метод менее часто используется в тех случаях, когда лицо, в интересах которого осуществляется корректировка, не имеет счета в соответствующем банке.

31. Кредитуются ли проценты, причитающиеся в результате задержки, на счет банка-получателя в качестве суммы денег или получает на практике банк-получатель проценты в результате кредитования по состоянию на более раннюю дату, не имеется гарантий того, что банк-получатель перечислит проценты следующему банку в цепочке перевода кредита или бенефициару. Это объясняется не только тем, что банк-получатель может не предполагать наличие какого-либо юридического обязательства сделать это, но имеются и случаи, когда банк-получатель является единственной стороной, понесшей убытки в результате потери процентов. На двадцать первой сессии указывалось, что в целях урегулирования подобной ситуации в Соединенных Штатах было предложено правило, в соответствии с которым от отправителя (в случае возврата суммы, уплаченной согласно положению, эквивалентному статье 11(b)) или банка-получателя, в пользу которого осуществляется корректировка "по состоянию на", но который не является конечной стороной, имеющей право на проценты, потребуется передать суммы, полученные в результате корректировки "по состоянию на", первоначальному перевододателю или конечному бенефициару в форме процентов (A/CN.9/341, пункт 119; предложенное Правило J, раздел 210.32(b)(2)). В комментарии 12 к статье 11 высказывается предположение о том, что требование к банку-получателю возвратить сумму неосуществленного перевода кредита "с процентами" автоматически вызовет передачу процентов перевододателю.

32. Корректировка процентных ставок между банками будет автоматически производиться по межбанковской ставке в соответствующей валюте, когда она осуществляется с помощью корректировки даты кредитования счета при использовании способа "по состоянию на". Корректировка даты кредитования счета бенефициара, не являющегося банком, с помощью способа "по состоянию на" не приведет автоматически к тем же последствиям. Фактическая сумма процентов, которую получит бенефициар, не являющийся банком, будет зависеть от того, имелось ли на его счету положительное или отрицательное сальдо в течение этого периода времени, поскольку ставки, взимаемые по отрицательному сальдо, всегда выше, чем процентные ставки, которые бенефициар получил бы, если бы на его счету имелось положительное сальдо.

33. В результате этого, хотя и было высказано предложение, что в типовом законе должна быть указана надлежащая процентная ставка, подлежащая уплате, и что проценты должны исчисляться по межбанковской ставке в той валюте, в которой было выражено платежное поручение, Рабочая группа постановила, что она предусмотрит, что проценты подлежат выплате, без указания на то, как они должны исчисляться (A/CN.9/341, пункты 121 и 123).

34. В сообщении, направленном секретариату до двадцатой сессии, делегация Соединенного Королевства предложила ряд положений, касающихся уплаты процентов. Эти положения воспроизводятся в документе A/CN.9/WG.IV/WP.46, комментарий 28 к статье 12, пункты (6A), (6B) и (6D). В отношении права бенефициара на возмещение процентов предложенный пункт (6B) предусматривает

> "Если перевод кредита задержан ненадлежащим исполнением платежного поручения, которое было акцептовано банком-получателем, не являющимся банком бенефициара, банк обязан компенсировать бенефициару потерю процентов. Обязательства банка перед бенефициаром исполняются в той мере, в которой он переводит своему банку-получателю дополнительную сумму к той сумме, которую он получил от своего отправителя".

35. Конец второго предложения может быть изменен путем добавления слов "или проводит надлежащую корректировку даты кредитования". Кроме того, в свете предложенной в Соединенных Штатах нормы, о которой говорилось в комментарии 31, возможно, следует рассмотреть вопрос о добавлении нового пункта, с тем чтобы

> "Если банк-получатель, являющийся получателем процентов за задержку [в том числе путем корректировки даты кредитования или дебетования счета], не является бенефициаром перевода, банк-получатель передает право на получение процентов своему банку-получателю".

Убытки, понесенные в результате изменения обменных курсов, подпункт (b)

36. Подпункт 5(b) предусматривает, что банк будет нести ответственность за убытки, обусловленные изменением обменных курсов и понесенные в результате задержки в международном переводе кредита. После обсуждения на девятнадцатой и двадцатой сессиях Рабочей группы (A/CN.9/328, пункты 133-136; A/CN.9/329, пункт 188), этот подпункт был исключен на двадцать первой сессии (A/CN.9/341, пункт 125).

Расходы, понесенные в связи с новым платежным поручением и юридическим представительством, подпункт (c)

37. На девятнадцатой сессии Рабочей группы было отмечено, что первая часть подпункта 5(c) не играет большой роли в силу того, что суммы денег, о которых здесь говорится, являются незначительными и что банк-получатель вполне может взять на себя расходы по выдаче нового платежного поручения в рамках своего обязательства по статье 11(a), с тем чтобы помочь осуществить перевод кредита, который не был осуществлен должным образом. Вторая часть настоящего подпункта была заключена в квадратные скобки и к ней была добавлена сноска, поскольку трудно сформулировать норму, в которой удалось бы отразить те различные средства, при помощи которых в различных правовых системах распределяются расходы, связанные с юридическим представительством (A/CN.9/328, пункты 137-139). На двадцать первой сессии Рабочая группа сочла, что вопросы, поднятые в этом подпункте, являются несущественными и должны быть оставлены на рассмотрение на более позднем этапе (A/CN.9/341, пункт 125).

Другие убытки, подпункт (d)

38. В отношении пункта 5(d) Рабочая группа на своей семнадцатой сессии пришла к выводу, что взамен относительно строгого режима ответственности банк не будет нести ответственность за косвенные убытки, если не будут предъявляться более жесткие требования в отношении других элементов убытков (A/CN.9/317, пункты 115-117). Это решение было подтверждено в другом контексте на восемнадцатой сессии Рабочей группы (A/CN.9/318, пункты 146-150). Как было отмечено на семнадцатой сессии, используемая в настоящем тексте формула взята из статьи 8 Конвенции Организации Объединенных Наций о морской перевозке грузов 1978 года (Гамбургские правила). Для возмещения косвенных убытков истец должен будет доказать умысел или безответственность банка.

39. На девятнадцатой сессии сохранение сути данного положения было вновь подтверждено (A/CN.9/328, пункты 140-143). Однако формулировка подпункта критиковалась как неточная. Было отмечено, что формулировка подпункта не поясняет виды убытков, которые должны подпадать под этот подпункт, и что убытки должны быть прямым следствием неисполнения обязательств со стороны банка. Было заявлено, что формула, взятая из статьи 8 Гамбургских правил для ограничения права на возмещение убытков, должным образом не отражает всех проблем, связанных с осуществлением переводов кредита (A/CN.9/328, пункт 142). После обсуждения Рабочая группа решила заключить в квадратные скобки слова "любые другие убытки" и слова, взятые из Гамбургских правил, с тем чтобы отметить свое намерение изменить формулировку данного положения.

40. На двадцатой сессии три из четырех делегаций, которым было поручено сформулировать согласованную позицию, высказались в поддержку сохранения положения в той или иной форме, а одна делегация высказалась за исключение данного положения (A/CN.9/329, пункт 188, вопрос 3).

41. На двадцать первой сессии Рабочая группа постановила ограничить применение подпункта (d) таким образом, чтобы только банк-получатель, совершивший ошибку, которая повлекла за собой эти убытки, мог нести ответственность перед перевододателем или своим отправителем (A/CN.9/341, пункты 114 и 126). После этого решения Рабочая группа подробно рассмотрела вопрос о том, следует ли вообще сохранять это положение (A/CN.9/341, пункты 127-131). В конце обсуждения было сделано предложение исключить как пункт 5(d), так и пункт 8. В соответствии с этим предложением типовой закон не будет предусматривать возмещения косвенных убытков ни при каких обстоятельствах, однако соответствующая сторона не лишается возможности использовать другие доктрины права, которые могут применяться в соответствующей правовой системе, для выдвижения требований о возмещении таких убытков. Аналогичное предложение заключалось в том, чтобы объединить пункт 5(d) и пункт 8, с тем чтобы на банки распространялись другие соответствующие доктрины права в случаях, когда они действуют так, как это описывается в нынешнем тексте пункта 5(d). Рабочая группа постановила, что ей потребуется дополнительное время для изучения представленных предложений. Она заключила оба текста в квадратные скобки, с тем чтобы вновь рассмотреть их на следующей сессии.

42. В сообщении, направленном секретариату после двадцать первой сессии, делегация Соединенного Королевства высказала мнение, что, если предложенный ею измененный проект пункта 5(d) не будет принят (A/CN.9/WG.IV/WP.46, комментарий 28 к статье 12), предложение об объединении пункта 5(d) и пункта 8 может быть осуществлено путем добавления в конец текста пункта 8 в его настоящем виде следующих слов:

"за исключением любого средства, в соответствии с которым банк несет ответственность за компенсацию убытков, вызванных ненадлежащим исполнением, задержкой в исполнении или неисполнением в результате действия или бездействия этого банка, совершенных с намерением причинить такие убытки, или в результате халатности и с пониманием, что такие убытки могут быть причинены".

Пункт 6

43. В большинстве случаев нарушений обязательств по типовому закону размер понесенных убытков относительно ясен, и их возмещение потерпевшей стороне можно урегулировать на основании общих положений пункта 5. Когда Рабочая группа приняла положение, требующее от банка-получателя, чтобы он уведомлял своего отправителя об ошибочном адресовании платежного поручения, как это предусмотрено в статьях 6(3) и 8(2) в нынешнем тексте проекта, она отметила, что не всегда можно легко измерить понесенные убытки. Тем не менее, Рабочая группа придерживалась мнения, что должна быть разработана санкция в отношении банка, не уведомившего отправителя, если это неуведомление задержало перевод (A/CN.9/318, пункт 122). Если банк-получатель имеет в своем распоряжении средства в течение того времени, когда он не уведомляет отправителя об ошибочном адресовании, то обязательство о выплате процентов есть не что иное, как возмещение той суммы, которую, как можно предположить, банк получил за то время, пока данные средства находились в его распоряжении, а также той суммы, которую, как можно предположить, недополучил отправитель. Если банк-получатель не имел в своем распоряжении средств, требование об уплате процентов за срок до 30 дней служит лишь мерилом убытков, понесенных, как можно предположить, отправителем.

44. В пересмотренном проекте всей статьи, предложенном делегацией Соединенного Королевства в своем сообщении, направленном секретариату после двадцатой сессии и воспроизведенном в документе A/CN.9/WG.IV/WP.46, комментарий 28 к статье 12, к общим проблемам, рассматриваемым в пункте 6, относятся следующие положения:

"6) Данный пункт распространяется на банк-получатель, который несет ответственность лишь за невыполнение им или невыполнение последующим банком-получателем любых из нижеперечисленных обязательств об уведомлении:

a) уведомить об отклонении в соответствии со статьей 5(3) или 7(2) в случае, если от отправителя не был получен платеж;

b) уведомить об ошибочном адресовании в соответствии со статьей 6(3) или 8(2);

c) уведомить об отсутствии достаточной информации в соответствии со статьей 6(4) или 8(3);

d) уведомить о расхождении между словами и цифрами, которые обозначают сумму денег в соответствии со статьей 6(5) или 8(4);

Если банк, на который распространяется данный пункт, несет ответственность в соответствии с данной статьей перед перевододателем или перед своим отправителем, он обязан компенсировать лишь потерю процентов максимум за 7 дней или за период, в течение которого имел средства, в зависимости от того, какой период продолжительнее".

Пункт 7

45. В пункте 7 предусматривается важное правило, устанавливающее пределы, в которых положения настоящей статьи могут изменяться по соглашению сторон.
Пункт 7 будет представлять собой ограничение общего права сторон изменять на основании договора свои права и обязательства, которое устанавливается в статье 16, принятой Рабочей группой на двадцать первой сессии (A/CN.9/341, пункт 52).

Пункт 8

46. Пункт 8, в котором устанавливается, что положения об ответственности настоящей статьи не зависят от договорных отношений и их перечню придается подчеркивающий характер, был добавлен по предложению Рабочей группы на ее семнадцатой сессии (A/CN.9/317, пункт 119). Без такого положения некоторые правовые системы могут допускать другие средства правовой защиты, основанные на общих концепциях обязательства, что тем самым будет нарушать единообразие права, установление которого является целью типового закона.

47. На двадцать первой сессии было предложено исключить как пункт 5(d), так и пункт 8 или объединить их (A/CN.9/341, пункт 130; см. комментарии 41 и 42). На этой же сессии Рабочая группа постановила заключить оба пункта в квадратные скобки и рассмотреть их на следующей сессии.

Сопоставление со статьей 4A

48. Статья 4A-305 предусматривает, что банк-получатель несет ответственность за задержку в исполнении, ненадлежащее исполнение или неисполнение платежного поручения. В случае задержки в завершении перевода банк "обязан уплатить проценты либо перевододателю, либо бенефициару...". В других случаях ненадлежащего исполнения или неисполнения банк "несет ответственность перед перевододателем по его расходам при переводе средств и по косвенным расходам и потере процентов... в результате ненадлежащего исполнения". "Если банк-получатель не исполняет платежное поручение, которое он был обязан на основании прямо выраженного соглашения исполнить, банк-получатель несет ответственность перед отправителем за его расходы по этой операции и за косвенные расходы и потерю процентов в результате неисполнения". Во всех случаях дополнительные "убытки, включая косвенные убытки, возмещаются [только] в той мере, в которой это прямо предусмотрено в письменном соглашении банка-получателя".

Предложенный новый пункт

49. В сообщении секретариату, направленном после двадцать первой сессии, делегация Соединенного Королевства высказала мнение, что дополнительная трудность, которая возникает в связи со статьей 12 и которая до настоящего времени не рассматривалась Рабочей группой, заключается в том, что банк, который обязан уплатить компенсацию своему отправителю или перевододателю и который имеет право на получение компенсации от своего банка-получателя, но не может сделать этого, поскольку этот банк является неплатежеспособным, не имеет права получить компенсацию от банка, стоящего дальше в цепочке перевода. Если банк, стоящий дальше в цепочке перевода, уже уплатил компенсацию неплатежеспособному банку или банку-посреднику, он не должен быть обязанным платить вновь, однако если он еще не уплатил, то, представляется, нет никаких причин для того, чтобы он в обход неплатежеспособного банка не уплатил бы банку, стоящему далее в цепочке перевода. Для того, чтобы урегулировать такую ситуацию, делегация Соединенного Королевства предложила следующий новый пункт, который основывается на структуре пересмотренного проекта статьи 12 в документе A/CN.9/WG.IV/WP.46, комментарий 28 к статье 12:

> "Банк, который имеет право на получение компенсации от своего банка-получателя согласно настоящей статье, однако не способен сделать этого в результате неплатежеспособности последнего банка, имеет, при условии соблюдения пункта (6E), право на получение компенсации от любого последующего банка в той мере, в которой этот банк еще не уплатил компенсации своему отправителю согласно настоящей статье, и обязательство такого последующего банка уплатить компенсацию своему отправителю исполняется в той мере, в которой он уплачивает такую компенсацию первому упомянутому банку".

Статья 13. Освобождение от ответственности

> Банк-получатель и любой банк, перед которым банк-получатель прямо или косвенно несет ответственность в соответствии со статьей 12, освобождается от ответственности за неисполнение любого из своих обязательств, если банк докажет, что неисполнение было вызвано приказом суда, нарушением работы средств связи или поломкой оборудования, приостановлением платежей другим банком, войной, чрезвычайными условиями или другими обстоятельствами, учета которых банком во время перевода кредита было бы неразумно ожидать, или банк докажет, что он, приняв разумные меры, не мог избежать данного обстоятельства или преодолеть его последствия.

Предыдущее обсуждение

A/CN.9/297, пункт 60
A/CN.9/317, пункт 151-156

Комментарии

1. Поскольку ответственность банка-получателя за потерю процентов, и расходы, понесенные в связи с новым платежным поручением, будет наступать просто в силу неосуществления перевода, статья 13 предоставляет банку-получателю его единственное основание для защиты в подобных случаях.

2. Статья 13 неприменима к обязательству банка-получателя на основании статьи 11(b) возмещать своему отправителю любые средства, полученные от отправителя, в том случае, когда платежное поручение, соответствующее содержанию платежного поручения, выданного перевододателем, не было выдано или акцептовано банком бенефициара. Это также, как представляется, неприменимо к обязательству банка уплачивать "любые другие убытки" на основании статьи 12(5)(d), поскольку это положение содержит свои собственные жесткие ограничения ответственности. (См. комментарии 38-42 к статье 12). Кроме того, можно спросить, будет ли применение статьи 13 к концепции потери процентов соответствовать принятому на девятнадцатой сессии решению Рабочей группы о том, что банку, который вызвал задержку в переводе кредита, непозволительно получать проценты со средств, которые находились в его распоряжении по причине задержки (A/CN.9/328, пункт 122), или принятому на семнадцатой сессии решению о том, что банк-получатель должен нести ответственность за потерю процентов, если он не уведомляет своего отправителя об ошибочном адресовании. (Существующее в настоящее время положение в связи с обязанностью банка уплатить проценты в результате неисполнения одного из своих обязательств см. комментарий 25-35 к статье 12 в том, что касается пункта 5(a), и комментарии 43 и 44 к статье 12 в том, что касается пункта 6).

3. Согласно статье 13 банк должен доказать наличие условия, освобождающего его от ответственности. Хотя имеется перечень конкретных условий, на основании которых банк может быть освобожден от ответственности, ссылка на "другие обстоятельства" говорит о том, что данный перечень не является исчерпывающим. Настоящий проект статьи 13 Рабочей группой не обсуждался.

4. В сообщении, направленном секретариату после двадцатой сессии, делегация Соединенного Королевства предложила следующий пересмотренный вариант:

> "Банк-получатель и любой банк, перед которым банк-получатель несет ответственность в соответствии со статьей 12, освобождается от ответственности за неисполнение любого из своих обязательств в соответствии с этой статьей, если банк докажет, что неисполнение было вызвано обстоятельствами, которые были вне контроля банка и которых он не мог избежать или преодолеть".

5. Сопоставление со статьей 4A. В статье 4A эквивалентного положения не содержится.

ГЛАВА IV. ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫЕ ПОСЛЕДСТВИЯ ПЕРЕВОДА КРЕДИТА

Статья 14. Платеж и исполнение денежных обязательств; обязательство банка перед владельцем счета

1) Исключен

2) Если перевод предназначался для целей исполнения обязательства перевододателя перед бенефициаром, которое может быть исполнено путем перевода кредита на счет, указанный перевододателем, то обязательство исполняется в момент, когда банк бенефициара акцептует платежное поручение, и в таком объеме, в каком оно было бы исполнено путем платежа такой же суммы наличными.

2 бис) Перевод кредита завершается акцептом платежного поручения банком бенефициара. По завершении перевода кредита банк бенефициара становится должником бенефициара в размере акцептованного им платежного поручения.

3) Если один или несколько банков-посредников вычитают комиссионный сбор из суммы перевода кредита, обязательство исполняется на сумму этих сборов в дополнение к сумме платежного поручения, полученного банком бенефициара. Если не согласовано иное, дебитор обязан компенсировать кредитору сумму этих сборов.

4) Исключен.

Предыдущее обсуждение

A/CN.9/317, пункты 157-164
A/CN.9/328, пункты 37-43
A/CN.9/329, пункты 189-192
A/CN.9/341, пункты 11-23

Комментарии

Пункт 1

1. Пункт 1 предусматривал, что денежные обязательства могут быть исполнены с помощью межбанковских переводов кредита, приводящих к кредитованию какого-либо счета. Этот пункт был исключен на двадцать первой сессии (A/CN.9/341, пункт 12). В качестве причин указывалось, что, хотя многие правовые системы уже признают переводы кредита в качестве допустимого способа платежа, вопрос о возможности исполнения денежного обязательства посредством перевода кредита должен регулироваться в соответствии с политикой каждого государства и что рассмотрение кредита на банковском счету в качестве имеющего то же юридическое значение, что и деньги, выпускаемые центральным банком, может противоречить валютно-финансовой политике ряда стран.

Пункт 2

2. До двадцать первой сессии в пункте 2 предусматривалось, что обязательство должника исполняется, когда банк бенефициара акцептует платежное поручение. В этот же момент банк бенефициара становится должником бенефициара. История подготовки этого бывшего проекта положения описывается в документе A/CN.9/WG.IV/WP.46, комментарии 5-9 к статье 14. Настоящий текст был принят на двадцать первой сессии (A/CN.9/341, пункты 13-17).

3. Хотя в рамках Рабочей группы существовала широко распространенная точка зрения, что в типовом законе не следует ни предусматривать, что должник имеет право исполнить обязательство путем перевода средств для кредитования банковского счета кредитора, ни предусматривать, что, если такой перевод осуществлен, обязательство будет исполненным в объеме полученного платежного поручения, признавалось также, что будет целесообразным также предусмотреть норму, регулирующую определенные аспекты исполнения обязательств, когда стороны договорились о том, что обязательство может быть исполнено посредством перевода кредита. В частности, было высказано мнение, что в типовом законе целесообразно указать момент исполнения такого обязательства.

4. Пункт 2 применяется только в том случае, если перевод осуществляется в целях исполнения обязательства перевододателя/должника перед бенефициаром/кредитором и если это обязательство может быть исполнено с помощью перевода кредита на счет, указанный перевододателем. Хотя маловероятно, что в каком-либо государстве имеется общее запрещение переводов кредита и, особенно, международных переводов кредита, возможно, что некоторые обязательства могут исполняться только платежом наличными или какими-либо другими оговоренными способами. Более вероятным является то, что в каком-либо конкретном государстве обязательство считается исполненным с помощью перевода кредита на счет бенефициара, только если перевод сделан с его согласия. Такое согласие не обязательно должно быть прямо выраженным, оно может вытекать из факта наличия особого вида счета, из указания номера банковского счета на счете-фактуре или из других аналогичных обстоятельств.

5. Если применяется пункт 2, то в нем предусматривается, что обязательство исполняется в момент акцепта платежного поручения банком бенефициара. Хотя этого конкретно и не указывается в пункте 2, платежное поручение, акцептованное банком бенефициара, должно быть адресовано на надлежащий счет. Если платежное поручение адресуется на надлежащий счет, однако банк бенефициара не кредитует этот счет или кредитует ошибочный счет, обязательство перевододателя перед бенефициаром считается исполненным, и если бенефициар несет убытки в результате неправильного начисления кредита, он должен обратиться за возмещением к своему банку в соответствии с правом, применимым к отношениям между владельцами счетов и банками.

6. В пункте 2 предусматривается, что обязательство исполняется в той мере, в которой оно было бы исполнено в случае уплаты этой же суммы наличными. Соответствующей суммой является сумма платежного поручения, акцептованного банком бенефициара. Если банк бенефициара взимает сбор за получение и обработку платежного поручения, то этот сбор покрывается бенефициаром. Однако, если платежное поручение, акцептованное банком бенефициара, выдано на сумму, меньшую, чем сумма платежного поручения, направленного банком перевододателя, в результате сборов, взимаемых банками-посредниками, перевододатель не исполняет своего обязательства перед бенефициаром в объеме суммы этих сборов. Ср. комментарий 8.

7. В большинстве случаев, когда сумма обязательства выплачивается не полностью, обязательство считается исполненным только в объеме платежа. Однако в ряде случаев обязательство является неделимым и уплата суммы меньшей, чем полная сумма, не рассматривается в качестве исполнения какой-либо части обязательства (A/CN.9/328, пункт 39). Эти вопросы

регулируются на основании правовых доктрин, не входящих в сферу правового регулирования переводов кредита. Однако для того, чтобы установить последствия перевода суммы меньшей, чем полная сумма обязательства, в пункте 3 предусматривается, что обязательство исполнено в том объеме, в котором оно было бы исполнено в результате платежа той же суммы наличными.

8. Сопоставление со статьей 4А. В статье 4А-406 устанавливается по существу аналогичная норма в отношении момента исполнения, при той оговорке, что акты акцепта платежного поручения банком бенефициара несколько отличаются согласно статье 4А-209(b) от того, что предусмотрено в статье 7. В статье 4А-406(с) предусматривается, что объем исполнения обязательства соответствует сумме поручения перевододателя, "за исключением тех случаев, когда по требованию бенефициара перевододатель не уплачивает бенефициару сумму удержанных сборов".

Пункт 2 бис

9. Хотя в предыдущих вариантах проекта типового закона подразумевалось, что перевод кредита завершен, когда банк бенефициара акцептует платежное поручение, конкретная норма о моменте завершения перевода кредита была впервые включена в проект типового закона на двадцатой сессии, когда она была включена в определение термина "перевод кредита" в статье 2(а) (A/CN.9/329, пункты 31-33). На двадцать первой сессии эта формулировка была перенесена в статью 14 (A/CN.9/341, пункт 17). Так же, как и в предыдущем проекте, перевод кредита завершается в момент акцепта платежного поручения банком бенефициара.

10. Хотя общий принцип типового закона состоит в том, чтобы не затрагивать отношений между бенефициаром и банком бенефициара, в пункте 2 бис далее устанавливается, что, когда перевод кредита завершен, банк бенефициара становится должником бенефициара в размере акцептованного им платежного поручения. Это положение не предусматривает, в какой момент и каким образом банк бенефициара должен предоставить средства в распоряжение бенефициара или в каком размере банк бенефициара может удержать с бенефициара сборы за получение и обработку перевода. Эти вопросы должны регулироваться на основе права, применимого к отношениям между владельцами счетов и банками.

11. Пункты 2 и 2 бис являются взаимодополняющими в том смысле, что, если перевод кредита осуществляется в целях исполнения обязательства, требования бенефициара к перевододателю/должнику погашаются в тот же момент и в тех же размерах, когда и в которых у бенефициара возникают требования к банку бенефициара.

12. Сопоставление со статьей 4А. В статье 4А-104(а) предусматривается, что "перевод средств завершается акцептом банком бенефициара платежного поручения на имя бенефициара платежного поручения перевододателя". Предусматриваемые в статье 4А-209(b) акты акцепта платежного поручения банком бенефициара несколько отличаются от тех, которые предусматриваются в статье 6.

Новое рассмотрение концепции акцепта

13. На двадцать первой сессии Рабочая группа отметила, что, приняв пункты 2 и 2 бис в их настоящем виде, она приняла решение о том, что моментом времени, когда завершается перевод кредита со всеми вытекающими правовыми последствиями, является момент, когда банк бенефициара акцептует адресованное ему платежное поручение. Соответственно, Рабочая группа не исключала возможности, что она вновь рассмотрит вопрос об акцепте платежного поручения, как он решается в статьях 5 и 7 (A/CN.9/341, пункт 17).

14. В сообщении, направленном секретариату до двадцатой сессии, делегация Франции предложила другую формулировку первого предложения пункта 2 бис в его настоящем виде. Предложение Франции гласило следующее:

> "Если иное не согласовано отправителем и бенефициаром, перевод завершается в момент, когда банк бенефициара предоставляет средства в распоряжение бенефициара или уведомляет его о том, что он является держателем средств на его имя, в соответствии со статьей 8(1) или (6)".

Если предложение Франции будет принято, то в пункт 2 и во второе предложение пункта 2 бис необходимо будет внести соответствующие изменения.

Пункт 3

15. В пункте 3 рассматривается сложная, хотя она и не связана со значительными денежными суммами, проблема, возникающая в случае, когда перевод кредита проходит через ряд банков. Можно предположить, что перевододатель будет нести ответственность за все сборы вплоть до банка бенефициара. В той мере, в которой эти сборы переводятся на перевододателя, трудностей не возникает. Когда легко этого сделать невозможно, банк может удержать свои сборы из суммы переводимых средств. Поскольку перевододатель может быть не в состоянии узнать, будут ли удерживаться подобные сборы и в какой сумме, особенно если речь идет о международном переводе кредита, он не может предусмотреть такую возможность. Для решения этой проблемы в пункте 3, как он изложен выше, предусматривается, что обязательство является исполненным на сумму удержанных сборов, а также на сумму, полученную банком-бенефициаром. Таким образом, перевододатель не нарушит договора на основании задержки или ненадлежащего платежа. Тем не менее в случае, когда бенефициар не соглашается уплатить этих сборов, что происходит весьма редко, перевододатель будет вынужден возместить их бенефициару.

16. На двадцать первой сессии Рабочая группа приняла решение о том, что формулировка пункта 3 должна быть изменена, с тем чтобы указать, что перевод кредита является завершенным и банк перевододателя считается исполнившим свое обязательство перед перевододателем даже в том случае, когда сумма платежного поручения, акцептованного банком бенефициара, меньше суммы платежного поручения, выданного перевододателем, в результате удержания сборов различными банками в цепочке перевода. Она также решила, что в пункте 3 следует предусмотреть, что завершение перевода не наносит ущерба никаким правам, которые может иметь бенефициар на основании других применимых норм права, на возмещение перевододателем остатка первоначальной суммы перевода, однако в этом пункте не должно предприниматься попытки определить, кто - перевододатель или бенефициар - в конечном итоге несет ответственность за уплату сборов в связи с переводом (A/CN.9/341, пункт 20).

17. В осуществление этого решения секретариат предложил бы следующее изменение формулировок пунктов 2 бис и 3:

> "2 бис) Перевод кредита совершается завершенным в момент акцепта банком бенефициара платежного поручения, соответствующего платежному поручению, выданному перевододателем. Платежное поручение, выданное банку банефициара, соответствует платежному поручению, выданному перевододателем, даже если сумма перевода была сокращена на сумму сборов, удержанных одним или несколькими банками-посредниками. По завершении перевода кредита банк бенефициара становится должником бенефициара в размере акцептованного им платежного поручения.
>
> 3) Положения пункта 2 бис не наносят ущерба любым правам, которыми бенефициар может обладать в отношении возмещения перевододателем суммы сборов, удержанных из суммы перевода".

18. Положение о том, что банк перевододателя исполнил свои обязательства перед перевододателем в момент завершения перевода кредита, включено не было, поскольку, как представляется, это является естественным следствием завершения перевода.

19. В сообщении, направленном секретариату после двадцать первой сессии, делегация Соединенного Королевства высказала мнение, что решение Рабочей группы может быть выполнено с помощью следующего изменения формулировки пункта 3:

> "Перевод кредита считается завершенным независимо от того обстоятельства, что сумма платежного поручения, акцептованного банком бенефициара, меньше, чем сумма платежного поручения перевододателя в результате взимания сборов каким-либо банком-получателем. Завершение перевода кредита не наносит ущерба любым правам бенефициара на основании применимого права в отношении возмещения перевододателем суммы этих сборов".

20. Сопоставление со статьей 4А. В статье 4А-302(d) устанавливается запрет на взимание сборов "путем выдачи платежного поручения на сумму, равную сумме поручения отправителя за вычетом суммы сборов...", за исключением случаев, когда отправитель дает соответствующую инструкцию. В статье 4А-406(c) предусматривается, что если сборы были удержаны одним или несколькими банками-получателями (возможно, и каким-либо иностранным банком), "платеж бенефициару считается осуществленным на сумму поручения перевододателя, за исключением случаев, когда по требованию бенефициара перевододатель не уплачивает бенефициару суммы удержанных сборов".

Пункт 4

21. В пункте 4 предусматривалось, что счет отправителя, включая счет перевододателя, но не ограничиваясь им, считается дебетованным, и сумма, которую должен банк отправителю, считается сокращенной, или сумма, которую должен отправитель банку, - увеличенной, когда банк-получатель акцептует платежное поручение. Наиболее важным применение пункта 4 было бы для определения того, имеется ли кредит на счету владельца счета, в случае, если в отношении этого счета возбуждены юридические процедуры или в отношении отправителя возбуждены процедуры признания неплатежеспособности. На двадцать первой сессии Рабочая группа исключила этот пункт (A/CN.9/341, пункт 22).

Порядок очередности пунктов

22. Учитывая новое содержание пункта 3, Рабочая группа, возможно, сочтет логичным расположить пункты в следующем порядке: 2 бис, 3, 2 - и изменить их нумерацию на пункты 1, 2 и 3, соответственно. Возможен альтернативный вариант, при котором настоящий пункт 2 выделяется в отдельную статью.

Новое название статьи и главы

23. На двадцать первой сессии Рабочая группа отметила, что название этой статьи следует изменить, с тем чтобы отразить ее настоящее содержание (A/CN.9/341, пункт 23). Если статья 14 будет подразделена на две статьи, как это предлагается выше, статья 14 может быть озаглавлена "Завершение перевода кредита", а статья 14 бис может быть озаглавлена "Момент и объем исполнения обязательства". Если статья 14 не будет разделена, то название может быть следующим: "Завершение перевода кредита и исполнение обязательства".

24. Независимо от того, будет ли разделена настоящая статья 14, название главы можно изменить на следующее: "Завершение перевода кредита и исполнение обязательства".

ГЛАВА V. КОЛЛИЗИЯ НОРМ ПРАВА

Статья 15. Коллизия норм права

[1) Лица, ожидающие, что они будут отправлять и получать платежные поручения, могут согласиться с тем, что их взаимные права и обязанности, возникающие в связи с платежными поручениями, будут регулироваться правом государства отправителя, государства получателя или того государства, в валюте которого выражены платежные поручения. При отсутствии такого соглашения права и обязанности, возникающие в связи с платежным поручением, будут регулироваться правом государства банка-получателя.

2) В отсутствие соглашения об обратном взаимные права и обязанности перевододателя и бенефициара при переводе кредита регулируются правом того государства, в котором должно быть исполнено обязательство. Если в отношениях между сторонами какое-либо обязательство может быть исполнено путем перевода кредита на счет в каком-либо одном или нескольких государствах или если перевод совершается не с целью выполнения какого-либо обязательства, взаимные права и обязанности перевододателя и бенефициара регулируются правом того государства, в котором расположен банк бенефициара].

Предыдущее обсуждение

A/CN.9/297, пункты 34-36
A/CN.9/317, пункт 165
A/CN.9/WG.IV/WP.42, пункты 69-80
A/CN.9/341, пункты 24-49

Комментарии

1. На своей семнадцатой сессии Рабочая группа просила секретариат подготовить проект положения о коллизии норм права (A/CN.9/317, пункт 165). Приведенный выше проект положения был подготовлен для восемнадцатой сессии Рабочей группы. Проблема коллизии норм права более подробно рассматривается в докладе Генерального секретаря девятнадцатой сессии Рабочей группы (A/CN.9/WG.IV/WP.42, пункты 69-80). В этом докладе вопросы рассматриваются особенно с учетом решений Рабочей группы, которые были приняты на восемнадцатой сессии на тот счет, что текст должен быть подготовлен в форме типового закона для принятия национальными законодательными органами и что он должен быть ограничен международным переводом кредита. На двадцать первой

сессии Рабочая группа приняла ряд принципиальных решений, еще не отраженных в тексте. Она также приняла решение о заключении всей статьи в квадратные скобки до ее окончательного рассмотрения на одной из последующих сессий (A/CN.9/341, пункт 49).

Включение положений о коллизии норм права в типовой закон

2. На двадцать первой сессии состоялось подробное обсуждение вопроса о том, включать ли в типовой закон какие-либо положения о коллизии норм права (A/CN.9/341, пункты 33-37). Одно из возражений против сохранения какого-либо положения заключалось в том, что ряд государств уже являются сторонами двусторонних или многосторонних конвенций по коллизионному праву и, в частности, Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам государств - членов Европейских сообществ, и что этим государствам будет трудно согласиться на любые возможные положения типового закона, касающиеся коллизионного права. Второе высказанное возражение заключалось в том, что никакая единая коллизионная норма не будет надлежащим образом отвечать нуждам как высокоскоростного электронного перевода, так и перевода с помощью бумажных документов. Третье возражение заключалось в том, что, учитывая сложность возникающих проблем, текст в его настоящем виде не является достаточно доработанным, чтобы стать приемлемым для большинства государств.

3. Рабочая группа постановила сохранить положение о коллизии норм права, исходя в первую очередь из того, что нельзя предположить, что право, регулирующее международные переводы кредита, будет единообразным во всем мире в силу того, что все государства примут полностью типовой закон. Поэтому сторонам в государствах, которые приняли типовой закон, будет необходимо знать, какое право будет регулировать различные взаимоотношения по какому-либо международному переводу кредита. Хотя, возможно, некоторые государства, которые примут типовой закон, будут испытывать определенные трудности при принятии положений о коллизии норм права по той причине, что они, возможно, являются сторонами двусторонних или многосторонних конвенций, это является не более веским доводом в пользу невключения подобных положений в типовой закон, чем если бы наличие национальных правовых положений, регулирующих вопросы существа перевода кредита, приводилось бы в качестве довода в пользу невключения эквивалентных существенных положений в типовой закон.

Пункт 1

4. Одной из основных трудностей, с которыми Рабочая группа столкнулась при выработке правового режима международных переводов кредита, являются противоречия между точкой зрения перевододателя и бенефициара перевода кредита (особенно в тех случаях, когда ни одна из этих сторон не является банком) и точкой зрения осуществляющих перевод банков. С точки зрения перевододателя и бенефициара перевод является единой операцией, в рамках которой их права и обязательства в отношении самого перевода должны регулироваться единым правом. С точки зрения банков международный перевод кредита осуществляется с помощью ряда отдельных платежных поручений, обусловливающих права и обязанности отправителя и банка-получателя. С этой точки зрения любые двусторонние отношения в цепочке перевода кредита представляют собой отдельную банковскую операцию. Право, применимое к таким отношениям, которые представляют собой отдельную банковскую операцию, может отличаться от права, применимого к другим двусторонним отношениям, причем такие отношения, взятые вместе, создают цепочку перевода кредита. Такой порядок представляется, однако, неудовлетворительным с той точки зрения, что беспрепятственное осуществление международных переводов кредита требует, чтобы права и обязательства всех сторон соответствовали друг другу.

5. Для преодоления этих трудностей на двадцать первой сессии было сделано следующее предложение:

> "Система перевода средств может выбирать право конкретного государства для регулирования прав и обязательств всех сторон быстрого электронного перевода. В случае какого-либо несоответствия между каким-либо положением права государства, выбранного системой перевода средств, и любым положением настоящего типового закона, преимущественную силу имеет положение права государства, выбранного системой перевода средств".

6. В поддержку этого предложения было заявлено, что особенно важно, чтобы один свод норм регулировал права и обязательства всех сторон в том случае, когда перевод представляет собой высокоскоростной перевод (A/CN.9/341, пункты 24-32). Было указано, если стороны не будут иметь возможности выбора единого применимого права, как это предлагается в настоящем тексте, то общие нормы выбора права, содержащиеся в статье 15(1), приведут к тому, что к различным участкам прохождения перевода кредита будет применяться право различных государств и что не

будет единого права, регулирующего всю операцию по переводу кредита. Было указано, что предложенный метод уже применяется системой ЧИПС в ее новом правиле 3 и что законы штата Нью-Йорк были выбраны в качестве права, регулирующего весь процесс перевода, если какая-либо часть его производится через ЧИПС (правило ЧИПС изложено в документе A/CN.9/WG.IV/WP.47).

7. Это предложение было отклонено Рабочей группой на том основании, что даже если это предложение, возможно, является разумным в случае, когда оно ограничивается отношениями между банками, оно представляется избыточным, когда предпринимается попытка навязать перевододателям и бенефициарам, не являющимся банками, право, отличающееся от того, которое в ином случае применялось бы в отношении их прав и обязательств, и не избранное ими самими. В силу этого предложения системе перевода средств, что на практике означает банкам, была бы предоставлена неограниченная свобода избирать любое право. Была выражена озабоченность в связи с тем, что система перевода средств может выбрать право, которое особенно благоприятно для банков и неблагоприятно для перевододателей и бенефициаров, не являющихся банками.

8. На двадцать первой сессии Рабочая группа попыталась найти другие нормы, в силу которых единое право применялось бы ко всей операции. Согласно одному предложению, существенные положения типового закона, применимые к отношениям между перевододателем и банком перевододателя, должны регулироваться правом страны банка перевододателя, а остальная часть операции перевода кредита должна регулироваться правом страны банка бенефициара (A/CN.9/341, пункт 38). В заключение было принято решение о том, что применимость типового закона ко всей операции перевода кредита можно обеспечить лишь в результате принятия его рядом заинтересованных государств (A/CN.9/341, пункт 39).

9. Рабочая группа хотела избежать предоставления какой-либо группе банков возможности принимать решения о том, применять ли к сторонам перевода, не являющимся сторонами какого-либо соглашения о выборе права, типовой закон или какое-либо иное право, и, одновременно, она высказалась за предоставление сторонам возможности избирать по своему выбору любое право для регулирования своих отношений (A/CN.9/341, пункты 44 и 45).

10. Рабочая группа постановила, что в случае если стороны не избрали какое-либо право, то соответствующий участок перевода будет регулироваться правом страны банка-получателя (A/CN.9/341, пункты 46 и 47). Единственным исключением является то, что следует четко установить, что в типовом законе не ставится цели определения того права, которое будет определять полномочия фактического отправителя возложить ответственность на предполагаемого представителя согласно статье 4(1).

Пункт 2

11. Хотя на двадцать первой сессии широко высказывалось мнение полностью исключить пункт 2, он был временно сохранен, поскольку в статье 14(2) была сохранена норма, касающаяся наступления момента исполнения обязательства в результате перевода кредита (A/CN.9/341, пункт 48).

Сопоставление со статьей 4A

12. Статья 4A-507 в целом соответствует пункту 1 в его измененном согласно решению Рабочей группы на двадцать первой сессии виде и второму предложению пункта 2, за тем исключением, что, как представляется, на основании статьи 4A к решению вопроса о том, имел ли фактический отправитель полномочия на отправление платежного поручения, будет применяться право страны банка-получателя. Статья 4A-507(c) представляет собой несколько более сложный вариант положения, которое изложено в комментарии 5 и которое было отклонено Рабочей группой на двадцать первой сессии.

Предлагаемый измененный проект статьи 15

13. В сообщении, направленном секретариату после двадцать первой сессии, делегация Соединенного Королевства предложила следующий измененный проект статьи 15:

> "1) Права и обязательства, вытекающие из платежного поручения, регулируются правом, избираемым сторонами. В отсутствие соглашения применяется право государства банка-получателя.
>
> 2) Второе предложение пункта 1 не влияет на определение того, какое право регулирует решение вопроса о том, обладал ли фактический отправитель платежного поручения полномочиями обязать предполагаемого отправителя, для целей статьи 4(1).

3) Если права и обязательства, упомянутые в пункте 1, закреплены в договоре, то этот пункт не влияет на применение любой нормы права

a) для определения того, какое право регулирует формальную действительность договора, или

b) применяющую право другого государства, если на основании обстоятельств в целом представляется, что договор имеет более тесную связь с этим государством.

4) Пункт 1 не применяется в той мере, в которой его применение будет явно противоречить публичному порядку страны суда.

5) Применение права какого-либо государства, указанного в настоящей статье, означает применение действующих в этом государстве норм права, иных чем нормы частного международного права.

6) Для целей настоящей статьи

a) если государство состоит из ряда территориальных единиц, в которых действуют различные нормы права, каждая территориальная единица считается отдельным государством и

b) отделения банков в различных государствах считаются отдельными банками".

14. Делегация Соединенного Королевства отметила, что цель пункта 3 заключается в том, чтобы привести статью 15 в соответствие с Римской конвенцией о праве, применимом к договорным обязательствам. Она также отметила, что в предложенном ею пересмотренном проекте пункт 2 в его настоящем виде исключается.

Статья 16

Если настоящим законом не предусматривается иное, права и обязанности стороны перевода кредита могут быть изменены по соглашению с заинтересованной стороной.

Предыдущее обсуждение

A/CN.9/318, пункт 34
A/CN.9/WG.IV/WP.47
A/CN.9/341, пункты 50-52

Комментарии

1. На своей восемнадцатой сессии Рабочая группа постановила, что вопрос о том, в какой степени соглашение заинтересованных сторон будет влиять на типовой закон, будет рассмотрен в связи с отдельными положениями (A/CN.9/318, пункт 34). В результате этого в целый ряд отдельных статей было включено положение, допускающее или ограничивающее свободу сторон отходить от конкретных положений. В части предложения, которое было представлено Соединенными Штатами до двадцать первой сессии и распространено в качестве документа A/CN.9/WG.IV/WP.47, содержались два пункта, касающиеся права изменять положения типового закона. Первый пункт предложения был принят Рабочей группой в качестве статьи 16 (A/CN.9/341, пункт 52). Второй пункт, на рассмотрении которого делегация Соединенных Штатов не настаивала после того, как соответствующее положение в связи со статьей 15 было отклонено (см. комментарий 7 к статье 15), предусматривал, что правила, принятые системой перевода средств, могут действовать между банками-участниками "даже в том случае, если это правило вступает в коллизию с настоящим законом и косвенным образом затрагивает другую сторону перевода средств, которая не дала согласие на это правило".

2. Согласно статье 16 у стороны перевода кредита, которая заявляет требование согласно соглашению, не обязательно должно иметься согласие заинтересованной стороны. Например, соглашение переводателя с банком перевододателя о том, что банк бенефициара в другом государстве может исполнить полученное платежное поручение на основании указания лишь номера счета, будет обязательным для перевододателя в отношениях с банком бенефициара.

3. Когда Рабочая группа приняла статью 16, она постановила рассмотреть каждую из основных статей в целях определения того, следует ли сохранить или можно исключить положения в

отдельных основных статьях, касающиеся последствий соглашения (A/CN.9/341, пункт 52). В настоящем проекте упоминание о действии договорных норм содержится в статьях 2(j), 4(4), 5(2)(b), 6(5), 7(1)(b), 8(4), 10(3), 10(4), 10(5), 12(7), 14(1), 14(3), 15(1) и 15(2). Вопрос о последствиях принятия статьи 16 см. комментарии к этим положениям.

4. Сопоставление со статьей 4А. Статья 4А-501(a) идентична статье 16. Статья 4А-501(b) представляет собой более подробный вариант положения, о котором говорилось в комментарии 1, которое было изложено в документе A/CN.9/WG.IV/WP.47 и которое было отклонено Рабочей группой на двадцать первой сессии.

Предлагаемое название и место статьи

5. Предлагается следующее возможное название статьи 16: "Изменение на основании соглашения". Предлагается перенести статью 16 в статью 3.

II. ЗАКУПКИ

A. Доклад Рабочей группы по новому международному экономическому порядку о работе ее двенадцатой сессии (Вена, 8-19 октября 1990 года) (A/CN.9/343) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

		Пункты	Страница
ВВЕДЕНИЕ		1-10	412
ОБСУЖДЕНИЯ И РЕШЕНИЯ		11-229	413
I. ОБСУЖДЕНИЕ ВТОРОГО ПРОЕКТА СТАТЕЙ 1-27 ТИПОВОГО ЗАКОНА О ЗАКУПКАХ (A/CN.9/WG.V/WP.28)*		11-228	413
Статья 1	Применение закона	11-14	413
Статья 2	Определения	15-52	414
Статья 3	Основные цели	53-58	418
Статья 3 бис	Международные соглашения или другие международные обязательства данного государства, касающиеся закупок	59-63	419
Статья 4	Положения о закупках	64	420
Статья 5	Доступность для общественности закона о закупках, положений о закупках и других правовых текстов, касающихся закупок	65	420
Статья 6	Контроль и надзор за закупками	66-67	420
Статья 7	Методы закупок и условия их применения	68-92	420
Статья 8	Квалификационные данные подрядчиков и поставщиков	93-110	424
Статья 10	Правила, касающиеся документальных доказательств, представляемых подрядчиками и поставщиками	111-113	426
Статья 11	Процедуры международных торгов	114-121	426
Статья 12	Запрашивание предложений и заявок на предварительный отбор	122-131	428
Статья 14	Содержание уведомления о предполагаемойзакупке	132-135	429
Статья 16	Процедуры предварительного отбора	136-161	429
Статья 17	Предоставление подрядчикам и поставщикам документации по организации торгов	162	433
Статья 18	Содержание документации по организации торгов	163-188	433
Статья 19	Плата за документацию по организации торгов	189	435
Статья 20	Правила, касающиеся описания товаров или строительства в документах для предварительного отбора; язык документов для предварительного отбора и документации по организации торгов	190-194	436

---

*/ Промежутки в нумерации статей 1-27 второго проекта объясняются тем, что некоторые статьи были исключены или объединены с другими на основании решений, принятых Рабочей группой на ее одиннадцатой сессии.

СОДЕРЖАНИЕ (продолжение)

		Пункты	Страница
Статья 22	Разъяснения и изменения документации по организации торгов	195-201	436
Статья 23	Язык предложений	202	438
Статья 24	Представление предложений	203-207	438
Статья 25	Срок действия предложений; изменение и отзыв предложений	208-213	439
Статья 26	Обеспечение предложений	214-223	439
Статья 27	Вскрытие предложений	224-228	441
II. БУДУЩАЯ РАБОТА И ПРОЧИЕ ВОПРОСЫ		229	441

ВВЕДЕНИЕ

1. На своей девятнадцатой сессии в 1986 году Комиссия постановила уделить первоочередное внимание работе в области закупок и поручила ее Рабочей группе по новому международному экономическому порядку 1/. Рабочая группа приступила к работе по данной теме на своей десятой сессии, проходившей в Вене с 17 по 25 октября 1988 года, и рассмотрела исследование по вопросу о закупках, подготовленное секретариатом 2/. Рабочая группа поручила секретариату подготовить первый проект типового закона о закупках и сопроводительный комментарий с учетом результатов обсуждения и решений этой сессии 3/.

2. Проект типового закона о закупках и сопроводительный комментарий, подготовленные секретариатом (A/CN.9/WG.V/WP.24 и A/CN.9/WG.V/WP.25), были рассмотрены Рабочей группой на ее одиннадцатой сессии (5-16 февраля 1990 года). Рабочая группа поручила секретариату пересмотреть текст типового закона с учетом результатов обсуждений и решений данной сессии. Было решено не пытаться в ходе пересмотра улучшать структуру или редакцию текста. Было также решено не изменять комментария до пересмотра текста типового закона и не представлять на рассмотрение двенадцатой сессии Рабочей группы пересмотренного комментария. Кроме того, Рабочая группа поручила секретариату подготовить к двенадцатой сессии проект положений о пересмотре действий и решений закупающей организации и используемых ею процедур 4/.

3. На своей двадцать третьей сессии (25 июня - 6 июля 1990 года) Комиссия выразила удовлетворение работой, уже проделанной Рабочей группой, и просила ее ускорить работу по данной теме 5/.

4. Рабочая группа, в состав которой входили представители всех государств - членов Комиссии, провела свою двенадцатую сессию в Вене 8-19 октября 1990 года. В работе сессии принимали участие представители следующих государств - членов Рабочей группы: Аргентины, Болгарии, Германии, Египта, Индии, Ирана (Исламская Республика), Канады, Кении, Китая, Ливийской Арабской Джамахирии, Марокко, Мексики, Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии, Соединенных Штатов Америки, Союза Советских Социалистических Республик, Франции, Чехословакии, Чили, Югославии и Японии.

5. В работе сессии участвовали наблюдатели от следующих государств: Корейской Республики, Кувейта, Ливана, Омана, Пакистана, Румынии, Саудовской Аравии, Таиланда, Турции, Филиппин, Финляндии, Швейцарии.

6. В работе сессии участвовали также наблюдатели от следующих международных организаций:

a) <u>организации системы Организации Объединенных Наций</u>: Международный банк реконструкции и развития, Международное бюро труда, Международный торговый центр ЮНКТАД/ГАТТ, Организация Объединенных Наций по промышленному развитию;

b) <u>межправительственные организации</u>: Лига арабских государств, Межправительственная организация по международному железнодорожному транспорту (МОМЖТ)

c) <u>международные неправительственные организации</u>: Международная ассоциация юристов.

7. Рабочая группа избрала следующих должностных лиц:

<u>Председатель</u>: г-н Роберт Хунджа (Кения)

<u>Докладчик</u>: г-жа Елена Вилус (Югославия)

1/ Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее девятнадцатой сессии, <u>Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок первая сессия, Дополнение № 17</u> (A/47/17), пункт 243.

2/ A/CN.9/WG.V/WP.22.

3/ A/CN.9/315, пункт 125.

4/ A/CN.9/331, пункт 222.

5/ <u>Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок пятая сессия, Дополнение № 17</u> (A/45/17), пункт 29.

8. На рассмотрение Рабочей группы были представлены следующие документы:

a) Предварительная повестка дня (A/CN.9/WG.V/WP.26);

b) Пересмотр действий и решений закупающей организации и используемых ею процедур в соответствии с типовым законом о закупках (A/CN.9/WG.V/WP.27);

c) Закупки: второй проект статей 1-35 типового закона о закупках (A/CN.9/WG.V/WP.28).

9. Рабочая группа утвердила следующую повестку дня:

a) Выборы должностных лиц

b) Утверждение повестки дня

c) Закупки

d) Прочие вопросы

e) Утверждение доклада.

10. В отношении пункта (c) повестки дня Рабочая группа решила вначале уделить внимание второму проекту статей 1-35 типового закона о закупках (A/CN.9/WG.V/WP.28). Было решено отложить рассмотрение положений о пересмотре действий и решений закупающей организации и используемых ею процедур в соответствии с типовым законом о закупках (A/CN.9/WG.V/WP.27) до тех пор, пока не завершится обзор второго проекта статей 1-35.

ОБСУЖДЕНИЯ И РЕШЕНИЯ

I. ОБСУЖДЕНИЕ ВТОРОГО ПРОЕКТА СТАТЕЙ 1-27 ТИПОВОГО ЗАКОНА О ЗАКУПКАХ (A/CN.9/WG.V/WP.28)

Статья 1
Применение закона

11. Была достигнута общая договоренность о том, что для обеспечения максимального единообразия правового регулирования закупок сфера применения типового закона должна быть по возможности самой широкой. С этой целью Рабочая группа согласилась в первое положение статьи 1 включить слово "всем", чтобы это положение формулировалось следующим образом: "Настоящий закон применяется ко всем закупкам закупающих организаций".

12. Однако было признано, что некоторые государства, возможно, не пожелают принимать типовой закон, не имея возможности исключить его применение в отношении некоторых видов закупок. В частности, было отмечено, что государства должны иметь возможность предусматривать изъятия в отношении ряда закупок в тех случаях, когда речь идет о национальной обороне или национальной безопасности, и, возможно, в других случаях, когда затрагиваются важные национальные интересы. В противовес такому подходу было высказано мнение, что возможность делать изъятия из сферы применения типового закона противоречит цели достижения единообразия правового регулирования.

13. Было отмечено, что исключение в отношении национальной безопасности, содержащееся в настоящее время в пункте 2 статьи 1, является слишком узким, поскольку оно касается только закупок для "целей" национальной безопасности или национальной обороны и не охватывает других случаев, затрагивающих национальную безопасность или национальную оборону (см. также пункты 225 и 226 ниже).

14. Было достигнуто согласие в отношении того, что государство должно иметь возможность делать оговорки в отношении применения типового закона к конкретным видам закупок в общем порядке, например, путем предусмотрения изъятий в статье 1 принимаемого им типового закона, или же в положениях о закупках, или по каждому конкретному случаю. Изъятия по каждому конкретному случаю не могут делаться в скрытой или неофициальной форме. Была также достигнута договоренность в отношении того, что закупающая организация должна иметь возможность применять типовой закон к закупкам, подпадающим под действие изъятия, если эта организация желает этого. Для повышения транспарентности на условия применения типового закона в таких случаях следует обращать внимание подрядчиков и поставщиков в документации по организации торгов.

Статья 2
Определения

15. Было отмечено, что некоторые определения в этой статье предназначены для того, чтобы обозначить сферу применения типового закона. Была достигнута договоренность о том, что эти определения должны быть по возможности наиболее широкими, с тем чтобы обеспечить максимальный охват типового закона и тем самым содействовать достижению единообразия правового регулирования.

16. Было указано, что следует внимательно изучить вопрос о том, насколько необходимы некоторые из содержащихся в данной статье определений. Было отмечено, что те определения, в которых содержатся лишь ссылки на другие статьи типового закона, не являются необходимыми. Было заявлено, что в принципе определения должны даваться только тогда, когда необходимо помочь тем, кто использует типовой закон, в понимании его положений или дать четкое определение терминов из этой области, которые, не будучи определены, могут быть неправильно истолкованы.

17. Как было отмечено, важно увязать определения, содержащиеся в этой статье, с основными положениями типового закона, в которых используются те термины, которым было дано определение, с тем чтобы избежать коллизий между этими определениями и основными положениями. Для того чтобы предусмотреть возможность возникновения таких коллизий, было внесено предложение включить в текст положение, определяющее в случае несогласованности верховенство определения или основной статьи закона. Это предложение не было принято. Было указано, что законодательная практика многих государств не знает случаев принятия подобного положения. Кроме того, было отмечено, что определения должны формулироваться таким образом, чтобы не возникало коллизий между ними и основными статьями. Было отмечено, что на заключительных стадиях выработки типового закона определения придется вновь рассмотреть, с тем чтобы убедиться в их соответствии основным статьям.

18. Было высказано мнение, что вступительные слова этой статьи следует сформулировать следующим образом: "В настоящем законе".

"Закупка" (новый подпункт (а))

19. Была достигнута договоренность о том, что определение термина "закупка" будет сформулировано следующим образом:

> "Закупка" означает приобретение любым путем, включая куплю, аренду, прокат или покупку в рассрочку, товаров или строительства, включая услуги, связанные с поставками товаров или строительством, если стоимость таких вспомогательных услуг не превышает стоимости самих товаров или строительства, но не услуги как таковые".

20. Рабочая группа подтвердила свои предыдущие решения (A/CN.9/331, пункт 20; A/CN.9/315, пункт 25) о том, чтобы заниматься на данной стадии только вопросом закупки товаров и строительства, а не закупки услуг, за исключением услуг, сопутствующих приобретению товаров или строительству. Было отмечено, что услугам уделяется большое внимание на торговых переговорах Уругвайского раунда, который в настоящее время проводится под эгидой Генерального соглашения о тарифах и торговле (ГАТТ), и было высказано мнение, что не следует пытаться рассматривать услуги в типовом законе до завершения этих переговоров. Кроме того, было отмечено, что, поскольку услуги не закупаются на той же основе или в соответствии с теми же процедурами, что и товары и строительство, для типового закона придется разработать дополнительные положения, с тем чтобы охватить услуги. В соответствии со своим решением не рассматривать услуги Рабочая группа договорилась о том, что следует исключить содержащуюся в настоящее время в конце определения "закупки" фразу "и приобретения услуг в области связи, транспорта или страхования", а также ссылки на услуги в других частях текста.

21. Было высказано мнение, что в комментарии к типовому закону необходимо указать, охватывается ли данным определением закупка товаров или строительство в рамках совместных предприятий, лицензионных и других договоренностей, не упомянутых конкретно в определении "закупки".

"Закупающая организация" (подпункт (а))

22. Было внесено предложение о том, чтобы в типовом законе не давать определения "закупающей организации", а чтобы вместо этого каждое государство указало в приложении к принятому типовому закону те организации, на которые распространяется действие типового закона. Это

предложение не было принято. Преобладало мнение о том, что определение "закупающей организации" в том виде, в каком оно содержится в настоящее время в подпункте (a), является полезным, поскольку в нем разъясняется, что под действие типового закона подпадают органы правительства (о которых говорится в подпункте (a)(i)), а также государственные и другие организации, не относящиеся к правительству (о которых говорится в подпункте (a)(ii)). Кроме того, было выражено мнение, что подпункт (a)(i) согласуется с политикой обеспечения максимального охвата типового закона, поскольку в нем охватываются все органы правительства, за исключением тех, которые оговорены особо. В связи с высказанным мнением, согласно которому государство не должно иметь возможности предусматривать изъятие из сферы применения типового договора любых органов центрального правительства, было указано, что такая возможность исключать некоторые органы имеет большое значение для ряда государств и что эти государства могут не принять типовой закон, если не будет предусмотрена возможность делать изъятия.

23. Была достигнута договоренность о том, чтобы в подпункте (a)(i) снять ссылку на "администрацию", поскольку значение этого слова не ясно и оно вряд ли что-либо привносит в это положение.

24. Было отмечено, что текст подпункта (a)(i) вызывает некоторые трудности, по крайней мере у одной из стран, в которой правительственные органы сами закупками не занимаются, а осуществляют подобные операции через принадлежащие им коммерческие предприятия. Была достигнута договоренность о том, чтобы уделить внимание этой ситуации в комментарии к типовому закону.

25. Было высказано мнение, что подпункт (a)(i) должен охватывать не только органы правительства того государства, которое принимает типовой закон, но и органы управления отдельных частей данного государства (например, органы управления отдельных частей федерации и местные органы управления). В ответ на это было указано, что в некоторых федеративных системах национальное правительство не может издавать нормативные акты, касающиеся закупок, для отдельных частей федерации или для местных органов самоуправления. Однако составные части федерации могут принять типовой закон сами.

26. Рабочая группа рассмотрела различные возможные пути охвата в подпункте (a)(i) органов государственного управления всех уровней и также учета потребностей федеративных государств, которые не могут осуществлять нормативное регулирование за правительства своих отдельных частей, однако удовлетворительного решения найдено не было. В итоге Рабочая группа согласилась представить два альтернативных варианта подпункта (a)(i). В одном варианте будут охватываться все правительственные органы, включая правительственные органы отдельных частей федерации. Он будет принят государствами, не являющимися федеративными, а также федеративными государствами, которые могут издавать нормативные акты в отношении своих отдельных частей. Другой вариант будет охватывать лишь органы национального правительства; он будет принят федеративными государствами, которые не могут издавать нормативные акты в отношении своих отдельных частей.

27. Было высказано мнение о том, что критерий определения того, подлежит ли организация охвату подпунктом (a)(ii), состоит в том, занимается ли эта организация закупками на средства, предоставленные правительством. Было указано, что в некоторых государствах имеются предприятия, которые в определенных случаях закупают на средства, предоставленные государством, а в других случаях закупают за счет своих собственных средств. В ответ на это высказанное мнение была достигнута общая договоренность о том, что в комментарии следует обсудить критерий, который должен использоваться для определения того, какие организации будут охватываться этим подпунктом.

28. Было отмечено, что государство может либо конкретно указать категории организаций, либо указать конкретные организации, которые должны охватываться подпунктом (a)(ii).

"Товары" (подпункт (b))

29. Было высказано предложение ссылаться в подпункте (b) лишь на "движимые" товары, с тем чтобы не включать сюда недвижимую собственность. Однако было указано, что термин "движимые" имеет особое значение в различных правовых системах и что использование этого термина может иметь непредвиденные последствия в некоторых правовых системах.

30. В отношении слов, заключенных в квадратные скобки в конце подпункта (b), было достигнуто общее согласие о том, что следует сохранить ссылку на товары в твердом, жидком или газообразном состоянии. Относительно ссылки на энергию была достигнута договоренность

сделать ссылку на электрическую, а не на ядерную и другие виды энергии. В этой связи было указано, что лишь сама электрическая энергия и оборудование, которое ее производит, могут быть объектом закупки.

31. Было высказано мнение о том, что нефть должна быть исключена из определения товаров, поскольку она не закупается с помощью процедур, предусмотренных в типовом законе. Было отмечено, что государства, где действуют специальные нормы, регулирующие закупку нефти, могут, принимая типовой закон, определить, каким образом следует рассматривать нефть.

"Строительство" (подпункт (c))

32. Была достигнута общая договоренность о том, чтобы изменить формулировку подпункта (c) следующим образом:

> "Строительство" означает любую работу, связанную со строительством, реконструкцией, сносом, ремонтом или обновлением здания, сооружения или объекта, в том числе подготовку строительной площадки, выемку грунта, возведение, сооружение, монтаж оборудования или материалов, отделку и отделочные работы, а также бурение, геодезические работы, спутниковую съемку, сейсмические исследования и аналогичные виды деятельности в связи со строительством".

33. Было выражено мнение, что такие виды деятельности, как бурение, геодезические работы, спутниковая съемка и сейсмические исследования, должны охватываться, даже если они не связаны со строительством, поскольку они обычно приобретаются на той же основе и с помощью тех же процедур, что товары и строительство. Однако преобладало мнение о том, что без связи со строительством эти виды деятельности можно рассматривать как услуги, которые на данном этапе не должны рассматриваться в типовом законе; таким образом, должна охватываться лишь та деятельность, которая связана со строительством.

"Процедуры закупки" (подпункт (d))

34. Были выражены сомнения в отношении необходимости сохранять определение "процедур закупки". Было отмечено, что определение в его нынешней формулировке будет слишком ограничительным, если Рабочая группа примет решение включить в типовой закон другие виды процедур в дополнение к тем, которые в настоящее время указаны в определении. Было принято решение исключить это определение с указанием, что это решение можно будет пересмотреть, если обсуждение последующих положений типового закона будет свидетельствовать о полезности такого определения.

"Процедуры международных торгов" (подпункт (e))

35. Было отмечено, что определенные трудности возникают в связи с определением понятия "процедуры международных торгов", которое приводится в статье 2(e) в квадратных скобках. Было заявлено, что в связи с данным определением возникают определенные трудности, например, в отношении его применения в том случае, если подрядчик или поставщик создал свое учреждение в каком-либо государстве исключительно для того, чтобы воспользоваться более выгодными положениями налогового законодательства данного государства, и в случае, если подрядчик или поставщик имеет свои коммерческие предприятия более чем в одном государстве. В случае подрядчика или поставщика, действующего в виде корпорации, в связи с данным определением возникают вопросы о том, распространяется ли оно на государство инкорпорации или же на государства, в которых находятся коммерческие предприятия должностных лиц или акционеров или в которых они проживают. Было также отмечено, что в некоторых государствах действуют несколько иные правила для определения того, кто является гражданином данного государства, в зависимости от того, для каких целей определяется национальная принадлежность. Кроме того, было отмечено, что слова "поощряется и стимулируется" представляют собой скорее программное заявление, а не правовую норму. В целях улучшения данного определения были выдвинуты различные предложения, в том числе предложение об исключении ссылки на "основные учреждения" и предложения, направленные на конкретизацию ссылки на коммерческие предприятия.

36. Был задан вопрос, необходимо ли вообще определение "процедуры международных торгов". В этой связи Рабочая группа рассмотрела вопрос о роли данного термина в типовом законе и о связи между статьями 2(e), 3(b) и 11. Отмечалось, что в соответствии со статьей 3(b) основной целью типового закона является обеспечение и стимулирование участия в процедурах закупок компетентных подрядчиков и поставщиков, включая, в случае необходимости, подрядчиков и поставщиков, которые упомянуты как "иностранные" подрядчики и поставщики. Отмечалось, что типовой закон предусматривает различные специальные процедуры, которые будут использоваться в

процедурах торгов, когда участие в этих процедурах "иностранных" подрядчиков и поставщиков должно обеспечиваться и стимулироваться. Функция статьи 11 заключается в том, чтобы определить, когда должны использоваться такие специальные процедуры.

37. Термин "процедуры международных торгов" используется в статье 11 как удобный способ ссылки на процедуры торгов, предусматривающие использование таких специальных процедур. Использование и функция термина "процедуры международных торгов" составляют основу определения, содержащегося в статье 2(e).

38. В связи с наличием тесной связи между статьей 2(e) и статьей 11 Рабочая группа решила отложить дальнейшее обсуждение статьи 2(e) и рассмотреть его одновременно со статьей 11. В этот момент можно будет вернуться к рассмотрению вопроса о том, необходимо ли давать определение "процедуры международных торгов", и, если это будет сочтено уместным, вопроса о его содержании. Ход последующего обсуждения отражен в пунктах 118-120 ниже.

"Обеспечение предложения" (подпункт (f))

39. Было сделано предложение исключить определение термина "обеспечение предложения". Утверждалось, что это определение не является необходимым, учитывая тот факт, что характер обеспечения, которое требуется закупающей организацией, будет оговорен в документации по организации торгов. Однако было сочтено, что это определение является, по существу, приемлемым, при условии внесения в него некоторых изменений и разъяснений.

40. Был задан вопрос о том, являются ли необходимыми примеры видов обеспечения предложения, перечисленные в определении. Согласно превалировавшему мнению, эти примеры полезны. Было решено сделать ссылку на дополнительные виды документов, используемые для обеспечения, такие, как резервные аккредитивы, поручительства, простые и переводные векселя. Было также решено исключить ссылку на финансовые учреждения, поскольку некоторые виды обеспечения предложения выдаются учреждениями, которые в ряде государств не могут рассматриваться в качестве финансовых (например, страховыми компаниями).

41. В свете вышеизложенного обсуждения общеприемлемым было сочтено следующее определение обеспечения предложения:

> "обеспечение предложения" означает обеспечение выполнения обязательств участника торгов, включая такие средства, как гарантии, поручительства, аккредитивы, резервные аккредитивы, чеки, по которым в первую очередь обязательства несет какой-либо банк, депозиты в наличных средствах, простые и переводные векселя".

"Валюта" (подпункт (g))

42. Рабочая группа сочла определение термина "валюта" в целом приемлемым.

"Процедуры торгов" (подпункт (g бис))

43. Рабочая группа сочла определение термина "процедуры торгов" в целом приемлемым.

"Процедуры конкурентных переговоров" (подпункт (h))

44. Было заявлено, что определение, заключенное в настоящее время в квадратные скобки, создает опасность коллизии со статьей 34. В соответствии с этой точкой зрения было высказано предложение исключить слова, заключенные в квадратные скобки, и в определении лишь сослаться на статью 34. В качестве возражения на это предложение было заявлено, что подобное определение является бесцельным.

45. Согласно преобладавшему мнению, определение, заключенное в настоящее время в квадратные скобки, содержит полезную информацию для пользователя типового закона. Было решено, однако, расширить формулировку, с тем чтобы сослаться на переговоры на конкурентной основе между закупающей организацией и "по крайней мере двумя" подрядчиками и поставщиками.

"Закупки из одного источника" (подпункт (i))

46. Рабочая группа сочла определение "закупок из одного источника" в целом приемлемым.

"Подрядчик или поставщик" (подпункт (i бис))

47. Был задан вопрос о целесообразности использования термина "подрядчик", поскольку лицо или организация не становится "подрядчиком" до заключения договора о закупке. Было решено, однако, что, поскольку в определении содержится ссылка на "любую потенциальную сторону" договора о закупках, то оно является приемлемым.

"Предложение, отвечающее формальным требованиям" (подпункт (j))

48. По общему мнению, начальные слова определения следует изменить следующим образом: "Предложение, отвечающее формальным требованиям", означает предложение, которое...".

49. Было отмечено, что, устанавливая, что предложение отвечает формальным требованиям, если оно соответствует требованиям, изложенным в документации по организации торгов, определение входит в противоречие со статьей 28(4), которая содержит исключение в том, что касается необходимости соответствия документации по организации торгов. С тем чтобы исправить это противоречие, было решено добавить в это определение ссылку на статью 28(4). Было также решено изменить определение таким образом, чтобы в нем содержалась ссылка на соответствие "всем" требованиям, изложенным в документации по организации торгов.

50. Было сделано предложение о том, что в определении должна содержаться ссылка на "обязательные" требования документации по организации торгов, с тем чтобы провести различия между техническими спецификациями или условиями в документации по организации торгов, которым должны соответствовать предложения, от тех условий, которым предложения не обязательно должны соответствовать и в отношении которых участники торгов могут делать предложения для повышения конкурентоспособности своих заявок. Это предложение принято не было, поскольку слово "требование" само по себе подразумевает, что соответствие является обязательным.

51. Было решено, что формулировка в конце определения, начинающаяся со слов "включая требования, касающиеся", является излишней и ее следует исключить.

52. В свете вышеизложенного обсуждения было достигнуто общее согласие об изменении формулировки определения следующим образом:

> "Предложение, отвечающее формальным требованиям", означает предложение, которое соответствует всем требованиям, изложенным в документации по организации торгов, при условии соблюдения статьи 28(4)".

Статья 3
Основные цели

53. Была достигнута договоренность о том, чтобы сохранить слово "цели", заключенное в квадратные скобки в вводной части статьи 3.

54. Было высказано также мнение о том, что изложение целей следует сохранить в статье 3. Однако была достигнута договоренность, что, поскольку изложение целей типового закона, содержащееся в настоящее время в статье 3, по сути дела не создает основополагающих прав или обязанностей для сторон, оно должно содержаться в преамбуле типового закона, а не в основном тексте закона.

55. Было отмечено, что, если судить по нынешней формулировке статьи 3, цель экономии в процессе закупок, сформулированная в подпункте (a), второстепенна по сравнению с целью эффективности, которая выдвигается в вводной части статьи. Была достигнута общая договоренность о том, что целям экономии и эффективности следует придать равный статус, исключив ссылку на эффективность из вводной части статьи и сделав ее в подпункте (a), который будет гласить: "обеспечение максимальной экономии и эффективности в процессе закупок".

56. Было выражено мнение о том, что слово "экономия", которое используется во фразе "экономии в процессе закупок" в подпункте (a), и слово "экономичным", которое используется во фразе "наиболее экономичным предложением" в статье 28(7)(c), являются неясными, и в этой связи был поставлен вопрос о том, имеют ли целью эти оба слова передать один и тот же смысл. Было также указано, что оба слова должны быть уточнены. В ответ было подчеркнуто, что "экономия в процессе закупок" - это общий термин, который подразумевает получение закупочной организацией наилучшей цены при закупках, в то время как "наиболее экономичное предложение", определенное в статье 28(7)(c), ссылается на два факультативных критерия, которые должны использоваться закупающей организацией при выборе лучшего предложения, а именно предложения с

самой низкой ценой или предложения с наиболее выгодной оценкой. Было также высказано мнение о том, что по всей очевидности не произойдет никакой путаницы между фразами "экономия в процессе закупок" и "наиболее экономичное предложение", особенно если цель экономии в процессе закупок будет перенесена в преамбулу.

57. Была достигнута договоренность о том, что изложение целей типового закона должно быть расширено и что оно должно включать ссылку на цель содействия международной торговле.

58. Была достигнута договоренность о том, что ссылка в подпункте (b) на участие подрядчиков и поставщиков, регионы деятельности или основные учреждения которых расположены за пределами государства, принимающего закон, должна быть согласована с результатами рассмотрения Рабочей группой определения "процедуры международных торгов" в статье 2(e). В отношении подпункта (c) было высказано мнение о том, что слова "развитие конкуренции между подрядчиками и поставщиками" должны быть изменены и заменены словами "содействие равной конкуренции между подрядчиками и поставщиками".

Статья 3 бис
Международные соглашения или другие международные обязательства данного государства, касающиеся закупок

59. Было выражено общее согласие в отношении правила в статье 3 бис о том, что если типовой закон вступает в коллизию с каким-либо договором, заключенным каким-либо государством, принимающим типовой закон, то преимущественную силу имеет договор. Однако было высказано возражение против правила, по которому в случае коллизии типового закона с соглашениями, заключенными между принимающим закон государством и органами управления других государств, или с соглашениями, заключенными между принимающим закон государством и международными финансовыми учреждениями, эти соглашения будут иметь верховенство над типовым законом. Было указано, что такие соглашения не следует рассматривать таким же образом, как и договоры. Было подчеркнуто, что правило, согласно которому соглашения должны иметь преимущественную силу, противоречит действующему в некоторых правовых системах принципу, в соответствии с которым суды должны применять национальное законодательство, даже в том случае, если это законодательство вступает в противоречие с международными обязательствами государства. Было также указано, что это правило может привести к тому, что оно будет уполномочивать исполнительные органы вступать в соглашения, отменяющие законодательство, принятое парламентом, что было бы неприемлемым в ряде стран. В заключение было указано, что зачастую государства могут при обсуждении соглашений с финансовыми учреждениями избегать конфликтных ситуаций между этими соглашениями и типовым законом, принятым государствами.

60. Преобладающим было мнение, согласно которому следует сохранить правило о том, что преимущественную силу должны иметь международные соглашения. Было указано, что это правило соответствует конституционным и правовым принципам многих правовых систем и отражает практику, к которой прибегают в связи с финансированием многие международные финансовые учреждения. Весьма часто государство-заемщик соглашается с тем, что его соглашение о кредитах с каким-либо международным финансовым учреждением имеет верховенство над вступающими с ним в коллизию положениями национального закона. Такие соглашения о кредитах обычно ратифицируются парламентами государств-заемщиков и, как указывалось, по своему характеру приравниваются к договорам. Таким образом, эти соглашения в правовом отношении обычно имеют верховенство над вступающими с ними в коллизию положениями национального законодательства. Тем не менее включение конкретной нормы по этому вопросу в статью 3 бис было желательным, поскольку она позволяет устранить для занимающихся закупками должностных лиц неопределенность в вопросе о том, что имеет преимущественную силу: соглашение или типовой закон, и избежать последующих задержек при закупке. Как было указано, возможную обеспокоенность некоторых государств в связи с заключением исполнительным органом правительства соглашения, имеющего преимущественную силу над законом, принятым парламентом, можно в некоторой степени уменьшить, если государства будут назначать в своих положениях о закупках государственные органы, уполномоченные заключать соглашения с финансовыми учреждениями.

61. Было отмечено, что в соответствии с заключительной фразой статьи 3 бис соглашения с органами других государств и международными финансовыми учреждениями не будут полностью заменять типовой закон и применяться они будут лишь тогда, когда возникает коллизия с типовым законом. Было высказано мнение, что для усиления презумпции применимости типового закона следует изменить редакцию статьи 3 бис таким образом, чтобы положения типового закона регулировали все закупки за исключением отдельных случаев, когда типовой закон вступает в коллизию с договором или другими международными обязательствами государства, принявшего этот закон.

62. Была достигнута договоренность в отношении того, что статья 3 бис будет изменена с тем, чтобы разъяснить, что только соглашения с правительственными международными финансовыми учреждениями, а не соглашения с неправительственными учреждениями будут иметь верховенство над вступающими с ними в коллизию положениями типового закона. Предложение о распространении действия этой статьи на соглашения со всеми международными учреждениями принято не было. Было также достигнуто согласие, что эта статья касается не только обязательств, принятых на основании договоров или соглашений, заключаемых государствами, но и обязательств, "вытекающих из" таких договоров и соглашений, в целях обеспечения того, чтобы, например, директивы Европейского сообщества (ЕС), принятые в соответствии с Договором ЕС, имели верховенство над вступающими с ними в коллизию положениями типового закона.

63. Был затронут вопрос о том, уместно ли в статье 3 бис предусматривать, что не только уже действующие, но и будущие договоры и соглашения будут иметь верховенство над вступающими с ними в коллизию положениями типового закона. В целом было признано, что такая формулировка статьи 3 бис является приемлемой.

Статья 4
Положения о закупках

64. Было достигнуто согласие, что статью 4 следует изменить, с тем чтобы учесть нормы положений о закупках, исключающих применение типового закона к некоторым видам закупок (см. пункт 14 выше).

Статья 5
Доступность для общественности закона о закупках, положений о закупках и других правовых текстов, касающихся закупок

65. Рабочая группа пришла к выводу, что статья 5 является в целом приемлемой.

Статья 6
Контроль и надзор за закупками

66. Было отмечено, что в некоторых государствах органы, уполномоченные утверждать действия и решения закупающей организации, могут быть различными в зависимости от того, о каких действиях или решениях идет речь. Соответственно Рабочая группа приняла решение исключить статью 6, в которой полномочиями утверждать все акты и решения, подлежащие утверждению, наделяется один орган. Было также решено, что орган, уполномоченный осуществлять функцию утверждения, следует указывать в каждой статье, касающейся акта или решения, подлежащего утверждению. Для того чтобы государство могло изменять этот орган, не меняя типового закона, принятого государством, было предложено предусмотреть возможность изменения государством такого органа путем назначения нового органа в положениях о закупках.

67. Было отмечено, что утверждение действий и решений закупающей организации другим административным учреждением будет противоречить практике ряда государств. Группа согласилась, что такие государства могли бы снять ссылки на функцию утверждения во время принятия типового закона.

Статья 7
Методы закупок и условия их применения

68. Рабочая группа согласилась с изложенным в пункте 1 подходом, согласно которому торги являются предпочтительным методом закупок.

69. Что касается пункта 2, то были высказаны различные мнения в отношении целесообразности того, чтобы в типовом законе предусматривались закупки на основе конкурентных переговоров. Согласно одному мнению, предусматривать данный метод закупки небезопасно, поскольку он дает закупающей организации широкую и неконтролируемую свободу вести переговоры с подрядчиками и поставщиками любыми методами, которые она считает нужными. В случае отсутствия какой-либо процедурной структуры контроля за процессом ведения переговоров существует вероятность того, что закупающая организация будет вести переговоры ненадлежащим коммерческим образом. Кроме того, отсутствуют объективные критерии отбора подрядчика или поставщика для заключения контракта о закупках. Как отмечалось, такие критерии имеют важное значение для оказания закупающей организации помощи в ведении переговоров и для обеспечения стандартов, на основе которых утверждающий орган или лица, организовавшие процедуры пересмотра решений, могут дать оценку решению закупающей организации. В целом отмечалось, что в данном методе отсутствует

ясность, в связи с чем возможны нарушения. Отмечалось также, что для закупок в условиях, когда предполагается использование конкурентных переговоров, предусмотрены другие, более подходящие методы закупок.

70. По мнению большинства, в типовом законе следует сохранить метод конкурентных переговоров. Отмечалось, что в некоторых странах он имеет практическое применение. Говорилось также, что в соответствующих случаях, например, при закупке товаров или строительства со значительным технологическим компонентом, он является наиболее подходящим методом закупок; таким образом, закупающим организациям должна быть предоставлена возможность проведения таких переговоров. Можно было бы осуществлять контроль за использованием конкурентных переговоров, обязав закупающую организацию получить от вышестоящей организации разрешение на использование данного метода или ограничив использование этой процедуры другими методами контроля и надзора. Отмечалось, что в некоторых странах административный контроль за закупками осуществляется посредством процедур ревизии после завершения процедур закупок. Вместе с тем был поднят вопрос о том, является ли такая мера надлежащим методом контроля за проведением процедур. Было решено, что предусмотренные в пункте 2 условия использования конкурентных переговоров являются неуместными и их следует пересмотреть.

71. Рабочая группа согласилась, что в типовом законе следует сохранить метод закупок из одного источника, предусмотренный в пункте 3. Она согласилась также, что метод закупок, упомянутый в статье 31 как двухэтапные процедуры торгов, следует сохранить, однако в типовом законе его следует сформулировать как отдельный метод закупок и его не следует рассматривать в разделе типового закона, посвященного процедурам торгов.

72. Согласно общему мнению, настоящий проект типового закона не предусматривает достаточного перечня или набора соответствующим образом дифференцированных методов закупок, которые бы удовлетворяли потребности закупающих организаций. Поэтому было решено предусмотреть дополнительные методы, а именно запрос предложений в тех случаях, когда закупающая организация стремится получить различные предложения для удовлетворения своих закупных потребностей, и запрос котировок для использования при сравнительно недорогостоящих закупках легко идентифицируемых товаров.

73. Что касается структуры статьи 7, то Рабочая группа рассмотрела два возможных подхода. Согласно одному подходу, в статье 7 будет перечислен каждый из методов закупок, предусмотренных типовым законом, и оговорены условия использования каждого метода. Согласно другому подходу, условия использования различных методов будут установлены в статьях типового закона, связанных с этими методами.

74. Рабочая группа создала специальную рабочую группу для рассмотрения содержания и структуры статьи 7 с учетом ее обсуждений и решений. Специальной рабочей группе было предложено определить условия использования методов закупок, не являющихся торгами, и процедуры, используемые в рамках этих методов. В следующих пунктах содержится информация об обсуждениях и решениях Рабочей группы, основанных на рекомендациях специальной рабочей группы. Секретариату было предложено принять во внимание обсуждения и решения при подготовке следующего проекта типового закона.

75. Было решено, что в статье 7 будет содержаться перечень всех методов закупок, предусмотренных в типовом законе. К ним относятся: торги, двухэтапные торги, запрос предложений, конкурентные переговоры, запрос котировок и закупки из одного источника. Условия использования каждого метода и процедуры, используемые в рамках данных методов, будут представлены в отдельных статьях типового закона, касающихся каждого метода. Было решено также с учетом решения Рабочей группы в отношении трактовки в типовом законе функции утверждения предусмотреть, чтобы решение закупающей организации использовать иной метод закупки, чем торги, подлежало утверждению. Вопрос о том, какому органу будет поручено такое утверждение, каждое государство решает самостоятельно.

76. Было отмечено, что вопрос о том, должны ли процедуры торгов быть открытыми для подрядчиков и поставщиков, независимо от их гражданства или страны регистрации, рассмотрен в статье 11. Было решено, что вопрос о таком участии в закупках с помощью других методов будет регулироваться в статьях, касающихся других таких методов.

77. Было отмечено, что условия, при которых закупающая организация будет иметь право применить процедуры ограниченных торгов, рассматриваются в статье 12(2). Рабочая группа решила, что в типовом законе следует также урегулировать условия, при которых участие в процедурах, связанных с другими методами закупок, может быть ограничено конкретными подрядчиками и поставщиками, отобранными закупающей организацией.

Процедуры торгов

78. Что касается процедур торгов, то было решено сохранить существо статьи 7(1).

79. Было отмечено, что, когда использование другого метода закупок, чем процедуры торгов, оправдано, обстоятельства конкретной сделки по закупке могут оправдывать использование и более чем одного такого метода. Для этих случаев было решено установить следующий порядок очередности: i) двухэтапные торги; ii) запрос предложений; iii) конкурентные переговоры; iv) запрос котировок; v) закупки из одного источника.

Двухэтапные торги

80. Было решено, что условия использования и процедуры двухэтапных торгов не будут по существу отличаться от тех, которые в настоящее время предусмотрены в статье 31, при условии внесения соответствующих изменений, с тем чтобы учесть, что этот метод представляет собой отдельный метод.

Запрос предложений

81. Было решено, что закупающая организация будет иметь право использовать метод запроса предложений в случаях, когда она не определила конкретного решения для удовлетворения своих закупных потребностей и запрашивает предложения относительно различных возможных решений. Рабочая группа не приняла предложение о том, чтобы использование этого метода ограничить случаями, когда применение двухэтапных торгов практически неосуществимо.

82. Что касается процедур, которых следует придерживаться при закупках с применением этого метода, то закупающая организация запросит у подрядчиков и поставщиков предложения относительно путей удовлетворения ее закупных потребностей. Выбор подрядчика или поставщика для заключения договора о закупках будет основываться не только на цене, но и на других объективных и поддающихся количественной оценке критериях. Оценка предложений будет связана с использованием списка взвешенных критериев, с которым подрядчики и поставщики будут непременно ознакомлены. Подрядчикам и поставщикам будет также сообщено об относительной важности используемых критериев. Эти критерии будут определять как компетентность подрядчика или поставщика, представляющего предложение, так и эффективность его предложения с точки зрения удовлетворения закупных потребностей закупающей организации. Эффективность предложения будет оцениваться отдельно от этой цены.

83. Было высказано несогласие с требованием о том, что критерии выбора подрядчика или поставщика для заключения контракта должны быть объективными и поддающимися количественной оценке. Было отмечено, что для закупки некоторых видов товаров, таких, как компьютерные системы, установить поддающийся количественной оценке критерий невозможно. В обстоятельствах, при которых предполагается использовать метод запроса предложений, часто необходимо, чтобы процесс оценки содержал субъективный элемент. В ответ на предложение о том, чтобы метод запроса предложений был приспособлен к закупкам компьютерных систем, было указано, что, по причине особого характера таких систем, в практике для их закупок вырабатываются специальные нормы и процедуры.

84. Было также выражено несогласие с тем, что в согласованной Рабочей группой формулировке метода запроса предложений говорится о том, что компетентность поставщиков и подрядчиков будет оцениваться вместе с эффективностью предложения. Было заявлено, что компетентность подрядчиков и поставщиков следует оценивать отдельно и в соответствии с четкими и объективными критериями, аналогичными тем, которые в настоящее время содержатся в статье 8. Было заявлено, что предоставление закупающей организации возможности оценивать компетентность подрядчиков и поставщиков вместе с эффективностью их предложений может внести субъективный элемент в оценку эффективности предложений, что будет нежелательным.

Конкурентные переговоры

85. Было решено, что закупающая организация имеет право осуществить закупки с помощью конкурентных переговоров в следующих обстоятельствах:

a) когда ввиду характера, масштаба или объема товаров или строительства и с целью обеспечения наиболее полного удовлетворения своих закупных потребностей необходимо провести переговоры с подрядчиками или поставщиками, с тем чтобы дать закупающей организации возможность оценить степень удовлетворения ими ее потребностей и выбрать решение, которое является наиболее удачным;

b) когда существует срочная потребность в конкретных товарах и торги в таком случае были бы невозможными или неосмотрительными;

c) когда закупающая организация стремится заключить договор в целях проведения научных изысканий, экспериментов, исследований или разработок, ведущих к закупке прототипа, за исключением случаев, когда договор предусматривает производство товаров в количествах, достаточных для обеспечения их коммерческой рентабельности или возмещения расходов на научные исследования и опытно-конструкторские разработки; или

d) когда по соображениям национальной обороны или национальной безопасности необходимо сохранять в тайне закупные потребности закупающей организации.

86. Было высказано несогласие с обстоятельствами, упомянутыми в подпунктах (a) и (b) пункта 85 выше. Было предложено сузить сферу этих обстоятельств, с тем чтобы можно было допустить использование конкурентных переговоров:

a) когда не применим никакой другой метод закупок, или когда использование другого метода закупок не привело к заключению договора о закупках вследствие отсутствия отвечающих формальным требованиям предложений или оферт со стороны прошедших отбор подрядчиков или поставщиков, или когда отобранный подрядчик или поставщик не смогли заключить договор о закупках;

b) когда сложилась чрезвычайная ситуация, не созданная закупающей организацией и не связанная с ее внутренним функционированием, в результате которой ощущается срочная потребность в товарах или строительстве или эту потребность нельзя удовлетворить никаким другим методом закупок.

87. Было указано, что такая формулировка более конкретно и четко определяет обстоятельства, при которых можно использовать конкурентные переговоры, и что она поможет обеспечить, чтобы этот метод закупок, сопряженный с менее строгим контролем, использовался лишь в надлежащих случаях. Это предложение не было принято. Содержащаяся в предложении формулировка об обстоятельствах, при которых можно использовать конкурентные переговоры, была сочтена слишком ограничительной. Было признано, что обстоятельства, перечисленные в пункте 85 выше, в большей степени соответствуют практике ряда государств и более удовлетворительным образом обеспечивают потребности закупающих организаций. В отношении обстоятельств, упомянутых в пункте 86(a) выше, было указано, что в некоторых случаях, конкурентные переговоры, возможно, являются не единственным методом закупок, но, возможно, наиболее подходящим. Было высказано пожелание рассматривать эти ситуации с помощью системы очередности, упомянутой в пункте 79, а не исключать полностью использование метода конкурентных переговоров. Было также указано, что условия для ведения конкурентных переговоров должны определяться скорее характером закупок, а не безуспешным применением некоторых других методов закупок.

88. Было высказано возражение против формулировки "чрезвычайная ситуация" в пункте 86(b) выше. Было указано, что создание препятствий для использования закупающей организацией конкурентных переговоров в тех случаях, когда создание чрезвычайной ситуации вменяется закупающей организации в вину, не отвечает публичным интересам и сделает типовой закон неприемлемым для некоторых государств.

89. Было решено, что положения типового закона, касающиеся процедур, которые должны использоваться для конкурентных переговоров, следует увязать с положениями статьи 34 настоящего проекта.

Запрос котировок

90. Была достигнута договоренность о том, чтобы метод запроса котировок использовался для закупок легко идентифицируемых товаров, для которых имеется коммерческий рынок. Обычно этот метод будет использоваться в тех случаях, когда товары реализуются относительно небольшими по объему и стоимости партиями.

91. В отношении процедур, используемых при этом методе, закупающая организация будет запрашивать котировки от нескольких подрядчиков и поставщиков. Было предложено, чтобы для закупок товаров выше конкретно установленной стоимости закупающая организация давала рекламные объявления о котировке цен. Каждый подрядчик и поставщик предоставит одну ценовую котировку и ему не будет позволено изменять свою котировку. Закупающей организации не будет позволено вести переговоры с подрядчиками и поставщиками. Договор будет подписываться с подрядчиком или поставщиком, предложившим самую низкую цену.

Закупки из одного источника

92. Рабочая группа выразила общее согласие с условиями использования метода закупок из одного источника, изложенными в статье 7(3), и процедурами, изложенными в статье 35.

Статья 8
Квалификационные данные подрядчиков и поставщиков

Новый пункт 1

93. Рабочая группа сочла новый пункт 1 в целом приемлемым.

Пункт 1

94. Была высказана поддержка подходу, принятому в пункте 1(a)(i), оговаривающем национальный закон, который будет регулировать правоспособность подрядчика или поставщика заключать договор о закупках. Этот подход дает подрядчику или поставщику возможность выяснить, отвечает ли он требованию правоспособности, и представить надлежащую документацию, доказывающую его правоспособность. Что касается вопроса о том, закон какого государства должен применяться, то была высказана поддержка использованию закона государства подрядчика или поставщика, как это предусматривается в настоящее время в квадратных скобках в пункте 1(a)(i). Согласно другому мнению, в этом пункте должна содержаться ссылка на закон места закупки.

95. Превалирующее мнение, однако, заключалось в том, что в этом пункте не следует оговаривать закон конкретного государства, а что этот вопрос следует оставить на урегулирование на основании соответствующих норм коллизионного права и что слова, которые в настоящее время заключены в квадратные скобки в пункте 1(a)(i), следует исключить. В поддержку этого мнения указывалось, что закон, регулирующий правоспособность заключать договоры, различается в зависимости от норм коллизионного права различных правовых систем. Было заявлено, что в типовом законе не следует пытаться унифицировать эти нормы коллизионного права. Также указывалось, что недостаточно просто указать закон конкретного государства, регулирующий вопрос о правоспособности вступать в договор, поскольку не будет ясности относительно того, включает ли это указание ссылку на нормы коллизионого права этого государства. Если ссылка на нормы коллизионного права включается, то эти нормы могут содержать отсылку к праву какого-либо другого государства для регулирования этой проблемы, а вопрос о том, обладает ли подрядчик или поставщик правоспособностью, может разрешаться по-разному в двух различных государствах. Было также заявлено, что отсутствие указания на то, какой закон регулирует этот вопрос, вряд ли может создать какие-либо трудности для подрядчиков и поставщиков, поскольку споры по вопросу правоспособности вступать в договоры возникают крайне редко. Было решено, что различные вопросы и проблемы, возникающие в этой связи, следует рассмотреть в комментарии к типовому закону.

96. Было решено сохранить слова "их имущество не управляется по решению суда" в квадратных скобках в пункте 1(a)(ii).

97. Рабочая группа сочла пункт 1(a)(iii) в целом приемлемым.

98. Было сделано предложение исключить пункт 1(a)(iv) по той причине, что в ряде стран подрядчик или поставщик не имеет возможности получить официального подтверждения того, что он не был осужден за какое-либо уголовное правонарушение или не нес гражданской ответственности. В ответ было отмечено, что подрядчик или поставщик может представить закупающей организации соответствующий аффидевит. Однако был задан вопрос о целесообразности представления такого аффидевита, особенно если закупающая организация не может проверить содержащуюся в нем информацию.

99. Рабочая группа постановила сохранить в пункте 1(a)(iv) ссылку на осуждение подрядчиков и поставщиков за уголовные правонарушения, а также слова в квадратных скобках "или на основании предоставления ложных заявлений или ложных квалификационных данных с целью заключения договора о закупках". Было предложено также сделать ссылку на ложные заявления или представление ложных данных относительно товаров подрядчиков и поставщиков. Это предложение принято не было. Смысл термина "товары" был сочтен расплывчатым, и было указано, что в ряде государств имеются законы, которые касаются представления ложных сведений и ложной рекламы и которые должным образом регулируют эту проблему.

100. Было высказано мнение, что следует разъяснить, касается ли ссылка в пункте 1(a)(iv) осуждения за какое-либо уголовное правонарушение самого подрядчика или поставщика или также их старших служащих и должностных лиц.

101. Рабочая группа решила исключить из пункта 1(a)(iv) слова "и не несли гражданской ответственности за нанесение ущерба в результате исполнения или неисполнения договора о закупках". Было сочтено, что такой критерий дисквалификации является слишком широким, поскольку тот факт, что подрядчик или поставщик несли гражданскую ответственность, не обязательно наносит ущерб их соответствию квалификационным требованиям для выполнения договора о закупках.

102. Было внесено предложение выделить в данной статье пункт 1(a)(vi), поскольку в нем излагаются наиболее важные критерии, касающиеся квалификационных требований в отношении подрядчиков и поставщиков. Рабочая группа постановила сохранить слова "управленческой компетенцией, надежностью, опытом и репутацией", которые приводятся в этом пункте в квадратных скобках.

103. Были высказаны определенные возражения в отношении права закупающей организации проверять бухгалтерскую документацию подрядчиков и поставщиков, которое предусмотрено в пункте 1(b) в квадратных скобках. В обоснование такого положения было отмечено, что возможность проверять бухгалтерскую документацию позволяет закупающей организации получать достоверную и надежную информацию относительно квалификационных требований в отношении подрядчиков или поставщиков. Было отмечено, что определенные гарантии для подрядчиков и поставщиков предусмотрены в вводной части пункта 1, содержащей оговорку "с учетом права подрядчиков и поставщиков защищать свою интеллектуальную собственность или коммерческие тайны". После обсуждения Рабочая группа постановила, что в пункте 1(b) не следует предусматривать возможность проверки бухгалтерской документации подрядчиков и поставщиков и что вместо этого следует обязать подрядчиков и поставщиков обеспечивать такую проверку их заявлений относительно своей квалификации, какую может разумно требовать закупающая организация.

Пункт 2

104. Рабочая группа сочла пункт 2 в целом приемлемым.

Пункт 2 бис

105. Рабочая группа сочла пункт 2 бис в целом приемлемым.

Пункт 2 тер

106. Было высказано мнение о том, что положение, запрещающее ставить в невыгодное положение иностранных подрядчиков и поставщиков в связи с установлением критериев и процедур оценки их квалификации, имеет слишком общую формулировку. Было отмечено, что данный пункт можно толковать таким образом, что он не допускает применения дифференцированного режима в отношении иностранных и отечественных подрядчиков и поставщиков для достижения социально-экономических целей, а также не допускает установления государством требования в отношении официальной регистрации подрядчиков и поставщиков в данном государстве в качестве условия участия в процедурах закупок. В ответ было отмечено, что социально-экономические факторы не должны учитываться при оценке квалификационных данных подрядчиков и поставщиков и что данный пункт не запрещает принимать законы, в соответствии с которыми требуется официальная регистрация подрядчиков и поставщиков в данном государстве в качестве условия участия в процедурах закупок, если иностранным подрядчикам и поставщикам предоставлена разумная возможность для официальной регистрации в данном государстве.

107. Рабочая группа решила сохранить пункт 2 тер в существующем виде и рассмотреть замечания, высказанные в отношении формулировки данного пункта, при обсуждении Рабочей группой статьи 11. Было также решено изменить ссылку на "иностранных" подрядчиков и поставщиков для приведения ее в соответствие с решением Рабочей группы относительно определения понятия "процедуры международных торгов" в статье 2(e), а также заменить слова "ставят в невыгодное положение" иностранных подрядчиков и поставщиков словами "ставят в невыгодное положение всех или некоторых".

Пункт 3

108. Было решено исключить приводимые в квадратных скобках слова "при условии эффективного функционирования системы закупок", поскольку они открывают широкие возможности для произвольного лишения подрядчиков и поставщиков возможности участвовать в процедурах закупок.

109. Было решено изменить формулировку пункта 3, с тем чтобы исключить возможность его применения после начала процедур предварительного отбора, поскольку подрядчик или поставщик, не прошедший предварительного отбора, не должен иметь возможности участвовать в процедурах закупок в соответствии с данным пунктом.

110. Было отмечено, что в существующей формулировке данного пункта не содержится четкого указания на то, распространяется ли данный пункт лишь на подрядчиков и поставщиков, которые удовлетворяют критериям квалификационного отбора, однако не смогли представить необходимых доказательств, или же также на подрядчиков и поставщиков, которые не удовлетворяют упомянутым критериям, однако желают принять меры для выполнения критериев квалификационного отбора в ходе процедур закупок. Рабочая группа постановила уточнить соответствующую формулировку, с тем чтобы данный пункт распространялся лишь на подрядчиков и поставщиков, которые удовлетворяют критериям квалификационного отбора, но не смогли представить необходимые доказательства, возможно, путем замены слова "demonstrate" словами "provide proof". Было также решено более четко указать в данном пункте, что подрядчик или поставщик обязан представить доказательства до завершения процедур закупок.

Статья 10
Правила, касающиеся документальных доказательств, представляемых подрядчиками и поставщиками

111. Было высказано мнение о необходимости исключения статьи 10. Эта статья, как отмечалось, является слишком детализированной, в связи с чем возникает опасность ее применения закупающей организацией, для того чтобы не допустить того или иного подрядчика или поставщика к участию в процедурах закупок на основании невыполнения данным подрядчиком или поставщиком определенных формальных требований, изложенных в этой статье. Кроме того, было отмечено, что во многих государствах существуют законы, касающиеся легализации документов, и поэтому не следует ожидать, что такие государства примут отдельные правила для документов, используемых в процедурах закупок. Было предложено рассмотреть вопросы, которым посвящена данная статья, в комментарии.

112. Была высказана принципиальная поддержка сохранению данной статьи, поскольку она препятствовала бы принятию закупающей организацией несправедливых решений об отказе тому или иному подрядчику или поставщику на основании несоблюдения определенного формального требования. Тем не менее пункты 2 и 3 были сочтены слишком детализированными. Кроме того, было отмечено, что не во всех государствах выполняются нотариальные функции, упомянутые в пункте 2, и что в этом пункте отсутствуют ссылки на различные другие категории лиц, которые уполномочены удостоверять документы, например на бухгалтеров-ревизоров. Были также высказаны сомнения в отношении полезности пункта 3(b).

113. Рабочая группа постановила сохранить пункт 1, включая слова "когда закупающая организация требует легализации документальных доказательств". Эти слова позволяют не допустить толкования, в соответствии с которым эта статья предусматривает легализацию всех документов, представляемых подрядчиками и поставщиками, а также поясняет, что положения данной статьи применяются лишь в том случае, когда закупающая организация требует легализации того или иного документа. Вместо пунктов 2 и 3 было решено предусмотреть в данной статье, что закупающая организация не будет иметь полномочий предъявлять какие-либо требования в отношении легализации документальных доказательств квалификации подрядчиков и поставщиков помимо требований, предусмотренных в законах принимающего типовой закон государства относительно легализации данной категории документов.

Статья 11
Процедуры международных торгов

114. Был поддержан подход, который в настоящее время используется в статье 11 и в соответствии с которым решение о целесообразности применения процедур международных торгов оставляется на усмотрение закупающей организации. Тем не менее, согласно другим мнениям, следует обязать закупающие организации применять процедуры международных торгов в некоторых

случаях, например, когда стоимость закупаемых товаров или строительства превышает определенную сумму или когда применение таких процедур необходимо для достижения экономичности и эффективности закупок.

115. Было отмечено, что в первом проекте статьи 11 содержался дополнительный пункт, в котором указывалось, что закупающая организация обязана применять процедуры международных торгов в тех случаях, когда стоимость закупаемых товаров или строительства превышает определенную сумму, если ей не удалось получить разрешения не применять международные процедуры (A/CN.9/WG.V/WP.24, статья 11(2)). Было отмечено, что после исключения данного пункта в соответствии с решением Рабочей группы на ее одиннадцатой сессии (A/CN.9/331, пункт 58) эта статья была в значительной степени лишена своих функций, позволяющих установить, когда закупающая организация обязана применять процедуры международных торгов. В нынешнем тексте статьи просто утверждается очевидное, т.е. что закупающая организация "может" применять процедуры международных торгов. Было также отмечено, что этой статье может быть дано нежелательное толкование, в соответствии с которым внутренние процедуры торгов являются правилом и закупающей организации необходимо обосновывать необходимость применения процедур международных торгов в качестве исключения из этого правила.

116. Согласно преобладавшему мнению, следует поддержать такой подход к статье 11, в силу которого будет иметь право на существование презумпция в отношении использования процедур международных торгов, за исключением тех случаев, когда участие в международных процедурах противоречило бы целям обеспечения экономичности и эффективности или когда от участия можно отказаться на основаниях, оговоренных в положениях о закупках. Каждое государство, принимающее типовой закон, будет иметь возможность оговорить свои собственные основания, исходя из своих потребностей и условий. Требование о том, чтобы такие основания были оговорены в положениях о закупках, будет способствовать открытости. Было высказано мнение, что презумпция в отношении использования международных процедур должна применяться не только к процедурам торгов, но также и к другим методам закупок, предусмотренным в типовом законе.

117. Была высказана озабоченность, что согласованный подход не обеспечивает достаточного руководства для государств или закупающих организаций в деле определения того, когда следует использовать процедуры международных торгов. Отмечалось, что типовой закон готовится для использования государствами во всем мире, и было заявлено, что такое руководство имеет особое значение для стран, не обладающих большим опытом в области международных закупок. С тем чтобы снять эту озабоченность, было заявлено, что руководящие положения могут быть включены в комментарий.

118. В связи с обсуждением статьи 11 Рабочая группа продолжила рассмотрение определения термина "процедуры международных торгов" в статье 2(e). Было высказано предположение о том, что трудностей в связи с этим определением, которые возникли в ходе проходившего ранее обсуждения статьи 2(e) (см. пункты 35-38 выше), можно избежать с помощью изменения редакции статьи 11 таким образом, чтобы термин "процедуры международных торгов" не использовался. Рабочая группа соответственно решила, что нет необходимости сохранять это определение в статье 2(e).

119. Было отмечено, что этот термин используется в типовом законе по существу потому, что таким образом удобно сослаться на различные специальные процедуры, предусмотренные в типовом законе и призванные обеспечить такие процедуры торгов, которые способствовали бы участию в них иностранных подрядчиков и поставщиков. Эти специальные процедуры следует использовать в процедурах торгов в случаях, упомянутых в статье 11.

120. На основе общего подхода, относительно которого Рабочая группа пришла к согласию в связи со статьей 11, она постановила изменить редакцию этой статьи следующим образом. В статье будет содержаться конкретная ссылка на все специальные процедуры, объединенные в термине "процедуры международных торгов", и в ней будет содержаться требование к закупающей организации применять эти специальные процедуры в процедурах торгов, за исключением тех случаев, когда их использование будет противоречить целям обеспечения экономичности и эффективности или другим основаниям, оговоренным в положениях о закупках. Подрядчики и поставщики будут допускаться к участию в этих процедурах торгов независимо от гражданства или страны регистрации, за исключением тех случаев, когда по упомянутым выше основаниям закупающая организация принимает решение о допуске к торгам только внутренних подрядчиков и поставщиков. Каждое государство, принимающее типовой закон, определит понятие "внутренний" в соответствии со своими собственными законами, регулирующими вопросы гражданства. Будет существовать также возможность исключения на других законных основаниях подрядчиков и поставщиков из какого-либо конкретного государства.

121. Было согласовано, что типовой закон должен требовать от закупающей организации оговорить в приглашении к участию в предварительном отборе или в торгах, являются ли процедуры торгов открытыми для участия подрядчиков и поставщиков независимо от гражданства или страны регистрации, существуют ли какие-либо ограничения в отношении гражданства или страны регистрации подрядчиков и поставщиков. Кроме того, было решено, что закупающая организация не должна иметь возможности изменить заявление о том, что процедуры торгов открыты для участия подрядчиков и поставщиков независимо от гражданства или страны регистрации и что закупающая организация должна будет вести процедуры торгов в соответствии с заявлением. Было решено, что надлежащей статьей для включения подобного положения является статья 14.

Статья 12
Запрашивание предложений и заявок на предварительный отбор

Пункт 1

122. Было решено заменить термин "уведомление о предполагаемых закупках", который в настоящем проекте типового закона относится к способу запрашивания заявок на предварительный отбор и способу запрашивания предложений, на отдельные термины "приглашение к предварительному отбору" и "приглашение к участию в торгах".

123. Было решено изменить формулировку первого предложения пункта 1, с тем чтобы из него не следовало, что приглашение к предварительному отбору и приглашение к участию в торгах должны публиковаться одновременно, возможно, путем использования слов "запрашивание предложений или, если это уместно, заявок на предварительный отбор". Отмечалось, что в тех случаях, когда используются процедуры предварительного отбора, приглашения к участию в торгах не потребуется, поскольку подрядчики и поставщики, которые были предварительно отобраны, автоматически получат документы о запрашивании предложений и будут иметь право представить предложения.

124. Было высказано мнение, что фраза "язык, который обычно используется в международной торговле" является туманной и что следует обеспечить большую точность в отношении языка, на котором должны быть опубликованы приглашение к предварительному отбору или приглашение к участию в торгах, когда процедуры торгов открыты для подрядчиков и поставщиков независимо от гражданства или страны регистрации. Было предложено, чтобы каждое государство указывало в положениях о закупках языки, которые будут использоваться. В качестве довода против отмечалось, что предлагаемый подход не является удовлетворительным, поскольку государство может указать языки, которые не являются широко распространенными. Отмечалось, что вопрос о том, какой язык использовать, не приводит к возникновению проблем на практике, поскольку в интересах закупающей стороны использовать язык, который является широко распространенным и который является подходящим для соответствующей закупки. После окончания обсуждения Рабочая группа согласилась сохранить ссылку на "язык, который обычно используется в международной торговле" и обсудить в комментариях вопросы, касающиеся языков публикаций, включая целесообразность широкого распространения и понимания приглашений к участию в торгах и приглашений к предварительному отбору.

125. Было выражено мнение о том, что слова "имеющем широкое международное распространение" являются недостаточно четким определением типов газет и других изданий, в которых должны публиковаться приглашения к предварительному отбору или приглашения к участию в торгах. Предложение о том, чтобы издания, в которых должны публиковаться приглашения, указывались принимающим закон государством в приложении к типовому закону, не было принято, поскольку было сочтено, что оно является трудным для реализации и потенциально слишком негибким. Соответственно Рабочая группа решила сохранить слова "имеющем широкое международное распространение", но пояснить, что они охватывают как газеты, так и коммерческие издания и технические журналы.

126. Рабочая группа приняла решение исключить заключенное в квадратные скобки в конце пункта 1 предложение, которое гласит: "Изложенные выше положения не исключают возможности использования дополнительных средств доведения такого уведомления о предполагаемых закупках до сведения подрядчиков и поставщиков", и выразить смысл этих слов заявлением о том, что приглашения должны публиковаться "по меньшей мере" в изданиях, упоминаемых во втором предложении пункта.

127. Рабочая группа пришла к пониманию того, что ничто в статье 12 или в других статьях типового закона не мешает принявшему типовой закон государству ограничить, в соответствии с международными соглашениями принимающего закон государства, участие в процедурах закупки

подрядчиков или поставщиков из некоторых государств или регионов или исключить подрядчиков или поставщиков из некоторых государств и что статья 3 бис адекватным образом закрепляет это понимание.

Пункт 2

128. Было высказано предположение о том, что слово "направляться" должно быть заменено словом "предоставляться", с тем чтобы избежать возможного понимания, что приглашение к предварительному отбору или приглашение к участию в торгах должны получаться подрядчиками и поставщиками.

129. Было высказано замечание о том, что оба альтернативных текста подпункта (a) сочетают, с одной стороны, обстоятельства, при которых участие в процедурах торгов может быть ограничено для некоторых подрядчиков и поставщиков и, с другой стороны, правила, касающиеся отбора подрядчиков и поставщиков для участия, а также способы запроса от них предложений. Было предложено рассмотреть обстоятельства, при которых участие может быть ограничено, в статье 7.

130. Рабочая группа решила принять альтернативный текст 1 подпункта (a). Было высказано мнение, что текст альтернативы 2 является слишком подробным и сложным и что его содержание адекватно передается альтернативой 1. Было достигнуто согласие в отношении того, что суть альтернативы 2 будет рассмотрена в комментарии. Было внесено предложение использовать в тексте на английском языке слово "limited" вместо слова "restricted", с тем чтобы устранить непредусмотренную авторами возможность толкования в том плане, что в этом подпункте якобы предусматриваются ограничения в отношении участия в процедурах торгов подрядчиков или поставщиков некоторых государств (см. пункт 6 выше).

131. Было решено сохранить подпункт (b) при условии некоторого улучшения его редакции, в частности в том, что касается использования слова "направление" и исключения упоминания услуг.

Статья 14
Содержание уведомления о предполагаемой закупке

132. Было отмечено, что используемые в статье 14 термины, как, например, "уведомление о предполагаемой закупке" и "документация по организации торгов", придется изменить в соответствии с предыдущими решениями Рабочей группы.

133. Было решено снять подпункты (i) и (j) в пункте 1.

134. Было отмечено, что заявление о том, открыты ли процедуры торгов для подрядчиков и поставщиков независимо от их гражданства или страны регистрации (см. пункт 121 выше), необходимо добавить в содержащийся в пункте 1 перечень информации, подлежащей включению в приглашение к предварительному отбору и приглашение к участию в торгах.

135. В целом пункт 2 был признан приемлемым, однако возник вопрос о том, необходимо и уместно ли требовать включения некоторых видов информации, перечисленных в пункте 1 и включенных с помощью соответствующей ссылки в пункт 2, в приглашение к предварительному отбору. Некоторые элементы такой информации, как, например, конечный срок представления предложений, могут быть еще неизвестны в момент публикации приглашения к предварительному отбору. Было также выражено сомнение относительно необходимости указывать в приглашении к предварительному отбору цену, взимаемую за документацию по организации торгов. Секретариату было поручено рассмотреть пункт 2 с учетом этих замечаний.

Статья 16
Процедуры предварительного отбора

136. Было высказано мнение, что следует пересмотреть место статьи 16 в типовом законе, поскольку, в хронологическом порядке процедуры предварительного отбора осуществляются до запрашивания предложений, а этот вопрос рассматривается в статье 12. Согласно другому мнению, типовой закон должен предусматривать процедуры предварительного отбора не только в связи с процедурами торгов, как это имеет место в настоящем проекте, но также и в связи с другими методами закупок, такими, как конкурентные переговоры и запрос предложений. Высказанные мнения были переданы секретариату для дальнейшего рассмотрения.

137. Было сделано замечание, что перекрестные ссылки, содержащиеся в этой и других статьях, усложняют текст, и было высказано сомнение относительно целесообразности таких ссылок. Было также заявлено, что следует пересмотреть формулировки некоторых перекрестных ссылок. Было

достигнуто общее согласие о том, что перекрестные ссылки целесообразны и их следует сохранить, и секретариату было предложено обеспечить последовательность путем включения перекрестных ссылок в текст там, где они уместны.

138. Было заявлено, что статьи 8, 14 и 16 в определенной степени дублируют друг друга, и секретариату было предложено рассмотреть возможность объединения дублирующих друг друга положений.

139. Было решено, что предложение в квадратных скобках, гласящее: "Однако процедуры предварительного отбора не осуществляются, когда участие в процедурах торгов ограничивается в соответствии со статьей 12(2)" - следует исключить, поскольку закупающая организация должна иметь возможность использовать процедуры предварительного отбора даже в случае ограниченных торгов.

140. Предложение об исключении последнего предложения, заключенного в квадратные скобки, было сочтено вопросом редакционного характера и оставлено на рассмотрение на этапе подготовки окончательной редакции.

Пункт 2

141. Пункт 2 был сочтен в целом приемлемым, при условии, что на этапе подготовки окончательной редакции можно будет рассмотреть вопрос о том, насколько необходимо слово "комплект".

Пункт 3

142. Была высказана озабоченность относительно степени детализации, использованной в этом пункте и других положениях типового закона. Было заявлено, что чрезмерная детализация может затруднить принятие типового закона в ряде государств и, таким образом, нанести ущерб цели унификации права.

143. Было высказано общее мнение, что подробные требования, включенные в настоящий проект, например требования в пункте 3, являются необходимыми для достижения экономичности и эффективности, справедливости и других целей типового закона. Эти подробные требования являются важнейшими элементами системы закупок, устанавливаемой типовым законом, и в силу этого должны реализовываться принимающими типовой закон государствами в обязательной и нормативной форме. Однако было заявлено, что в целях упрощения текста и, таким образом, превращения его в более приемлемый для всех стран мира было бы предпочтительно исключить из текста типового закона эти подробные требования и оставить их для включения применяющими типовой закон государствами в их положения о закупках. В комментарий можно было бы включить руководящие принципы для государств по реализации этих требований в таких положениях. Согласно еще одной точке зрения, в комментарии Комиссия могла бы настоятельно призвать принимающее типовой закон государство реализовать эти требования в обязательной и нормативной форме.

144. Господствующее мнение заключалось в том, что подробные требования не следует исключать из текста типового закона. Если это будет сделано, то многие положения типового закона будут выхолощены до декларативных формулировок. Если требования не будут установлены в самом типовом законе, то они могут быть не приняты в некоторых государствах и могут быть приняты неудовлетворительным образом в других государствах, что будет противоречить целям типового закона и нанесет ущерб единообразию права. Комментарий, который не будет иметь нормативного правового статуса, не сможет обеспечить соответствующее ожиданиям Комиссии принятие требований.

145. Было отмечено, что сохранение подробных требований в тексте типового закона не будет препятствовать какому-либо государству в том, чтобы придать этим требованиям законную силу, включив их, если оно пожелает сделать это, в соответствующие положения, в той мере, в которой такие требования принимаются в форме, в которой они установлены в типовом законе. Для оказания помощи таким государствам было предложено включить в текст типового закона какое-либо указание на то, какие положения могут подходить для включения в положения о закупках. Секретариату было предложено изучить имеющиеся в связи с этим возможности.

146. Было отмечено, что некоторые виды информации, которая в соответствии с положениями пункта 3 должна включаться в документы для предварительного отбора, подлежат, на основании статьи 14, включению также в документацию по организации торгов. Рабочая группа подтвердила принятое ею на ее одиннадцатой сессии решение о том, что такое дублирование является полезным и его следует сохранить (A/CN.9/331, пункт 74).

147. Было достигнуто общее согласие в отношении того, что начальную фразу в вводной части пункта 3, требующую включения в документы для предварительного отбора "всей информации", следует изменить, с тем чтобы в ней речь шла о соответствующей "информации". Требование о том, чтобы в документах для предварительного отбора содержалась "вся информация", создаст возможность выдвижения подрядчиками или поставщиками претензий в отношении того, что некоторая информация в документах не содержится. В вводной части было предложено использовать формулировку, которая предусматривала бы, что минимальной информацией, подлежащей включению в документы, является информация, перечисленная в пункте 3.

148. Было принято решение о замене слов "а также" в конце вводной части словом "включая". Указывалось, что для исправления ошибки, допущенной при печатании документа, слова "за исключением подпункта (е) этой статьи" следует заменить словами "за исключением подпункта (е) или (g) этой статьи". Предложение о том, чтобы завершить вводную часть пункта 3 словами "представить заявки на предварительный отбор", принято не было.

149. Рабочая группа приняла решение исключить подпункт (b). Указывалось, что это положение является опасным в том смысле, что оно откроет возможность для подрядчиков и поставщиков выдвигать претензии в отношении того, что некоторая информация, которая, как утверждается, охватывается данным положением, не представлена в документах для предварительного отбора. Было также заявлено, что с заменой в вводной части слов "всю информацию" словом "информацию" существо этого положения будет охватываться вводной частью. Было также высказано мнение, что информация, которую требуется представлять в соответствии с этим положением, не является необходимой для процедур предварительного отбора.

150. В других отношениях Рабочая группа сочла пункт 3 в целом приемлемым.

Пункт 3 бис

151. Было достигнуто общее согласие относительно того, чтобы исключить в первом предложении слова "в кратчайшие сроки", а редакцию этого предложения изменить так, чтобы от подрядчика или поставщика требовалось делать запрос в отношении разъяснения, а от закупающей организации - давать ответ на него в течение разумного периода времени до истечения предельного срока для представления заявок на предварительный отбор, что даст подрядчику или поставщику возможность учитывать ответ в его заявке до истечения предельного срока. С этой целью была предложена примерно следующая формулировка: "Закупающая организация отвечает на любой запрос подрядчика или поставщика предоставить разъяснения в связи с документами для предварительного отбора, который подан в рамках разумного периода времени до окончания срока представления заявок на предварительный отбор, с тем чтобы подрядчик или поставщик мог своевременно представить свою заявку на предварительный отбор".

Пункты 4 и 5

152. Рабочая группа согласилась, что от закупающей организации следует потребовать, чтобы она информировала каждого подрядчика или поставщика о том, прошел ли он предварительный отбор, как это предусматривается в настоящее время в первом предложении пункта 4. При этом было решено изменить формулировку соответствующей части этого предложения, с тем чтобы потребовать от закупающей организации уведомлять "каждого" подрядчика или поставщика о том, прошел ли "он" предварительный отбор.

153. Противоречивые соображения были высказаны в связи с раскрытием информации об именах или названиях подрядчиков или поставщиков, прошедших предварительный отбор. С одной стороны, указывалось, что доведение такой информации до сведения широкой общественности позволит ее отдельным представителям сообщать закупающей организации информацию, которая может иметь отношение к квалификационным данным того или иного подрядчика или поставщика. Однако было отмечено, что предание этой информации огласке после акцепта предложения, как это предусмотрено заключенной в квадратные скобки формулировкой в пункте 4, произойдет слишком поздно, для того чтобы отдельные представители общественности могли передать потенциально важную информацию. Кроме того, для подрядчиков и поставщиков, не отобранных в предварительном порядке закупающей организацией, важно на ранней стадии знать, какие подрядчики или поставщики прошли предварительный отбор, поскольку эта информация имеет существенное значение при возможном обжаловании решения закупающей организации, отказавшей им в предварительном отборе.

154. С другой стороны, было указано, что раскрытие на ранней стадии информации об именах или названиях подрядчиков и поставщиков, которые прошли предварительный отбор, может содействовать тайному сговору подрядчиков и поставщиков в процессе торгов. С учетом этого

соображения было указано, что раскрытие информации должно происходить лишь после того, как предложение будет акцептовано или по крайней мере после истечения конечного срока, установленного для подачи предложений. В ответ были высказаны сомнения в отношении того, что неразглашение информации сможет предотвратить тайный сговор. Более того, было высказано замечание о том, что в ряде стран существуют законы о добросовестной конкуренции, которые могут регулировать проблему сговора, хотя было подчеркнуто, что законодательство по этому вопросу не является хорошо разработанным во всех странах.

155. На основе вышеуказанных соображений были сделаны различные предложения. Один из участников предложил, чтобы пункт 4 заканчивался после слов "о результатах прохождения ими предварительного отбора", что позволило бы каждому принимающему закон государству самому определять, какая дополнительная информация должна раскрываться, кому и в какое время. Второе предложение предусматривало исключить заключенные в квадратные скобки слова "после акцепта предложения", с тем чтобы потребовать раскрытия информации об именах или названиях подрядчиков и поставщиков, которые прошли предварительный отбор. Однако следует позволить каждому принимающему закон государству указать, когда такое раскрытие должно быть осуществлено. Третье предложение предусматривало требование от закупающей организации предоставлять информацию по запросу каждому подрядчику и поставщику, подавшему заявку на предварительный отбор, и требование раскрытия информации лишь после акцепта предложения. Четвертое предложение состояло в том, чтобы дать закупающей организации возможность проявить гибкость в отношении раскрытия информации, но потребовать указать в документах для предварительного отбора, какая информация будет раскрываться, кому и в какое время. Пятое предложение состояло в том, чтобы информация об именах или названиях подрядчиков и поставщиков, которые прошли предварительный отбор, раскрывалась лишь тем, кто не прошел предварительный отбор. Суть предложения состояла в том, чтобы обеспечить неотобранных подрядчиков и поставщиков информацией, которая может понадобиться им для оспаривания результатов процедуры предварительного отбора и предотвратить сговор между подрядчиками и поставщиками, которые прошли предварительный отбор. Однако было указано, что такое решение может привести к возникновению такой нежелательной практики, как, например, продажа информации неотобранным поставщиком или подрядчиком поставщику или подрядчику, успешно прошедшему отбор. Рабочая группа просила секретариат представить эти различные возможные подходы в качестве альтернативных вариантов в следующем проекте типового закона.

156. Была достигнута договоренность о том, чтобы изменить формулировку пункта 5, с тем чтобы пояснить и расширить различие между "причинами" отказа в ходе предварительного отбора и "обоснованием этих причин".

Пункт 6

157. Было указано, что рассмотренный в пункте 6 вопрос рассматривается также в статье 28(8 бис). Однако пункт 6, в котором ссылка на "переоценку" квалификационных данных "подрядчиков и поставщиков, которые прошли предварительный отбор", противоречит статье 28(8 бис), в которой говорится лишь о подрядчике или поставщике, представившем наиболее экономичное предложение, и в соответствии с которой от этого подрядчика или поставщика потребуется "подтвердить" свои квалификационные данные.

158. Было предложено исключить пункт 6, поскольку его цель более успешно достигается статьей 28(8 бис), особенно с учетом положения в статье 28(8 бис), согласно которому для повторного подтверждения используются такие же критерии, как и в случае процедур предварительного отбора.

159. Было однако указано, что статья 28(8 бис) не дает ясного ответа на то, должен ли подрядчик или поставщик просто обновить информацию, ранее представленную в отношении своих квалификационных данных, или его квалификационные данные будут подвергнуты полной переоценке. Кроме того, было высказано мнение о том, что в случае использования процедуры предварительного отбора статья 28(8 бис) должна предоставить закупающей организации право требовать от прошедшего отбор участника торгов вновь подтвердить свои квалификационные данные; закупающая организация не должна быть обязана поступать таким образом, как это предусматривается в статье 28(8 бис). Было подчеркнуто, что если в дополнение к процедуре торгов в типовом законе будет предусмотрена процедура предварительного отбора в связи с другими методами закупки, то необходимо будет распространить действие положений, касающихся повторного подтверждения квалификационных данных, также и на другие методы.

160. Было указано, что пункт 6 может представлять некоторую пользу, если изменить его формулировку таким образом, чтобы предоставить закупающей организации право пересматривать свое решение о том, что какой-либо подрядчик или поставщик обладает квалификационными данными, если впоследствии выясняется, что он ими не обладает.

161. Преобладающим было мнение о том, что пункт 6 в его нынешнем виде является неприемлемым. Рабочая группа решила отложить принятие своего решения о необходимости этого пункта или о его формулировке до рассмотрения статьи 28(8 бис).

Статья 17
Предоставление подрядчикам и поставщикам документации по организации торгов

162. Рабочая группа сочла статью 17 в целом приемлемой.

Статья 18
Содержание документации по организации торгов

163. Обсуждение Рабочей группой вопроса о перекрестных ссылках в связи со статьей 16 и принятое ею решение, как это отражено в настоящем докладе в пункте 137 выше, относятся также и к статье 18.

164. Рабочая группа решила исключить из вводной части статьи заключенное в квадратные скобки слово "всю". Предложение заменить в вводной части статьи последние слова "включая, но не ограничиваясь ею, следующую информацию" на слова "а именно" не было принято, поскольку, как было отмечено, такая замена сокращает объем информации, предусматриваемой положениями вводной части. Было решено сохранить заключенную в квадратные скобки формулировку "и информацию относительно процедур вскрытия, рассмотрения, сопоставления и оценки предложений".

165. Рабочая группа сочла подпункты (a), (i), (k), (m), (o), (q), (r) и (t) в целом приемлемыми.

166. В подпункте (b) в ссылке на критерии относительно "оценки квалификационных данных подрядчиков и поставщиков или относительно подтверждения квалификационных данных" Рабочая группа решила заменить слово "или" словом "и", с тем чтобы пояснить, что критерии, сформулированные в статье 8, призваны регулировать оценку квалификационных данных на любом этапе процедур закупки.

167. В подпункте (d) Рабочая группа решила исключить заключенные в квадратные скобки слова, поскольку необходимость в них отпала в связи с принятым Рабочей группой решением о внесении изменения в статью 10.

168. Что касается подпункта (e), то было решено перенести перекрестную ссылку на статью 20, с тем чтобы более четко прослеживалась связь с "техническими и качественными характеристиками".

169. Было предложено заменить в начальной фразе подпункта (f) слово "требуемые", относящееся к условиям договора о закупках, словом "обязательные". Было указано, что слово "обязательные" имеет более точное значение, чем слово "требуемые". Однако, согласно другой точке зрения, использование таких слов, как "требуемые" или "обязательные", ведет к непредусмотренным и нежелательным последствиям, связанным, например, с тем, что некоторые условия договора могут являться необязательными или что определенные аспекты предложений могут зависеть от переговоров.

170. Было также выражено мнение о том, чтобы положениями подпункта (f) предусматривалось включение в документацию по организации торгов всех условий договора. Кроме того, было предложено, чтобы в документации содержалась форма контракта, подлежащего подписанию участником торгов, представившим наилучшее предложение. В ответ было отмечено, что участнику торгов, представившему наилучшее предложение, не обязательно будет предлагаться подписывать письменный договор о закупках; в некоторых случаях контракт может оформляться просто путем уведомления участника торгов о принятии его предложения. В этой связи было предложено заменить слова "договора о закупках" на слова "любого договора о закупках". Было также отмечено, что в документации по организации торгов не обязательно должны содержаться все договорные условия, поскольку закупающая организация может не суметь окончательно выработать определенные условия (например, условия, не касающиеся существа договора) ко времени рассылки документации по организации торгов. Было предложено, чтобы в подпункте (f) предусматривалось включение в документацию "важнейших" условий договора. Однако в ответ на это предложение было указано на трудность проведения различия между важнейшими и второстепенными условиями.

171. В результате состоявшегося обсуждения Рабочая группа решила исключить любые характеристики условий договора, которые должны включаться в документацию по организации

торгов, и во избежание вывода о том, что во всех случаях должен подписываться контрактный документ, изменить начальную формулировку подпункта (f) на формулировку "условия договора о закупках и форму, если таковая существует, договора, который должен подписываться сторонами".

172. Были высказаны мнения в поддержку сохранения в подпункте (f) формулировки, заключенной в квадратные скобки. Согласно этой точке зрения важно сохранить упоминание о распределении между сторонами риска повышения расходов по исполнению договора. Было отмечено, что необходимость сохранения этой ссылки обусловлена исключением Рабочей группой на ее одиннадцатой сессии статьи 21, которая касалась того же вопроса. В качестве возражения было указано, что сохранение этой ссылки не согласуется с решением об исключении статьи 21. Было также высказано мнение о полезности и необходимости сохранения ссылок на определенные дополнительные условия договора, касающиеся, например, средств урегулирования споров.

173. Рабочая группа приняла решение полностью исключить в подпункте (f) заключенную в квадратные скобки формулировку, поскольку содержащийся в ней выбор примеров возможных условий договора является произвольным и, в любом случае, указанные примеры уже охвачены вводными словами этого подпункта.

174. Учитывая принятое Рабочей группой на ее одиннадцатой сессии решение о том, чтобы в типовом законе не рассматривались вопросы о запрашивании альтернативных предложений, было достигнуто согласие относительно замены в подпункте (g) слова "запрашиваются" словом "допускаются".

175. Было решено заменить в подпункте (h) слово "обозначение" словом "описание".

176. В связи с подпунктом (k) было высказано предложение разделить статью 12(1) на два подпункта, с тем чтобы провести четкое различие между общеприменимой нормой, изложенной в первом предложении, и нормой, изложенной во второй части пункта, которая применима лишь к процедурам международных торгов.

177. Рабочая группа согласилась исключить фразу в конце первого предложения подпункта (l), касающуюся любого выбора, предлагаемого закупающей организацией в отношении условий обеспечения предложения, поскольку суть этого вопроса уже охвачена предшествующей фразой этого подпункта. Было также достигнуто согласие о включении в подпункт (l) ссылок на любые другие виды обеспечения по требованию закупающей организации, например на обеспечение исполнения договора, а также на другие виды обеспечения, например на облигации, обеспеченные трудовыми и материальными ресурсами.

178. Было согласовано, что ссылку в подпункте (n) на время и место проведения совещания подрядчиков и поставщиков следует сформулировать заново так, чтобы закупающая организация в документации об организации торгов лишь оговаривала намерение проводить или не проводить такое совещание. Было отмечено, что время и место могут быть не известны в период подготовки документации по организации торгов.

179. Рабочая группа согласилась рассмотреть подпункт (n бис) при рассмотрении статьи 22(2) (см. пункт 199 ниже).

180. Было решено, чтобы подпункт (p) заканчивался непосредственно ссылкой на статью 28(7)(c). Следующие за этой ссылкой положения были сочтены ненужными, поскольку их суть уже охватывается предшествующей формулировкой этого подпункта. Было отмечено, что включение этих положений может привести к несоответствию со статьей 28. Предложение о включении в этот подпункт положения о том, чтобы в документации по торгам определялись действия в отношении запрошенных и незапрошенных альтернативных предложений, принято не было, поскольку этот вопрос охвачен той частью подпункта, которую Рабочая группа решила сохранить.

181. Были высказаны возражения в отношении подпункта (s) в целом. Этот подпункт, как отмечалось, возлагает чрезмерное бремя на закупающую организацию в связи с определением законов, упомянутых в этом подпункте. Было отмечено, что может существовать множество законов, имеющих отношение, в частности, к исполнению договора о закупках, и закупающая организация может не знать о всех таких законах. Особая проблема, как отмечалось, может возникнуть в государствах с федеративными системами, в которых иногда довольно трудно установить, применяется ли национальный закон или же закон соответствующего подразделения данной федерации. Было также отмечено, что подрядчики и поставщики будут, по-видимому, самостоятельно получать юридическую консультацию у компетентных специалистов в отношении соответствующих законов. Кроме того, было отмечено, что подпункт (ii) выходит за рамки целей типового закона, поскольку в нем говорится о законах, касающихся исполнения

договора о закупках, а не о процедурах торгов. Было высказано мнение о том, что подпункт (s) в его нынешнем виде следует заменить формулировкой, использованной в статье 16(3 бис).

182. Согласно высказанному противоположному мнению, вполне можно ожидать, что закупающая организация будет знать по меньшей мере о тех законах и положениях, которые имеют непосредственное отношение к используемым ею процедурам закупок. Информация, которую требуется представить в соответствии с подпунктом (s)(i), может оказаться весьма полезной для подрядчиков и поставщиков, и было указано на целесообразность сохранения этого положения при условии исключения ссылки на "другие законы и положения ..., имеющие непосредственное отношение к процедурам торгов" и перенесения этой ссылки в подпункт (s)(ii). Было также указано на целесообразность подпункта (s)(ii) и предложено сохранить это положение при условии исключения слов "само по себе", с тем чтобы отсутствие какого-либо закона и положения, упомянутого в настоящем положении, ни при каких обстоятельствах не являлось основанием для пересмотра. В соответствии с другим предложением подпункт (s)(i) следует сохранить при условии исключения слова "все" из формулировки "все другие законы и положения", а подпункт (s)(ii) исключить.

183. Рабочая группа решила сохранить подпункт (s)(i), исключив при этом слово "все", и добавить оговорку, предусматривающую, что "отсутствие любой такой ссылки не создает оснований для пересмотра согласно статье 36 или для возникновения ответственности со стороны закупающей организации", а также исключить подпункт (s)(ii).

184. Было решено, что в подпункте (u) вместо ссылки лишь на обязательства по встречной торговле необходимо ссылаться на все обязательства, принимаемые подрядчиком или поставщиком вне договора, например на обязательства по встречной торговле и передаче технологии. Было указано на важность того, чтобы подрядчики и поставщики знали о том, что такие обязательства могут потребоваться, поскольку такие обязательства могут повлиять на соотношение коммерческих интересов сторон.

185. Было решено исключить подпункт (v), поскольку вопрос, рассматриваемый в этом подпункте достаточно четко регулируется в самом типовом законе и не нуждается в более подробной регламентации в документации по организации торгов.

186. Было высказано мнение о том, что информация, которую необходимо представить в соответствии с подпунктом (w), имеет принципиальное значение для подрядчиков и поставщиков и что этот подпункт следует сохранить. С другой стороны, было отмечено, что вопрос, рассматриваемый в этом подпункте, уже охвачен в подпункте (s). В соответствии с другим мнением право на пересмотр будет рассматриваться в разделе типового закона, посвященном пересмотру, и такое право не следует упоминать в документации по организации торгов. Рабочая группа постановила отложить принятие решения по данному подпункту до рассмотрения раздела о пересмотре.

187. Рабочая группа решила сохранить подпункт (x) на том основании, что важно обеспечить осведомленность участников торгов о том, что закупающая организация имеет право отклонять все предложения.

188. В отношении подпункта (y) Рабочая группа решила, что важно обеспечить осведомленность каждого участника торгов о формальностях, которые потребуются для вступления договора в силу. Было также решено упомянуть в комментарии, какие формальности подразумеваются в этом подпункте, включая при необходимости такие формальности, как подписание договорного документа и утверждение договора органом, осуществляющим надзор.

Статья 19
Плата за документацию по организации торгов

189. Было высказано мнение, что в статью 19 было бы желательно включить положение о том, что плата за документацию по организации торгов "не должна превышать" стоимости печатания документации и рассылки ее подрядчикам и поставщикам, вместо содержащейся в настоящее время в тексте проекта формулировки, согласно которой плата "включает только" эту стоимость. В поддержку нынешней формулировки было указано, что практика расчета такой стоимости не является единообразной и различается в зависимости от государств, в связи с чем нецелесообразно требовать от закупающей организации производить точный расчет стоимости. Рабочая группа приняла решение сохранить нынешнюю редакцию этой статьи.

Статья 20
Правила, касающиеся описания товаров или строительства в документах для предварительного отбора; язык документов для предварительного отбора и документации по организации торгов

190. Было высказано мнение, что нынешнее название является слишком длинным и что название этой статьи, содержащееся в первом проекте (A/CN.9/WG.V/WP.24), а именно "Правила, касающиеся составления документов для предварительного отбора и закупочной документации", предпочтительнее. Рабочая группа решила сохранить нынешнее название.

191. Рабочая группа решила исключить слово "излишних", заключенное в квадратные скобки в тексте пункта 1, поскольку, как было отмечено, это слово содержит элемент субъективности и его использование может привести к возникновению споров о том, являются ли препятствия для участия "излишними".

192. Было внесено предложение исключить слово "объективных", которое в пункте 2 используется в качестве определения к техническим и качественным характеристикам приобретаемых товаров или строительства. Отмечалось, что его значение не ясно. Указывалось также, что в таком определении нет необходимости, поскольку по своему характеру технические и качественные характеристики всегда являются объективными. Были внесены различные предложения в отношении более четкого отражения цели использования слова "объективных" в тексте пункта 2, которая, в частности, состоит в том, чтобы не допустить использования субъективных терминов при описании технических и качественных характеристик приобретаемых товаров или строительства. После обсуждения Рабочая группа приняла решение сохранить слово "объективных".

193. Рабочая группа сочла подпункты (a) и (b) пункта 3 в целом приемлемыми. Было отмечено, что Рабочая группа на своей одиннадцатой сессии приняла решение исключить содержавшееся в статье 20(3)(c) первого проекта правило, согласно которому в процедурах международных закупок при составлении документов для предварительного отбора и документации по организации торгов должны использоваться международные стандарты, если таковые имеются. Было высказано мнение о том, что это правило следует вновь включить в пункт 3, поскольку использование закупающей организацией национальных стандартов может вызвать трудности у иностранных подрядчиков и поставщиков, которые могут быть либо незнакомы с этими стандартами, либо не в состоянии соблюдать их. В Рабочей группе не было выражено достаточной поддержки предложению о пересмотре ее предыдущего решения об исключении ссылки на применение международных стандартов.

194. Была достигнута договоренность о том, чтобы исключить последнее предложение пункта 4, которое заключено в круглые скобки и имеет следующее содержание: "В случае расхождения или несоответствия между вариантами на разных языках преимущество имеет вариант на языке, который обычно используется в международной торговле". Было отмечено, что государство, принимающее типовой закон, вряд ли согласится с положением, согласно которому какой-то другой язык будет иметь преимущественную силу над его собственным официальным языком. Было также согласовано, что в комментарии должны быть рассмотрены проблемы и вопросы в связи с коллизиями, возникающими между текстами на различных языках документов для предварительного отбора и документации по организации торгов. Далее было решено в комментарии предложить представлять варианты документации по организации торгов на различных языках отдельно, поскольку их издание одновременно на двух языках, как сообщается, вызывает на практике определенные трудности.

Статья 22
Разъяснения и изменения документации по организации торгов

Пункт 1

195. Было внесено предложение исключить слова "в кратчайшие сроки". Вместо них во втором предложении пункта 1 следует указать период времени до наступления предельного срока представления предложений, к которому закупающая организация должна ответить на запрос о разъяснении в отношении документации по организации торгов. В связи с этим предложением указывалось, что невозможно указать конкретный период времени, который удовлетворял бы всем случаям закупок и условиям во всех регионах мира. Рабочая группа условилась изменить формулировку этого предложения, с тем чтобы она согласовывалась с решением, принятым Рабочей группой по статье 16(3 бис) (см. пункт 151 выше).

196. В связи с последним предложением пункта 1 было высказано мнение, что ответ закупающей организации на запрос о разъяснении в отношении документации по организации торгов должен

направляться всем подрядчикам и поставщикам, получившим документацию по организации торгов, только в тех случаях, когда этот ответ имеет значение для всех упомянутых подрядчиков и поставщиков, а не только для подрядчика и поставщика, направившего запрос. В ответ на это было отмечено, что данное предложение в его нынешней редакции обеспечивает одинаковый режим для всех подрядчиков и поставщиков и устраняет необходимость принятия закупающей организацией решения относительно того, имеет ли ответ на запрос в отношении разъяснения общую значимость.

Пункт 2

197. В связи с пунктом 2 Рабочая группа обсудила право закупающей организации изменять документацию по организации торгов. Были высказаны мнения, что это право следует ограничить некоторыми оговорками, с тем чтобы защитить подрядчиков и поставщиков, затративших много времени и средств на подготовку своих предложений. Было выдвинуто предложение, в соответствии с которым закупающая организация не должна иметь возможности вносить "существенные" изменения в документацию по организации торгов. Другое предложение состояло в том, что закупающей организации должно быть разрешено изменять документацию только "в течение разумного периода времени", с тем чтобы не допустить изменения на более позднем этапе при подготовке предложений. Было также предложено предусмотреть средства защиты, как, например, компенсацию для подрядчиков и поставщиков, понесших убытки в результате внесенных изменений, если эти изменения были обусловлены факторами, связанными исключительно с закупающей организацией. Указывалось, что такое положение обеспечит большую сбалансированность прав различных сторон.

198. Преобладающее мнение заключалось в том, что в типовом законе не следует ограничивать право закупающей организации исключить документацию по организации торгов. Соответственно было принято решение исключить в пункте 2 фразу "при условии, что такое право было предусмотрено в документации по организации торгов", а также исключить соответствующее положение в статье 18(n бис). В поддержку этого мнения указывалось, что право закупающей организации изменять документацию по организации торгов является основополагающим и необходимым для того, чтобы закупающая организация имела возможность приобретать товары или строительство, удовлетворяющие ее потребностям. Это право не должно ограничиваться внесением несущественных изменений. Однако была также достигнута договоренность о том, что подрядчикам и поставщикам должно направляться разумное уведомление об изменениях и что они должны иметь возможность учитывать эти изменения в своих предложениях. Указывалось, что вероятность изменения документации по организации торгов относится к категории обычных коммерческих рисков, которые в целом рассматриваются подрядчиками и поставщиками как неотъемлемый атрибут деловой практики. Было отмечено, что в соответствии со статьями 25(3) и 26(2)(d) подрядчики и поставщики, если они не желают согласовывать свои предложения с изменениями в документации по организации торгов, могут отзывать свои предложения, не утрачивая обеспечения по ним. Было также отмечено, что если у закупающей организации возникает необходимость изменить документацию по организации торгов, но она не может сделать этого в соответствии с типовым законом, то единственным другим возможным для нее способом действий является отклонение всех предложений и возобновление процедур закупки, что поставит перед подрядчиками и поставщиками еще большие проблемы, чем изменение документации. Однако Рабочая группа договорилась также о том, чтобы в комментарии рекомендовать закупающей организации стремиться избегать изменения документации.

199. Было внесено предложение об изменении редакции статьи 18(n бис) таким образом, чтобы подлежащее включению в документацию по организации торгов заявление относительно права закупающей организации изменять эту документацию являлось бы не более чем информацией для подрядчиков и поставщиков, а не условием осуществления данного права. Это предложение не было принято. Было отмечено, что такая формулировка может быть неправильно истолкована как означающая, что включение данного заявления является обязательным условием осуществления права на изменение документации. Кроме того, вопрос о закреплении в документации по организации торгов права закупающей организации изменять эту документацию уже охватывается предыдущим решением Рабочей группы, согласно которому те вопросы, которые надлежащим образом рассматриваются в самом типовом законе, не обязательно должны включаться в документацию по организации торгов.

Пункт 3

200. Было высказано мнение, что заключенные в квадратные скобки слова в пункте 3 могут создать ошибочное впечатление, что, когда закупающая организация отвечает по телефону на запрос подрядчика или поставщика о разъяснениях, письменное подтверждение ответа должно даваться только подрядчику или поставщику, сделавшему запрос. Было решено переформулировать этот пункт таким образом, чтобы четко установить, что письменное подтверждение должно

даваться всем подрядчикам и поставщикам, которым закупающая организация разослала документацию по организации торгов. Было высказано мнение, что пункт 3 может быть объединен с пунктом 1.

Пункт 4

201. Рабочая группа сочла пункт 4 в целом приемлемым.

Статья 23
Язык предложений

202. Было отмечено, что существующая формулировка статьи 23 не дает четкого ответа на вопрос о том, может ли закупающая организация разрешить представлять предложения на каких-либо других языках, помимо тех языков, на которых составлена документация по организации торгов. Для исправления этого положения было предложено добавить в конце данной статьи слова "или на любом другом языке, который указывается закупающей организацией в документации об организации торгов".

Статья 24
Представление предложений

Пункты 1 и 2

203. Было высказано мнение о целесообразности исключения той части пункта 1, в которой содержится конкретная ссылка на иностранных подрядчиков и поставщиков, с тем чтобы не создавалось впечатление, что такие подрядчики и поставщики должны пользоваться особым режимом. В соответствии с этой точкой зрения Рабочая группа решила изменить формулировку второго предложения следующим образом: "Предельный срок обеспечивает всем заинтересованным подрядчикам и поставщикам достаточное время для подготовки и представления своих предложений". Было также решено не отражать в комментарии исключенную часть этого предложения, в которой содержится конкретная ссылка на иностранных подрядчиков и поставщиков.

204. Рабочая группа сочла пункт 2 в целом приемлемым.

Пункт 2 бис

205. Было высказано мнение о том, что слова "непредвиденными обстоятельствами" не обеспечивают ясности, поскольку нельзя сказать, следует ли обеспечивать предсказуемость в соответствии с каким-либо объективным или субъективным критерием. Поэтому было решено заменить эти слова ссылкой на обстоятельства, не зависящие от подрядчиков и поставщиков. Было также решено пояснить в комментарии, что в соответствии с данным пунктом с учетом внесенных исправлений определение наличия обстоятельств, не зависящих от подрядчиков и поставщиков, а также решение о продлении предельного срока представления предложений оставляются на усмотрение закупающей организации.

Пункт 2 тер

206. Было решено изменить формулировку заключительного предложения пункта 2 тер, приводимую в квадратных скобках, с тем чтобы пояснить, что любое уведомление по телефону о продлении предельного срока представления предложений должно передаваться по телефону всем подрядчикам и поставщикам, которым закупающая организация направила документацию об организации торгов. Для этих целей было решено добавить после слов "при условии, что" формулировку следующего содержания: "такое уведомление по телефону направляется всем таким подрядчикам и поставщикам, и при условии, что...". Было решено добавить аналогичную формулировку в другие положения типового закона, содержащие аналогичные ссылки на уведомления и другие сообщения, передаваемые по телефону.

Пункты 3 и 4

207. Было решено исключить второе предложение пункта 4, приводимое в квадратных скобках, поскольку представление предложений любым другим способом помимо представления в письменной форме и в запечатанных конвертах будет противоречить принципу, в соответствии с которым содержание предложений не должно разглашаться до их вскрытия. С учетом этого решения Рабочая группа постановила, что необходимость в словах "или не рассматривается" в пункте 3 утрачивается и они должны быть исключены.

Статья 25
Срок действия предложений; изменение и отзыв предложений

Пункт 1

208. Рабочая группа сочла пункт 1 в целом приемлемым.

Пункт 2

209. В подпункте (a) Рабочая группа решила исключить слова "в исключительных случаях", поскольку такая формулировка создает потенциальную возможность возникновения споров. Было решено сохранить заключительное предложение этого подпункта, приводимое в квадратных скобках, при условии приведения его формулировки в соответствие с изменениями, внесенными Рабочей группой в аналогичные формулировки, используемые в других положениях типового закона (см., например, пункт 206 выше).

210. В отношении подпункта (b) было достигнуто общее решение о том, что для защиты интересов закупающей организации подрядчика или поставщика, согласившегося на продление срока действия его предложения, следует обязать также продлить срок действия обеспечения предложения. Тем не менее формулировка данного пункта, в соответствии с которой закупающая организация обязана требовать от таких подрядчиков и поставщиков продлить срок действия их обеспечения предложения, была признана неудовлетворительной. Было отмечено, что такая формулировка противоречила бы общей направленности типового закона, основная цель которого состоит в регулировании отношений между закупающей организацией и ее подрядчиками и поставщиками. Обязательства, налагаемые на закупающую организацию в соответствии с существующей формулировкой данного подпункта, не связаны с такими отношениями. Поэтому было решено изменить формулировку данного подпункта с тем, чтобы она предусматривала, что подрядчик или поставщик, согласившийся продлить срок действия своего предложения, продлевает также срок действия обеспечения предложения.

Пункт 3

211. Было высказано мнение о том, что изменения предложений должны представляться в письменной форме и в запечатанных конвертах.

212. Было внесено предложение редакционного характера о том, что все положения типового закона, содержащие аналогичные формулировки и касающиеся формы представления уведомлений или другой информации, должны быть сведены в одно положение, с тем чтобы избежать дублирования.

213. Было решено сохранить пункт 3, включив, тем не менее, после слов "предельного срока представления предложений", приводимых в начале данного пункта, слова "но не после этого срока", с тем чтобы пояснить, что предложение не может быть изменено или отозвано после предельного срока.

Статья 26
Обеспечение предложений

Пункт 1

214. Рабочая группа сочла, что подпункт (a) является в целом приемлемым.

215. По ее мнению, подпункт (b) в его настоящей форме является неудовлетворительным. Отмечалось, что формулировка подпункта сложна для понимания и значение определенных терминов, таких, как "иностранное учреждение или организация", является непонятным. Что касается существа пункта, то было отмечено, что многие государства имеют законодательство, регулирующее различные аспекты обеспечения и гарантий, подобных тем, которые упомянуты в статье 26. Отмечалось, что приемлемость типового закона для государств будет поставлена под сомнение, если в подпункте будет содержаться требование о том, чтобы закупающая организация приняла обеспечение предложения, которое ей в противном случае не будет разрешено принять в соответствии с правом ее государства, или если данный подпункт не будет соответствовать этому праву в каком-либо другом отношении.

216. Отмечалось, что подпункт (b), который ограничивает способность закупающей организации отклонять обеспечение предложения на том основании, что оно было выдано иностранным учреждениям, является несовместимым с содержащимся в подпункте (c) принципом, согласно

которому обеспечение предложения должно выдаваться учреждением, которое является приемлемым для закупающей организации. Отмечалось, что данный принцип имеет важное значение, ибо он дает возможность закупающей организации, например, отклонить обеспечение предложения учреждением, которое не является кредитоспособным.

217. Согласно другому мнению, подпункт (b) не служит какой-либо конкретной цели, поскольку по существу в нем лишь предусматривается, что обеспечение предложения должно соответствовать праву государства закупающей организации. В ответ отмечалось, что в основе пункта лежит принцип недискриминации в отношении иностранных подрядчиков и поставщиков в том, что касается обеспечения предложения. Когда подпункт (b) рассматривался в связи с подпунктом (c), обозначился общий принцип в отношении обеспечения предложения, которое при условии отсутствия дискриминации в отношении иностранных подрядчиков и поставщиков должно быть приемлемым для закупающей организации. Рабочая группа согласилась с данным общим принципом и просила секретариат сформулировать его в более удовлетворительной форме либо в двух подпунктах, как в настоящем проекте, либо в одном. Что касается возможности его формулирования в одном пункте, то была предложена следующая формулировка:

> "В случае процедур международных торгов подрядчику или поставщику не запрещается предоставлять обеспечение предложения, выданное иностранным учреждением или организацией, обеспечение которых приемлемо для закупающей организации, за исключением случаев, когда предоставление обеспечения нарушает закон (данного государства), касающийся предоставления соответствующего типа обеспечения".

218. После вышеупомянутого обсуждения Рабочая группа рассмотрела подпункт (c) более подробно. Отмечалось, что в некоторых странах обеспечение предложения, выданное иностранным учреждением, должно подтверждаться местным учреждением. Рабочая группа согласилась с предложением включить фразу о том, что для закупающей организации должны быть приемлемыми не только учреждение или организация, выдающие обеспечение предложения, но также подтверждающее учреждение или организация, если таковые имеются.

219. Вместе с тем, согласно другому мнению, в типовом законе не должно содержаться требования о подтверждении местным учреждением иностранного обеспечения предложения. Отмечалось, что такое требование может помешать участию иностранных подрядчиков и поставщиков в процедурах торгов, поскольку они могут испытывать трудности в своевременном получении подтверждения для представления предложений. Отмечалось также, что требование о подтверждении может добавить к цене предложений иностранных участников торгов расходы, которые не должны нести местные участники. Отмечалось, что если иностранное учреждение является кредитоспособным и в остальном приемлемым для закупающей организации, местное подтверждение обеспечения предложения не требуется. Рабочая группа согласилась обсудить проблемы, связанные с требованием о местном подтверждении обеспечения предложения, выданного иностранным учреждением, в комментариях.

220. Было отмечено, что в связи с использованием английского слова "shall" в вводной части подпункта (d) подпункт по существу предусматривает, что, если закупающая организация требует обеспечения предложения, она должна требовать, чтобы обеспечение содержало условие, предусмотренное в данном подпункте. Рабочая группа сочла данный подход неуместным. Таким образом, она согласилась заменить слово "shall" на слово "может". Во избежание того понимания, что закупающая организация не может требовать, чтобы в обеспечении предложения содержались условия, не предусмотренные в данном подпункте, было решено включить во вступительную часть следующие слова: "не ограничивая ее права предусматривать другие условия, при которых она сможет требовать выплаты суммы обеспечения предложения".

221. Было решено уточнить подпункт (d)(i), изменив его формулировку следующим образом: "отзывает или изменяет свое предложение после наступления предельного срока представления предложений". Было решено исключить подпункт (d)(ii), поскольку потеря обеспечения предложения рассматривалась в качестве слишком сурового последствия отказа согласиться с исправлением арифметической ошибки. Достаточным было сочтено отклонение предложения на этом основании в соответствии со статьей 28(2)(b). В этой связи было также заявлено, что иногда возникают сомнения относительно того, является ли исправление "арифметическим".

222. Рабочая группа сочла подпункт (d)(iii) в целом приемлемым.

Пункт 2

223. Рабочая группа сочла пункт 2 в целом приемлемым, при условии изменения формулировки подпункта (d) следующим образом: "отзыв предложения, в связи с которым обеспечение предложения было предоставлено, до наступления предельного срока представления предложений".

Статья 27
Вскрытие предложений

Пункт 1

224. Рабочая группа сочла пункт 1 в целом приемлемым.

Пункт 2

225. Было достигнуто общее согласие, чтобы устанавливаемое согласно пункту 2 право участников торгов или их представителей присутствовать при вскрытии предложений не распространялось на случаи, связанные с вопросами национальной безопасности или национальной обороны. Отмечалось, что, хотя эти случаи были исключены из сферы применения типового закона в силу статьи 1, закупающая организация, тем не менее, может, по своему выбору, применять к ним типовой закон (см. пункт 14 выше). Предложенное исключение в отношении права подрядчиков и поставщиков или их представителей присутствовать при вскрытии предложений является, как было заявлено, необходимым для процедур закупок, при которых закупающая организация делает такой выбор. Было также сделано предложение о том, чтобы рассмотреть в типовом законе проблемы закупок, связанных с вопросами национальной безопасности и национальной обороны, в особом комплексном положении, а не в отдельных статьях. Секретариату было предложено рассмотреть эти предложения при подготовке новой редакции типового закона.

226. Было высказано мнение, что понятия "национальная безопасность" и "национальная оборона" не следует включать в типовой закон, поскольку в различных странах они имеют различный смысл и содержание, что иногда приводило к спорам (см. также пункт 13 выше).

227. Было отмечено, что в типовом законе не может быть рассмотрена проблема неспособности подрядчика или поставщика присутствовать при вскрытии предложений в результате отказа в визе или других мер, выходящих за сферу контроля закупающей организации. В этой связи было решено изменить формулировку этого пункта таким образом, чтобы конкретно указать, что подрядчикам и поставщикам или их представителям разрешается "закупающей организацией" присутствовать при вскрытии предложений.

Пункт 3

228. Требование в пункте 3 о том, чтобы закупающая организация сообщала наименование и адрес участников торгов и цену их предложений всем подрячикам или поставщикам, которые не присутствовали или не были представлены на вскрытии предложений, было сочтено накладывающим слишком тяжелое бремя на закупающую организацию и противоречащим практике. Было отмечено, однако, что некоторые подрядчики или поставщики, возможно, не смогут присутствовать по различным уважительным причинам. В силу этого было решено, что будет установлено требование к закупающей организации сообщать эту информацию по просьбе участников торгов, которые не присутствовали или не были представлены на вскрытии. Кроме того, Рабочая группа решила, что заключенные в квадратные скобки слова "и немедленно заносятся в протоколы процедур торгов в соответствии со статьей 33" следует сохранить, при условии изменения ссылки следующим образом: "со статьей 33(1)".

II. БУДУЩАЯ РАБОТА И ПРОЧИЕ ВОПРОСЫ

229. Рабочая группа постановила, что на своей следующей сессии она завершит рассмотрение проектов статей типового закона, содержащихся в документе A/CN.9/WG.V/WP.28, обсудив статьи 28-35, и рассмотрит документ A/CN.9/WG.V/WP.27, касающийся пересмотра действий и решений закупающей организации и используемых ею процедур. Для следующей сессии Рабочей группы секретариату было предложено изменить редакцию статей 1-27 типового закона, с тем чтобы учесть касающиеся этих статей обсуждения и решения на настоящей сессии. Рабочая группа приняла к сведению, что, согласно решению Комиссии на ее двадцать третьей сессии (A/45/17, пункт 79), тринадцатая сессия Рабочей группы будет проведена 15-26 июля 1991 года в Нью-Йорке, а четырнадцатая сессия - 2-13 декабря 1991 года в Вене.

B. Рабочие документы, представленные Рабочей группе по новому международному экономическому порядку на ее двенадцатой сессии

1. Закупки: Пересмотр действий и решений закупающей организации и используемых ею процедур в соответствии с типовым законом о закупках: доклад Генерального секретаря (A/CN.9/WG.V/WP.27) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

	Страница
ПЕРЕСМОТР ДЕЙСТВИЙ И РЕШЕНИЙ ЗАКУПАЮЩЕЙ ОРГАНИЗАЦИИ И ИСПОЛЬЗУЕМЫХ ЕЮ ПРОЦЕДУР В СООТВЕТСТВИИ С ТИПОВЫМ ЗАКОНОМ О ЗАКУПКАХ	443
ПРИЛОЖЕНИЕ I. ПРОЕКТ ПОЛОЖЕНИЙ О ПЕРЕСМОТРЕ ДЛЯ ТИПОВОГО ЗАКОНА О ЗАКУПКАХ	446
ГЛАВА IV. ПЕРЕСМОТР	446
Статья 36. Право на пересмотр	446
Статья 37. Пересмотр закупающей организацией или утверждающей организацией	447
Статья 38. Административный пересмотр	449
Статья 39. Некоторые нормы, применимые в отношении процедур пересмотра в соответствии со статьей 37 [и статьей 38]	452
Статья 40. Пересмотр в судебном порядке	453
Статья 41. Приостановление процедур закупок [и исполнения договора о закупках]	454
Статья 42. Дисциплинарная, административная или уголовная ответственность закупающей организации	455
ПРИЛОЖЕНИЕ II. ПРОЕКТ РЕКОМЕНДАЦИИ КОМИССИИ ПРИ ПРИНЯТИИ ТИПОВОГО ЗАКОНА О ЗАКУПКАХ	456

ПЕРЕСМОТР ДЕЙСТВИЙ И РЕШЕНИЙ ЗАКУПАЮЩЕЙ ОРГАНИЗАЦИИ И ИСПОЛЬЗУЕМЫХ ЕЮ ПРОЦЕДУР В СООТВЕТСТВИИ С ТИПОВЫМ ЗАКОНОМ О ЗАКУПКАХ

1. Настоящий документ был подготовлен в соответствии с просьбой Рабочей группы, высказанной на ее одиннадцатой сессии (5-16 февраля 1990 года), чтобы секретариат подготовил к двенадцатой сессии Рабочей группы проект положений, касающихся пересмотра действий и решений закупающей организации и используемых ею процедур (A/CN.9/331, пункт 222). (Такие действия, решения и процедуры именуются далее "действиями").

2. В большинстве государств существуют механизмы и процедуры для пересмотра действий административных органов и других государственных организаций. В некоторых странах механизмы и процедуры пересмотра были созданы специально для урегулирования споров, возникающих в связи с закупками таких органов и организаций. В других государствах эти споры решаются при помощи общих механизмов и процедур для пересмотра административных актов.

3. Некоторые важные аспекты процедур пересмотра, например в рамках форума, в который можно обратиться с просьбой о проведении пересмотра и который может предоставить средства правовой защиты, связаны с основополагающими концептуальными и структурными аспектами правовой системы и системы государственного управления каждой из стран. Многие правовые системы предусматривают процедуру пересмотра действий административных органов и других государственных организаций (именуемую далее "пересмотром вышестоящим административным органом") одним из административных органов, который является вышестоящим или которому подотчетен данный орган или организация. В то же время пересмотр вышестоящим административным органом не является характерным для других правовых систем. В правовых системах, предусматривающих возможность пересмотра вышестоящим административным органом, вопрос о том, какой орган или органы должны выполнять данную функцию в отношении действий определенных органов или организаций, в значительной степени зависит от структуры государственного управления. В отношении закупок, например, некоторые государства предусматривают возможность пересмотра органом, осуществляющим общее наблюдение и контроль за закупками в данном государстве (например, центральным закупочным советом); в других государствах функции пересмотра выполняются органом, осуществляющим финансовый контроль и надзор за операциями правительства и государственной администрации. В некоторых государствах в отдельных случаях предусматривается возможность пересмотра главой государства.

4. В ряде государств функции пересмотра в отношении определенной категории случаев, связанных с административными органами или другими государственными организациями, осуществляются специализированными независимыми административными органами, полномочия которых иногда именуются "квазисудебными". Однако такие органы не рассматриваются в качестве судов в рамках судебной системы.

5. Во многих правовых системах предусматривается возможность пересмотра действий административных органов и государственных организаций в судебном порядке. В ряде таких правовых систем возможность пересмотра в судебном порядке предусматривается наряду с возможностью административного пересмотра, в то время как в других системах пересмотр может осуществляться лишь в судебном порядке. В некоторых правовых системах предусматривается возможность пересмотра лишь в административном, но не в судебном порядке. В ряде правовых систем, которые предусматривают возможность пересмотра как в административном, так и в судебном порядке, требование о пересмотре в судебном порядке может быть представлено лишь после того, как будут исчерпаны возможности пересмотра в административном порядке; в других системах оба вида пересмотра могут быть использованы на альтернативной основе.

6. В ряде правовых систем, предусматривающих возможность пересмотра в судебном порядке, существуют значительные различия в характере судов, уполномоченных пересматривать действия административных органов и государственных организаций. В некоторых странах для пересмотра таких действий создана отдельная система административных трибуналов. В других странах полномочиями по пересмотру таких действий наделяются суды единой системы судопроизводства. В некоторых странах этой категории такими судами являются суды общей юрисдикции, в то время как в других странах такие суды составляют отдельное звено единой системы судопроизводства. Кроме того, существует еще одна категория стран, в которых полномочия по пересмотру действий административных органов и государственных организаций распределяются между административными трибуналами и гражданскими судами.

7. В отдельных правовых системах могут предусматриваться различные виды средств правовой защиты, предоставляемых в связи с противоправными действиями административных органов или государственных организаций. К числу средств правовой защиты, которые могут быть предоставлены во многих правовых системах вышестоящими административными органами, относятся

аннулирование или пересмотр обжалованного действия. В других правовых системах административный орган не может аннулировать или пересматривать такие действия, однако может предоставить другие средства правовой защиты.

8. Характер судебной защиты, которая может быть предоставлена судами во многих правовых системах, зависит от характера возбуждаемого судебного иска или от компетенции суда. В некоторых системах, например, по одной категории судебных исков суды могут лишь аннулировать обжалованные действия, но не могут, например, пересмотреть данное действие или вынести решение о компенсации убытков; тем не менее по другой категории судебных исков может быть вынесено решение о компенсации убытков или же предоставлены другие средства правовой защиты. В других правовых системах суд может быть уполномочен аннулировать или пересматривать действия, которые были сочтены противоправными, однако не может выносить постановления о том, чтобы административный орган или государственная организация действовали в соответствии с законом, или препятствовать их противоправным действиям. Кроме того, основания для предоставления судами конкретных средств правовой защиты в отдельных правовых системах могут быть различными и зависеть от материального права каждой системы.

9. Тот факт, что процедуры пересмотра действий, решений и процедур, связанных с закупками, зависят от основополагающих концептуальных и структурных аспектов правовых систем и систем государственной администрации и что такие аспекты систем отдельных стран существенно различаются, в значительной степени затрудняет формулирование положений о механизмах и процедурах пересмотра, предназначенных для универсального применения. Любое такое положение не должно противоречить упомянутым основополагающим аспектам, поскольку не следует ожидать, что страны примут положения, которые противоречат таким основополагающим аспектам, или же изменят свои правовые или административные системы, с тем чтобы принять типовой закон. Поэтому такие положения должны иметь скорее схематичный характер и содержать больше вариантов, чем единообразное законодательство в тех областях, в которых не возникает трудностей, подобных упомянутым выше, и в отношении которых можно добиться большего согласования и унификации.

10. С учетом вышеизложенных соображений секретариат предлагает Рабочей группе рассмотреть три возможных подхода к решению вопроса о процедурах пересмотра. Первый из возможных подходов состоит в том, чтобы разработать положения дляпринятия применяющими государствами в качестве составного элемента типового закона о закупках. Хотя подобные положения имели бы схематичный характер, такой подход отнюдь не является необычным или нежелательным. В целом ряде действующих национальных законов о закупках, рассмотренных секретариатом, вопрос о пересмотре решается в весьма общих чертах, а детали процедур пересмотра как существенного, так и процедурного характера определяются другими законами, положениями или практикой данной страны. В соответствии с некоторыми национальными законами о закупках предусматривается лишь предоставление определенному административному органу полномочий в отношении урегулирования споров, возникающих в результате нарушения процедур закупок. В соответствии с первым подходом секретариат разработал и представляет в приложении I к настоящему документу проекты положений о пересмотре, которые могут быть включены в типовой закон о закупках, наряду с комментариями к этим положениям.

11. Второй возможный подход предусматривает разработку положений о пересмотре, которые, однако, будут выполнять несколько иную функцию по сравнению с основным текстом типового закона о закупках. Основной текст типового закона будет обеспечивать всеобъемлющую единообразную правовую основу для осуществления процедур закупок (при условии дополнения правилами о закупках в применяющем государстве). Применяющее государство, как предусматривается, будет принимать закон без каких-либо изменений или лишь с такими минимальными изменениями, которые потребуются для удовлетворения конкретных существенных потребностей применяющего государства. В отличие от этого, положения о пересмотре могли бы служить руководящими принципами для применяющего государства при оценке достаточности и эффективности существующих механизмов и процедур пересмотра действий, решений и процедур, связанных с закупками. Такие положения могли бы содержать все те элементы, которые, по мнению Комиссии, являются обязательными составными частями достаточных и эффективных средств пересмотра. Кроме того, такие положения могли бы служить опеределенным руководством при разработке законодательства для тех государств, которые сочтут, что их механизмы и процедуры пересмотра не содержат тех или иных важных элементов. В качестве положений, выполняющих подобную функцию, можно рассматривать положения, аналогичные изложенным в приложении I к настоящему документу, с учетом или без учета соответствующих комментариев. Принимая типовой закон о закупках, Комиссия может четко изложить любые иные намерения в отношении основного текста типового закона и положений о пересмотре, а также призвать применяющие государства обеспечить достаточность и эффективность их механизмов и процедур пересмотра за счет применения в качестве руководящих принципов положений о пересмотре, содержащихся в типовом законе.

12. В соответствии с третьим возможным подходом типовой закон о закупках не будет содержать каких-либо положений о пересмотре, которые носили бы нормативный характер. Вместо этого при принятии типового закона Комиссия могла бы указать на необходимость применения эффективных средств пересмотра и предложить государствам в виде рекомендации те элементы, которые она считает наиболее существенными. Возможный вариант такой рекомендации излагается в приложении II к настоящему документу.

13. Текст, приводимый в приложении II, составлен на основе принятой Советом Европейских сообществ (ЕС) директивы, в которой определяются процедуры пересмотра в случаях, предусмотренных директивами ЕС в отношении государственных контрактов на поставки и государственных контрактов на строительные работы (директива Совета от 21 декабря 1989 года о координации законов, правил и административных положений, касающихся применения процедур пересмотра при заключении государственных контрактов на поставки и государственных контрактов на строительные работы (89/665/EEC), именуемая далее "директива ЕС о пересмотре"). Государства - члены ЕС обязаны выполнить эту директиву в рамках своих соответствующих правовых систем до 1 декабря 1991 года (статья 5 директивы ЕС о пересмотре).

14. В случае принятия второго подхода (пункт 11 выше) или третьего подхода (пункт 12 выше) Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть в надлежащее время вопрос о том, должна ли она разработать всеобъемлющие положения о пересмотре с учетом особенностей различных правовых систем. Это может потребовать, в частности, разработки серии комплексов положений, каждый из которых будет соответствовать конкретным условиям одной из основных правовых систем, существующих в мире. В противном случае такая деятельность может предусматривать предоставление непосредственно государствам по их просьбе технической помощи в целях оказания им содействия в разработке положений о пересмотре с учетом особых потребностей таких государств. Комиссия, возможно, пожелает также рассмотреть возможные средства предоставления технической помощи запрашивающим государствам в связи с разработкой положений о закупках в дополнение к типовому закону о закупках. Секретариат упоминает вышеизложенные возможные варианты, отнюдь не ожидая при этом, что уже на данном этапе Рабочая группа примет по ним какие-либо решения.

ПРИЛОЖЕНИЕ I

ПРОЕКТ ПОЛОЖЕНИЙ О ПЕРЕСМОТРЕ ДЛЯ ТИПОВОГО ЗАКОНА О ЗАКУПКАХ

* * *

ГЛАВА IV. ПЕРЕСМОТР

* * *

Комментарий

[Примечание для Рабочей группы: источники: A/CN.9/WG.V/WP.22, пункты 214-218; A/CN.9/315, пункт 114. Комментарий содержит заключенные в квадратные скобки примечания, именуемые "примечаниями для Рабочей группы", которые предназначены для информации и оказания помощи Рабочей группе при рассмотрении проектов положений. В окончательном варианте комментария к типовому закону эти примечания воспроизводиться не будут.]

Эффективные средства пересмотра действий и решений закупающей организации, а также процедур, применяемых закупающей организацией, имеют существенное значение для того, чтобы воспрепятствовать неправильному применению типового закона о закупках или положений о закупках, а также для обеспечения надлежащего функционирования системы закупок и повышения доверия к этой системе. В настоящей главе излагаются положения, которые устанавливают право на пересмотр и содержат правила, регламентирующие его осуществление. Для обеспечения совместимости таких положений с существенно различающимися концептуальными и структурными основами правовых систем в различных странах мира рассматриваются лишь основные элементы права на пересмотр и методы его осуществления. Более подробные нормы, касающиеся вопросов, которые не рассматриваются в типовом законе о закупках или в каких-либо других правовых документах соответствующего государства, могут быть включены в правила о закупках, которые будут разработаны применяющим государством. В некоторых случаях формулируются и приводятся в квадратных скобках альтернативные подходы к решению конкретных вопросов; применяющему государству следует избрать ту формулировку, которая, по его мнению, является наиболее соответствующей.

* * *

Статья 36. Право на пересмотр

Любое физическое или юридическое лицо, независимо от национальности, которое заинтересовано в заключении договора о закупках, являющегося фактическим или ожидаемым результатом процедур закупки, определяемых настоящим законом, и которое утверждает, что оно может понести, рискует понести или понесло ущерб в результате противоправного действия или решения закупающей организации или в результате применяемых ею процедур в отношении такого рода процедур закупок, может требовать пересмотра такого действия, решения или процедуры в соответствии со статьями 37-[42] на любом этапе осуществления процедур закупок или после завершения процедур закупок.

* * *

Комментарий

1. В соответствии с данной статьей требовать пересмотра может любое лицо, "которое заинтересовано в заключении договора о закупках... и которое утверждает, что оно может понести, рискует понести или понесло ущерб". Таким образом, правом требовать пересмотра обладают не только подрядчики и поставщики, участвующие в процедурах закупок, но также лица, не принимавшие в них участие, например подрядчики и поставщики, которым было неправомерно отказано в возможности принять участие в процедурах закупок. В этой статье не рассматривается характер или степень заинтересованности или ущерба, которые позволяют данному лицу требовать пересмотра, или же другие вопросы, касающиеся правоспособности данного лица требовать пересмотра. Все эти вопросы должны регулироваться на основании соответствующих правовых норм каждого применяющего государства.

[Примечание для Рабочей группы: один из вопросов, который должен регулироваться другими нормами каждого применяющего государства, может состоять в следующем: ограничивается ли право на пересмотр лишь теми случаями, когда якобы были нарушены какие-то определенные

категории положений. Так, например, в некоторых правовых системах может проводиться различие, с одной стороны, между предъявляемыми к закупающей организации требованиями, которые затрагивают ее взаимоотношения с подрядчиками и поставщиками и должны представлять собой юридические обязательства перед подрядчиками и поставщиками, и, с другой стороны, другими требованиями, которые рассматриваются лишь в качесте "внутренних" с точки зрения администрации и которые не должны являться юридическими обязательствами закупающей организации перед подрядчиками и поставщиками. В таких правовых системах право на пересмотр будет возникать лишь в тех случаях, когда закупающая организация нарушает требования первого типа.]

2. Действие, решение или процедура будут являться "противоправными", если они не соответствуют типовому закону о закупках в том виде, в каком он будет применяться данным государством, положениям о закупках или другим применимым правовым нормам.

3. В соответствии со статьей 37(2) [и (3)] требовать пересмотра можно на любом этапе осуществления процедур закупок или после завершения процедур закупок, даже если договор о закупках вступил в силу, при условии соблюдения любых предельных сроков для представления жалоб, предусмотренных положениями о закупках или другими правовыми нормами, применимыми в отношении процедур пересмотра, а также при условии соблюдения любых действующих в применяющем государстве правил в отношении погасительной или исковой давности. [Примечание для Рабочей группы: ссылка на пункт 3 статьи 37 заключена в квадратные скобки до принятия Рабочей группой решения относительно целесообразности сохранения этого пункта.]

4. Ссылка на статью 42 заключена в квадратные скобки в связи с тем, что номер данной статьи будет зависеть от того, предусматривается ли в применяющем государстве возможность пересмотра вышестоящим административным органом (см. пункт 1 комментария к статье 38).

* * *

Статья 37. Пересмотр закупающей организацией или утверждающей организацией

1) [Если договор о закупках еще не вступил в силу,] жалоба в первой инстанции представляется в письменном виде руководителю закупающей организации. Однако, если жалоба основана на действии или решении закупающей организации или использованной ею процедуре и это действие, решение или процедура были утверждены определенной организацией в соответствии с [настоящим законом], жалоба представляется руководителю организации, утвердившей такое действие, решение или процедуру. Ссылка в [настоящем законе] на руководителя закупающей организации или руководителя утверждающей организации распространяется на любое назначенное им лицо.

2) Руководитель закупающей организации или утверждающей организации не рассматривает жалобу, если она была представлена по истечении [10] дней после того, как лицо, представляющее жалобу, узнало об обстоятельствах, послуживших основанием для жалобы, или должно было узнать о таких обстоятельствах, в зависимости от того, что происходит раньше.

[3) Руководитель закупающей организации или утверждающей организации не рассматривает жалобу или прекращает рассмотрение жалобы после вступления в силу договора о закупках.]

4) Если жалобу не удается урегулировать на основе взаимного согласия представившего ее лица и закупающей организации, руководитель закупающей организации или утверждающей организации в течение [20] дней после представления данной жалобы выносит письменное решение. В этом решении следует:

a) обосновать данное решение; и

b) если жалоба удовлетворяется полностью или частично, указать корректировочные меры, которые будут приняты. Эти меры могут предусматривать выплату компенсации [за любые разумные расходы, понесенные лицом, представившим жалобу, в связи с осуществлением процедур закупок] [за ущерб, понесенный лицом, представившим жалобу,] в результате противоправного действия или решения закупающей организации или использованных ею процедур.

5) Если руководитель закупающей организации или утверждающей организации не издает решения в срок, указанный в пункте 4, лицо, представившее жалобу, или закупающая организация незамедлительно после этого получает право на возбуждение разбирательства в соответствии со статьей [38 или 40]. После возбуждения такого разбирательства компетенция руководителя закупающей организации или утверждающей организации в отношении рассмотрения жалобы утрачивает силу.

6) Решение руководителя закупающей организации или утверждающей организации является окончательным, если не возбуждается разбирательство в соответствии со статьей [38 или 40].

* * *

Комментарий

[Примечание для Рабочей группы: источники: A/CN.9/WG.V/WP.22, пункт 219; A/CN.9/315, пункты 115 и 116. Что касается форума, в который можно обратиться с просьбой о пересмотре, то Рабочая группа на своей десятой сессии решила, что типовой закон о закупках должен предусматривать сформулированные в общем виде альтернативные варианты, из которых данное государство может выбрать тот вариант, который оно желает применить (A/CN.9/315, пункт 116).

Начальная формулировка пункта 1 ("если договор о закупках еще не вступил в силу") и пункт 3 были заключены в квадратные скобки, с тем чтобы Рабочая группа рассмотрела вопрос о целесообразности сохранения этих положений. Принцип, лежащий в основе этих положений, состоит в том, что после вступления договора о закупках в силу руководитель закупающей организации или утверждающей организации не в состоянии применить какие-либо эффективные корректировочные меры (помимо компенсации - см. пункт 3 комментария к настоящей статье), за исключением случаев, когда ему поручается аннулировать договор о закупках. Подобные полномочия данного должностного лица можно рассматривать в качестве чрезвычайных полномочий. Полномочия в отношении аннулирования договора, если таковые вообще будут предусматриваться, по-видимому, целесообразней предоставить суду или по меньшей мере какому-либо вышестоящему административному органу. Предоставление руководителю закупающей организации или утверждающей организации права осуществлять пересмотр в первой инстанции направлено прежде всего на то, чтобы дать такому должностному лицу возможность исправить неправомерные действия, решения или процедуры. После вступления договора о закупках в силу он уже не в состоянии сделать этого. Если положения, заключенные в квадратные скобки, будут сохранены, то в случае представления жалобы после вступления договора о закупках в силу пересмотр может быть осуществлен вышестоящим административным органом или соответствующей судебной инстанцией.]

1. Настоящая статья предусматривает возможность обращения для пересмотра в первой инстанции к руководителю закупающей организации или утверждающей организации, а последующие статьи предусматривают возможность пересмотра вышестоящим административным органом или пересмотра в судебном порядке. В соответствии с пунктом 1 обращение для пересмотра в соответствии с настоящей статьей в первую инстанцию является предварительным условием пересмотра вышестоящим административным органом или в судебном порядке.

[Примечание для Рабочей группы: срок, указанный в пункте 2, заключен в квадратные скобки, с тем чтобы Рабочая группа могла рассмотреть вопрос о том, какой срок будет наиболее целесообразным.]

2. В соответствии с пунктом 4(b) на усмотрение руководителя закупающей организации или утверждающей организации оставляется определение того, какие корректировочные меры будут наиболее целесообразными в каждом конкретном случае (при условии соблюдения всех норм, касающихся данного вопроса и содержащихся в положениях о закупках; см. пункт 5 комментария к настоящей статье). К числу возможных корректировочных мер могут относиться следующие: решение, обязывающее закупающую организацию пересмотреть процедуры закупок, с тем чтобы привести их в соответствие с типовым законом о закупках, положениями о закупках или другими применимыми правовыми нормами; в случае, если принимается решение об акцепте какого-либо конкретного предложения, однако утверждается, что должно быть акцептовано другое предложение, решение, обязывающее закупающую организацию акцептовать это другое предложение; или же решение о прекращении процедур закупок и постановление относительно осуществления новых процедур.

3. В пункте 4(b) четко предусматриваются полномочия руководителя закупающей организации или утверждающей организации требовать выплаты компенсации лицу, представившему жалобу. Такая компенсация, как правило, должна выплачиваться закупающей организацией. Однако в том

случае, если соответствующее обжалованное действие, решение или процедура были одобрены утверждающей организацией, руководитель такой организации может принять решение о том, что компенсация должна выплачиваться этой организацией.

[Примечание для Рабочей группы: что касается категорий ущерба, по которым может быть востребована компенсация, то вниманию Рабочей группы предлагаются две альтернативные возможности, заключенные в квадратные скобки. В соответствии с первым вариантом компенсация может быть востребована в отношении любых разумных расходов, понесенных представившим жалобу лицом в связи с осуществлением процедур закупок в результате осуществления противоправного действия, решения или процедуры. К таким расходам не относится прибыль по договору о закупках, которая была утрачена вследствие отказа от акцепта предложения или оферты лица, представившего жалобу. Категории ущерба, подлежащего компенсации в соответствии со вторым вариантом, шире категорий ущерба по первому варианту и в определенных случаях могут включать утраченную прибыль. Вопрос о том, какие категории ущерба подлежат компенсации, рассматривался на десятой сессии Рабочей группы, однако решения по данному вопросу принято не было (A/CN.9/315, пункт 120).]

4. В связи со ссылками, заключенными в квадратные скобки в пунктах 5 и 6, на статью "38 или 40" применяющему государству следует предпринять следующие действия. Если применяющее государство предусматривает возможность пересмотра в судебном порядке, но не вышестоящим административным органом (см. пункт 1 комментария к статье 38), то необходимо сделать ссылку лишь на статью, которая в данном типовом законе является статьей 40. Если же применяющее государство предусматривает возможность обеих форм пересмотра, однако требует, чтобы лицо, представляющее жалобу, исчерпало свое право на пересмотр вышестоящим административным органом, прежде чем требовать пересмотра в судебном порядке, то необходимо сделать ссылку лишь на статью 38. Если применяющее государство предусматривает обе формы пересмотра, но не требует исчерпания прав на пересмотр в административном порядке до обращения в судебную инстанцию, то необходимо сделать ссылку на "статью 38 или 40".

5. Применяющее государство может включить в правила о закупках подробные нормы, касающиеся процедур пересмотра в соответствии с данной статьей (например, относительно права подрядчиков или поставщиков, участвующих в процедурах закупок, помимо подрядчика или поставщика, представляющего жалобу, принимать участие в процедурах пересмотра (см. статью 39); представления доказательств; осуществления процедур пересмотра и корректировочных мер, которые руководитель закупающей организации или утверждающей организации может обязать закупающую организацию осуществить (см. пункты 2 и 3 комментария к настоящей статье)).

6. Процедуры пересмотра в соответствии с настоящей статьей должны быть направлены на то, чтобы обеспечить оперативное урегулирование жалобы. Если же жалоба не может быть урегулирована оперативно, то эти процедуры не должны создавать неоправданных препятствий для возбуждения процедур пересмотра вышестоящим административным органом или в судебном порядке. В связи с этим пункт 4 обязывает руководителя закупающей организации или утверждающей организации принимать решение в течение [20] дней после представления жалобы. Если по истечении предельного срока решение не принимается, то в пункте 5 предусматривается последующая возможность незамедлительного возбуждения процедур пересмотра вышестоящим административным органом или пересмотра в судебном порядке. [Примечание для Рабочей группы: срок, указанный в тексте пункта 4 и в предыдущем предложении, заключен в квадратные скобки, с тем чтобы Рабочая группа могла рассмотреть вопрос о том, срок какой продолжительности должен быть предусмотрен.]

7. Некоторые дополнительные правила, относящиеся к процедуре пересмотра в соответствии с настоящей статьей, излагаются в статье 39.

* * *

Статья 38. Административный пересмотр

1) Любое лицо может представить свою жалобу в письменном виде [включить наименование административного органа]:

[a) если жалоба не может быть представлена или рассмотрена в соответствии со статьей 37 вследствие вступления в силу договора о закупках;]

b) согласно пункту 5 статьи 37; или

c) если данное лицо утверждает, что ему был нанесен серьезный ущерб в результате решения руководителя закупающей организации или утверждающей организации в соответствии со статьей 37.

2) [Включить наименование административного органа] может предоставить одно или более из следующих средств правовой защиты:

a) определить правовые нормы или принципы, регламентирующие вопросы, относящиеся к предмету жалобы;

b) запретить закупающей организации совершать противоправные действия или принимать противоправные решения или использовать противоправные процедуры;

c) обязать закупающую организацию, которая осуществила противоправные действия или использовала противоправные процедуры или же приняла противоправное решение, предпринять действия или использовать процедуры на правомерной основе или принять правомерное решение;

d) аннулировать полностью или частично противоправные действия или решения закупающей организации;

e) пересмотреть противоправные решения закупающей организации или принять вместо этого решения свое собственное решение;

f) аннулировать договор о закупках, если он вступил в силу;

g) обязать выплатить компенсацию [за любые разумные расходы, понесенные лицом, представившим жалобу, в связи с осуществлением процедур закупок] [за ущерб, понесенный лицом, представившим жалобу] в результате противоправного действия или решения закупающей организации или использованных ею процедур;

h) распорядиться о прекращении процедур закупок.

3) [Включить наименование административного органа] принимает письменное решение по жалобе, приводя обоснования решения и предоставленных средств правовой защиты, если таковые предоставляются.

4) Решение считается окончательным, если не возбуждается иск в соответствии со статьей 40.

* * *

Комментарий

[Примечание для Рабочей группы: источники: A/CN.9/WG.V/WP.22, пункты 220, 222, 223, 226; A/CN.9/315, пункты 115, 116, 119-121; A/CN.9/331, пункты 10, 153 и 204.]

1. В настоящей статье предусматривается возможность пересмотра вышестоящим административным органом. Те государства, в которых пересмотр административных действий, решений или процедур вышестоящим административным органом не характерен для правовой системы, могут исключить настоящую статью и предусмотреть лишь возможность пересмотра в судебном порядке (статья 40).

2. В некоторых правовых системах, которые предусматривают возможность пересмотра как вышестоящим административным органом, так и в судебном порядке, процедуры пересмотра в судебном порядке могут быть начаты еще до завершения процедур административного пересмотра или наоборот, а также предусматриваются нормы, определяющие возможность и степень замены процедур административного пересмотра процедурами пересмотра в судебном порядке. Если правовая система применяющего государства, предусматривающая обе возможности пересмотра, не имеет такого рода норм, то данное государство, возможно, пожелает установить такие нормы, например в положениях о закупках.

3. Применяющее государство, желающее предусмотреть возможность пересмотра вышестоящим административным органом, но еще не обладающее соответствующим механизмом для такого пересмотра в отношении закупок, должно возложить функции пересмотра на тот или иной соответствующий административный орган. Такие функции могут быть возложены на уже

существующий орган или на новый орган, созданный применяющим государством. Этим органом, например, может являться орган, осуществляющий общий контроль и наблюдение за закупками в данном государстве (например, центральный закупочный совет; см. статью 6 и комментарий к ней), соответствующий орган, круг ведения которого не ограничивается вопросами закупок (например, орган, осуществляющий финансовый контроль и наблюдение за операциями правительства и государственной администрации (тем не менее полномочия в отношении пересмотра не должны ограничиваться лишь вопросами финансового контроля и наблюдения)), специальный административный орган, круг ведения которого состоит исключительно в урегулировании споров по вопросам закупок, например "наблюдательный совет по закупкам" или арбитражный суд. Важно обеспечить, чтобы орган, осуществляющий функции пересмотра, был независимым от закупающей организации. Кроме того, если соответствующим административным органом является орган, который в соответствии с типовым законом в том виде, в каком он применяется в данном государстве, уполномочен утверждать определенные действия или решения закупающей организации или применяемые ею процедуры, то необходимо обеспечить, чтобы подразделение данного органа, осуществляющее функцию пересмотра, было независимым от подразделения, осуществляющего функцию утверждения.

[Примечание для Рабочей группы: приведенный в квадратных скобках подпункт (a) пункта 1 следует сохранить, если Рабочая группа в связи со статьей 37 решит, что руководитель закупающей организации или утверждающей организации не уполномочен рассматривать жалобу в соответствии с данной статьей после вступления договора о закупках в силу (см. Примечание для Рабочей группы перед пунктом 1 комментария к статье 37. В противном случае этот подпункт следует исключить.]

4. Круг лиц, имеющих право обращаться с жалобами в соответствии с пунктом 1(c), не ограничивается теми лицами, которые обращались к руководителю закупающей организации или утверждающей организации (см. статью 39(2)), и включает любых других лиц, которые утверждают, что они понесли ущерб в результате решения руководителя закупающей организации или утверждающей организации.

5. Что касается пункта 2, то пути установления лицом, представляющим жалобу, права на судебно-правовую защиту, зависят от применимых норм материального и процессуального права в отношении процедур пересмотра.

6. Между правовыми системами отдельных государств существуют определенные различия в отношении характера средств правовой защиты, которые уполномочены предоставлять осуществляющие пересмотр вышестоящие административные органы. При применении типового закона о закупках государство может предусмотреть все перечисленные в пункте 2 средства правовой защиты или же лишь те средства правовой защиты, которые данный административный орган обычно уполномочен предоставлять в соответствии с правовой системой данного государства. Если данная правовая система предусматривает возможность предоставления соответствующим административным органом определенных средств правовой защиты, которые не перечислены в пункте 2, то эти средства могут быть включены в данный пункт. В этом пункте должны быть перечислены все средства правовой защиты, которые могут быть предоставлены соответствующим административным органом. [Примечание для Рабочей группы: подход, использованный в настоящей статье, в которой указываются средства правовой защиты, которые могут быть предоставлены вышестоящим административным органом, существенно отличается от более гибкого подхода, использованного в отношении корректировочных мер, которые могут потребоваться руководителю закупающей организации или утверждающей организацией (статья 37(4)(b)). Принцип, лежащий в основе подхода, использованного в статье 37(4)(b), состоит в том, что руководитель закупающей организации или утверждающей организации должен иметь возможность принять все необходимые меры для исправления нарушений, допущенных самой закупающей организацией или одобренных утверждающей организацией. В некоторых правовых системах вышестоящие административные органы, выполняющие контрольные функции, вынуждены соблюдать более формальные и более ограничительные нормы в отношении средств правовой защиты, которые они могут предоставить, и подход, примененный в статье 38(2), направлен на то, чтобы избежать коллизии с такими нормами.]

7. Пункт 3 комментария к статье 37, касающийся выплаты компенсации лицу, представившему жалобу, относится также к пункту 2(g) настоящей статьи. [Примечание для Рабочей группы: примечание для Рабочей группы, приведенное после пункта 3 комментария к статье 37 относится также к пункту 2(g) настоящей статьи.]

8. Если процедуры закупок прекращаются в соответствии с пунктом 2(h), то закупающая организация может начать новые процедуры закупок. В связи с этим необходимо руководствоваться положениями статьи 7.

9. Если в каком-либо государстве, применяющем типовой закон о закупках, еще не разработаны подробные нормы, касающиеся процедур пересмотра вышестоящим административным органом, то это государство может включить такие нормы в положения о закупках. Можно, например, разработать нормы, касающиеся осуществления процедур пересмотра вышестоящим административным органом; права подрядчиков и поставщиков, помимо подрядчиков и поставщиков, начавших процедуры пересмотра, участвовать в таких процедурах пересмотра (см. статью 39(2)); бремени доказывания; представления доказательств и проведения процедур пересмотра.

10. Некоторые дополнительные нормы, применимые в отношении процедур пересмотра в соответствии с настоящей статьей, излагаются в статье 39.

* * *

Статья 39. Некоторые нормы, применимые в отношении процедур пересмотра в соответствии со статьей 37 [и статьей 38]

1) Незамедлительно после представления жалобы в соответствии со статьей 37 [или статьей 38] руководитель закупающей организации или утверждающей организации [, или [включить наименование административного органа], в зависимости от конкретного случая,] уведомляет всех подрядчиков и поставщиков, участвующих в процедурах закупок, которых касается данная жалоба, о представлении жалобы и о ее содержании.

2) [[Вариант A] Если жалоба представляется в соответствии со статьей 37 [или статьей 38] после акцепта предложения или вступления в силу договора о закупке каким-либо лицом помимо подрядчика или поставщика, предложение которого акцептовано или который выступает стороной договора о закупке, такой подрядчик или поставщик имеет право участвовать в процедурах пересмотра в такой же степени, как и закупающая организация.]

[[Вариант B] Любой подрядчик или поставщик, утверждающий, что процедуры пересмотра затрагивают или могут затронуть его интересы, может представить просьбу о разрешении участвовать в процедурах пересмотра. Руководитель закупающей организации и утверждающей организации [, или [включить наименование административного органа], в зависимости от конкретного случая,] принимает решение относительно возможности участия такого подрядчика или поставщика и, в случае наличия такой возможности, относительно условий такого участия.]

3) Копия решения руководителя закупающей организации или утверждающей организации [, или [включить наименование административного органа], в зависимости от конкретного случая,] представляется в течение [5] дней лицу, представившему жалобу, закупающей организации, и любому другому лицу, принимавшему участие в процедурах пересмотра. Кроме того, после вынесения решения жалоба и данное решение незамедлительно представляются для ознакомления общественности, при том условии, однако, что никакая информация не раскрывается в нарушение какого-либо закона [данного государства], касающегося конфиденциальности.

* * *

Комментарий

[Примечание для Рабочей группы: настоящая статья распространяется лишь на процедуры пересмотра с участием руководителя закупающей организации или утверждающей организации или с участием вышестоящего административного органа, однако не касается процедур пересмотра в судебном порядке. Нормы, касающиеся вопросов, затронутых в настоящей статье, существуют во многих государствах. Такие нормы в отдельных государствах могут существенно различаться, и установление в типовом законе о закупках какой-либо единой нормы, которая может противоречить таким существующим нормам, представляется нецелесообразным или нежелательным.]

1. Заключенная в квадратные скобки ссылка в заголовке и тексте данной статьи на статью 38 и на административный орган должна быть исключена теми применяющими государствами, в которых не предусматривается пересмотр вышестоящим административным органом.

2. Цель пунктов 1 и 2 данной статьи состоит в том, чтобы поставить подрядчиков и поставщиков в известность о представлении жалобы относительно процедур закупок, в которых они принимали или принимают участие и позволить им предпринять шаги для защиты их интересов. Такие шаги могут предусматривать участие в процедурах пересмотра в соответствии с пунктом 2, а также другие меры, которые могут быть предусмотрены в соответствии с применимыми правовыми

нормами. [Примечание для Рабочей группы: в случае принятия варианта А пункта 2 может быть включено следующее предложение: несмотря на то, что в пункте 2 предусматривается лишь право участия подрядчика или поставщика, предложение которого было акцептовано или который является стороной договора о закупках, в положениях о закупках или других нормах национального права может предусматриваться возможность вступления в разбирательство других подрядчиков и поставщиков, участвующих в процедурах закупок, а также предусматриваться право такого вступления в разбирательство еще до акцепта предложения или вступления договора о закупках в силу (см. пункт 5 комментария к статье 37 и пункт 10 комментария к статье 38).]

[Примечание для Рабочей группы: цель варианта А состоит в том, чтобы обеспечить право участия в процедурах пересмотра по меньшей мере для подрядчика или поставщика, предложение которого было акцептовано или который заключил договор о закупках. В соответствии с вариантом В любой участвующий в процедурах закупок подрядчик или поставщик, который утверждает, что процедуры пересмотра затрагивают или могут затронуть его интересы, имеет право просить разрешения участвовать в процедурах пересмотра, однако решение в отношении подобной просьбы оставляется на усмотрение форума, осуществляющего процедуры пересмотра. В варианте А проводится различие между моментом акцепта предложения (при использовании процедур торгов) и моментом вступления в силу договора о закупках (при использовании других способов закупок), поскольку в соответствии с проектом статьи 32, если вступление в силу договора о закупках обусловлено подписанием письменного договора, то между моментом акцепта предложения и моментом вступления в силу договора может существовать определенный разрыв во времени.]

3. В пункте 3 положение "любое другое лицо, принимавшее участие в процедурах пересмотра" распространяется на подрядчиков и поставщиков, участвующих в соответствии с пунктом 2, и на любых других лиц, которым разрешено участвовать в процедурах пересмотра в соответствии с правовыми нормами и практикой, применимыми в отношении таких процедур.

* * *

Статья 40. Пересмотр в судебном порядке

[Включить наименование(наименования) суда(судов)] осуществляет юрисдикцию в отношении исков любого лица, упомянутого в статье 36, в отношении пересмотра каких-либо действий или решений закупающей организации или используемых ею процедур. Такой иск может быть возбужден таким лицом:

[a) вместо представления жалобы в соответствии со статьей 38;]

[b) если его жалоба не может быть представлена или рассмотрена в соответствии со статьей 37 вследствие вступления в силу договора о закупках;]

[c) в соответствии с пунктом 5 статьи 37;] или

d) если данное лицо утверждает, что оно понесло ущерб [в результате решения руководителя закупающей организации или утверждающей организации в соответствии со статьей 37] [или] [в результате решения [включить наименование административного органа] в соответствии со статьей 38].

* * *

Комментарий

[Примечание для Рабочей группы: источники: A/CN.9/WG.V/WP.22, пункты 221, 226; A/CN.9/315, пункты 115, 116, 119-121; A/CN.9/331, пункты 153 и 204.]

1. Данная статья предусматривает возможность судебного разбирательства. Она возлагает юрисдикцию на конкретный суд или суды и определяет обстоятельства, при которых может быть возбужден иск. Процедурные и другие аспекты судебного разбирательства, включая средства правовой защиты, которые могут быть предоставлены, регулируются правовыми нормами, применимыми в отношении такого разбирательства. [Примечание для Рабочей группы: для избежания коллизии с национальными законами и процедурами, касающимися судебного разбирательства, в данном случае был использован минималистский подход.]

2. Подпункт (a), который приводится в квадратных скобках, следует исключить в тех государствах, в которых не предусматривается возможность пересмотра вышестоящим административным органом или в которых требуется, чтобы данное лицо исчерпало свои права в отношении пересмотра вышестоящим административным органом в соответствии со статьей 38, прежде чем обращаться для пересмотра в судебном порядке. Этот подпункт должен быть оставлен

в тех применяющих государствах, в которых предусматривается возможность пересмотра вышестоящим административным органом и в то же время не предъявляется вышеупомянутых требований.

[3. Подпункт (b), приводимый в квадратных скобках, следует исключить тем государствам, в которых лицо, стремящееся добиться пересмотра, обязано исчерпать свое право на пересмотр вышестоящим административным органом, прежде чем добиваться пересмотра в судебном порядке. Этот подпункт следует оставить тем государствам, в которых не предъявляется подобных требований и в которых не предусматривается возможность пересмотра вышестоящим административным органом.] [Примечание для Рабочей группы: подпункт (b) и предыдущий пункт комментария следует оставить, если Рабочая группа в связи со статьей 37примет решение о том, что руководитель закупающей организации или утверждающей организации не должен обладать компетенцией в отношении рассмотрения жалобы в соответствии с этой статьей после вступления в силу договора о закупках (см. примечание для Рабочей группы, приведенное перед пунктом 1 комментария к статье 37). В противном случае эти положения должны быть исключены.]

4. Подпункт (c), приведенный в квадратных скобках, следует исключить тем применяющим государствам, в которых лицо, стремящееся добиться пересмотра, обязано исчерпать свое право на пересмотр вышестоящим административным органом до обращения за пересмотром в судебном порядке, однако его следует оставить тем государствам, в которых не предъявляются подобные требования и не предусматривается возможность пересмотра вышестоящим административным органом.

5. В отношении ссылок, приведенных в квадратных скобках в подпункте (d), применяющему государству следует принять следующие меры. Если применяющее государство не предусматривает возможность пересмотра вышестоящим административным органом, то следует сделать ссылку лишь на решение руководителя закупающей организации или утверждающей организации в соответствии со статьей 37. Если применяющее государство предусматривает возможность как пересмотра вышестоящим административным органом, так и пересмотра в судебном порядке и не требует от лица, стремящегося добиться пересмотра, чтобы оно использовало право на пересмотр вышестоящим административным органом до обращения за пересмотром в судебном порядке, то следует сделать ссылку на решение руководителя закупающей организации или утверждающей организации в соответствии со статьей 37 "или" на решение административного органа в соответствии со статьей 38. Если применяющее государство предусматривает обе формы пересмотра, однако требует, чтобы лицо, стремящееся добиться пересмотра, исчерпало свое право на пересмотр вышестоящим административным органом до обращения за пересмотром в судебном порядке, то следует сделать ссылку лишь на решение такого административного органа в соответствии со статьей 38.

6. Право, применимое в отношении судебного разбирательства, будет регламентировать вопрос о том, следует ли суду в случае возбуждения иска в соответствии с подпунктом (d) заново рассматривать аспекты процедур закупок, являющиеся предметом жалобы, или же рассматривать лишь законность и обоснованность решения, принятого в результате процедур пересмотра в соответствии со статьей 37 или 38.

* * *

Статья 41. Приостановление процедур закупок [и исполнения договора о закупках]

[Вариант A] Своевременное представление жалобы в соответствии со статьей 37 [или статьей 38] или своевременное возбуждение иска в соответствии со статьей 40 приостанавливает процедуры закупок [или исполнение договора о закупках, если таковой вступил в силу] до завершения процедур пересмотра, если руководитель закупающей организации или утверждающей организации, [включить наименование административного органа] или суд, в зависимости от конкретного случая, не определяет, что такое приостановление будет противоречить общественным интересам.

[Вариант B] После своевременного представления жалобы в соответствии со статьей 37 [или статьей 38] или своевременного возбуждения иска в соответствии со статьей 40, руководитель закупающей организации или утверждающей организации, [включитьнаименование административного органа] или суд, в зависимости от конкретного случая, могут приостановить процедуры закупок [или исполнение договора о закупках, если таковой вступил в силу,] для гарантирования прав лиц, представивших жалобу или возбудивших иск, до завершения процедур пересмотра.

* * *

Комментарий

1. Цель данной статьи состоит в том, чтобы гарантировать права лиц, начавших процедуры пересмотра, до завершения таких процедур. [Примечание для Рабочей группы: источники: A/CN.9/WG.V/WP.22, пункты 224 и 225; A/CN.9/315, пункты 117 и 118. На рассмотрение Рабочей группы представляется два варианта. Вариант А предусматривает автоматическое приостановление процедур закупок в случае начала процедур пересмотра, если руководитель закупающей организации или утверждающей организации, административный орган или суд не определят на основаниях, указанных в данном варианте, что процедуры закупок не должны приостанавливаться. Такой подход используется в законах о закупках некоторых стран в качестве исключения из общего правила в отношении судебных или административных процедур, в соответствии с которым бремя доказывания лежит на стороне, стремящейся добиться пересмотра. Основной довод в пользу такого подхода состоит в том, что лицо, представившее жалобу или возбудившее иск в суде, может не иметь достаточно времени для обращения за временными средствами защиты и их получения. Такому лицу, в частности, обычно важно не допустить вступления в силу договора о закупках до завершения процедур пересмотра, и если он должен будет доказывать свое право на временные средства защиты, то у него может не оказаться достаточно времени, для того чтобы сделать это и не допустить вступления в силу договора (например, если процедура закупок подходит к завершающей стадии); см. A/CN.9/331, пункт 212. Вариант В учитывает тот факт, что в результате приостановления процедур закупок или исполнения договора о закупках, могут возникнуть серьезные проблемы. В соответствии с данным подходом процедуры закупок или исполнение договора о закупках не приостанавливаются автоматически; вместо этого, решение относительно целесообразности приостановления принимается соответствующим форумом.

Ссылка в тексте статьи и комментария на приостановление исполнения договора о закупках заключена в квадратные скобки, с тем чтобы Рабочая группа могла рассмотреть вопрос о том, следует ли предусматривать возможность приостановления договора. Хотя в обоих вариантах приостановление исполнения договора о закупках регламентируется таким же образом, как и приостановление процедур закупок, эти две ситуации можно также рассматривать различным образом, например, предусмотрев возможность автоматического приостановления процедур закупок, указав, однако, что исполнение договоров о закупках может быть приостановлено лишь по решению соответствующего форума.]

2. В процессе применения положений данной статьи форум, осуществляющий процедуры пересмотра, может использовать любые критерии, установленные в положениях о закупках или содержащиеся в других правовых нормах, применимых в отношении процедур пересмотра. К числу таких критериев может относиться, например, вопрос о том, компенсируются ли отрицательные последствия приостановления процедур закупок [или исполнения договора о закупках] выгодами от приостановления, а также вероятность принятия положительного для истца решения в ходе процедур пересмотра.

3. В данной статье не затрагиваются полномочия, которыми может обладать форум, осуществляющий процедуры пересмотра, в соответствии с применимыми правовыми нормами в отношении предоставления других видов временной правовой защиты. Кроме того, она не затрагивает полномочий требовать, чтобы лицо, начавшее процедуру пересмотра, предоставило обеспечение для покрытия возможных убытков закупающей организации, если процедуры закупок [или исполнение договора о закупках] приостанавливаются, однако жалоба лица, добивающегося пересмотра, не удовлетворяется.

4. Заключенные в квадратные скобки ссылки на статью 38 и на административный орган должны быть оставлены в зависимости от того, предусматривается ли в применяющем государстве возможность пересмотра вышестоящим административным органом.

* * *

Статья 42. Дисциплинарная, административная или уголовная ответственность закупающей организации

Результаты процедур пересмотра в соответствии с положениями настоящей главы не оказывают влияния на какую-либо дисциплинарную, административную или уголовную ответственность, которую закупающая организация или какое-либо ее должностное лицо или служащий могут нести в соответствии с законом [данного государства].

* * *

[Примечание для Рабочей группы: см. A/CN.9/331, пункт 151.]

ПРИЛОЖЕНИЕ II

ПРОЕКТ РЕКОМЕНДАЦИИ КОМИССИИ ПРИ ПРИНЯТИИ ТИПОВОГО ЗАКОНА О ЗАКУПКАХ

[Примечание для Рабочей группы: приводимая ниже рекомендация может быть включена в решение Комиссии о принятии типового закона о закупках или же принята в качестве отдельного решения с соответствующей дополнительной формулировкой преамбулы. Эта рекомендация составлена на основании статей 1 и 2 директивы ЕС о пересмотре. Некоторые положения этой директивы, которые, возможно, были необходимыми или соответствующими из-за ее обязательного характера, в тексте рекомендации были исключены или же изменены в тех случаях, когда было сочтено, что соответствующие положения не являются необходимыми или соответствующими для данной рекомендации. Другие изменения были внесены в целях согласования с терминологией или понятиями, использованными в типовом законе о закупках.]

Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли,

Будучи убеждена в том, что эффективные средства рассмотрения правомерности действий и решений закупающей организации или использованных ею процедур в процессе осуществления закупок, на которые распространяется действие типового закона о закупках, имеют важное значение, так как они позволяют исключить неправильное применение типового закона или принятых в дополнение к нему положений о закупках, обеспечить надлежащее функционирование национальных систем закупок и повысить доверие к таким системам,

Рекомендует правительствам:

1. принять необходимые меры для обеспечения того, чтобы в отношении закупок, подпадающих под действие типового закона о закупках, можно было эффективно рассматривать правомерность действий и решений закупающей организации или используемых ею процедур;

2. исключить любую дискриминацию между иностранными и собственными гражданами в отношении права обращаться за пересмотром и добиваться пересмотра или в отношении любого другого аспекта процедур пересмотра;

3. обеспечить доступ к процедурам пересмотра по меньшей мере для любого лица, которое заинтересовано или было заинтересовано в заключении конкретного договора на закупки и которое несет или рискует понести ущерб в результате любого противоправного действия или решения закупающей организации или используемых ею процедур в процессе осуществления закупок;

4. обеспечить, чтобы упомянутые в предыдущих пунктах процедуры пересмотра предусматривали следующие полномочия:

a) принимать при первой же возможности временные меры с целью предупреждения дальнейшего ущерба заинтересованному лицу, включая меры по приостановлению или обеспечению приостановления процедур закупок, осуществления любого решения, принятого закупающей организацией, или исполнения договора о закупках;

b) либо отменять, либо обеспечивать отмену решений, принятых противоправно;

c) предоставлять компенсацию лицам, понесшим ущерб в результате противоправного действия, решения или процедуры;

5. обеспечивать эффективное осуществление решений, принятых органами, ответственными за осуществление процедур пересмотра;

6. обеспечить непременное представление в письменном виде основания решений, принятых в ходе процедур пересмотра несудебными органами;

7. предусмотреть возможность осуществления процедур пересмотра в судебном порядке даже в тех случаях, когда предусматривается возможность осуществления процедур пересмотра в несудебном порядке;

8. обеспечить за исключением случаев, когда процедуры пересмотра осуществляются в первой инстанции закупающей организацией, независимость органов, ответственных за осуществление процедур пересмотра, от закупающей организации.

2. Закупки: второй проект статей 1-35 типового закона о закупках: доклад Генерального секретаря (A/CN.9/WG.V/WP.28) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

	Страница
ВВЕДЕНИЕ	459
ВТОРОЙ ПРОЕКТ СТАТЕЙ 1-35 ТИПОВОГО ЗАКОНА О ЗАКУПКАХ	461
ГЛАВА I. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ	461
Статья 1. Применение закона	461
Статья 2. Определения	461
Статья 3. Основные [цели]	462
Статья 3 бис. Международные соглашения или другие международные обязательства (данного государства), касающиеся закупок	463
Статья 4. Положения о закупках	463
Статья 5. Доступность для общественности закона о закупках, положений о закупках и других правовых текстов, касающихся закупок	464
Статья 6. Контроль и надзор за закупками	464
Статья 7. Методы закупок и условия их применения	464
Статья 8. Квалификационные данные подрядчиков и поставщиков	466
Статья 9. [Объединена со статьей 8]	468
Статья 10. Правила, касающиеся документальных доказательств, представляемых подрядчиками и поставщиками	468
ГЛАВА II. ПРОЦЕДУРЫ ТОРГОВ	469
РАЗДЕЛ I. ПРОЦЕДУРЫ МЕЖДУНАРОДНЫХ ТОРГОВ	469
Статья 11. Процедуры международных торгов	469
РАЗДЕЛ II. ЗАПРАШИВАНИЕ ПРЕДЛОЖЕНИЙ И ЗАЯВОК НА ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫЙ ОТБОР	469
Статья 12. Запрашивание предложений и заявок на предварительный отбор	469
Статья 13. [Исключена]	470
Статья 14. Содержание уведомления о предполагаемой закупке	470
Статья 15. [Объединена со статьей 8]	471
РАЗДЕЛ III. ПРОЦЕДУРЫ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО ОТБОРА	472
Статья 16. Процедуры предварительного отбора	472
РАЗДЕЛ IV. ДОКУМЕНТАЦИЯ ПО ОРГАНИЗАЦИИ ТОРГОВ	474
Статья 17. Предоставление документации по организации торгов подрядчикам и поставщикам	474

Содержание (продолжение)

		Страница
Статья 18.	Содержание документации по организации торгов	474
Статья 19.	Плата за документацию по организации торгов	477
Статья 20.	[Правила, касающиеся описания товаров, строительства [или услуг] в документах для предварительного отбора и документации по организации торгов; язык документов для предварительного отбора и документации по организации торгов]	477
Статья 21.	[Исключена]	478
Статья 22.	Разъяснения и изменения документации по организации торгов	479
РАЗДЕЛ V.	ПРЕДЛОЖЕНИЯ	479
Статья 23.	Язык предложений	479
Статья 24.	Представление предложений	479
Статья 25.	Срок действия предложений; изменение и отзыв предложений	481
РАЗДЕЛ VI.	ОБЕСПЕЧЕНИЕ ПРЕДЛОЖЕНИЙ	482
Статья 26.	Обеспечение предложений	482
РАЗДЕЛ VII.	ВСКРЫТИЕ, РАССМОТРЕНИЕ, ОЦЕНКА И СОПОСТАВЛЕНИЕ ПРЕДЛОЖЕНИЙ	483
Статья 27.	Вскрытие предложений	483
Статья 28.	Рассмотрение, оценка и сопоставление предложений	483
Статья 29.	Отклонение всех предложений	486
Статья 30.	Переговоры с подрядчиками и поставщиками	487
РАЗДЕЛ VIII.	ДВУХЭТАПНЫЕ ПРОЦЕДУРЫ ТОРГОВ	487
Статья 31.	Двухэтапные процедуры торгов	488
РАЗДЕЛ IX.	АКЦЕПТ ПРЕДЛОЖЕНИЯ И ВСТУПЛЕНИЕ В СИЛУ ДОГОВОРА О ЗАКУПКАХ; ОТЧЕТ О ПРОЦЕДУРАХ ТОРГОВ	489
Статья 32.	Акцепт предложения и вступление в силу договора о закупках	489
Статья 33.	Отчет о процедурах торгов	490
ГЛАВА III.	ЗАКУПКИ ИНЫМИ СПОСОБАМИ, ПОМИМО ПРОЦЕДУР ТОРГОВ	491
Статья 34.	Процедуры конкурентных переговоров	491
Статья 35.	Отчет о закупках из одного источника	492

ВВЕДЕНИЕ

1. На своей девятнадцатой сессии в 1986 году Комиссия постановила уделить первоочередное внимание работе в области закупок и поручила ее Рабочей группе по новому международному экономическому порядку (A/41/17, пункт 243). Рабочая группа приступила к этой работе на своей десятой сессии в октябре 1988 года. Эта сессия была посвящена обсуждению различных вопросов на основе подготовленного секретариатом исследования в отношении закупок, в котором определялись возможные задачи национальной политики в области закупок и рассматривались национальные законы и практика в области закупок, а также роль и деятельность различных международных организаций и учреждений по финансированию развития в связи с закупками (A/CN.9/WG.V/WP.22). Завершив рассмотрение этого исследования, Рабочая группа просила секретариат подготовить первый проект типового закона о закупках и комментарий к нему с учетом результатов обсуждений и решений данной сессии (A/CN.9/315, пункт 125).

2. Первый проект статей 1-35 типового закона о закупках и комментарий к нему, подготовленные секретариатом (A/CN.9/WG.V/WP.24 и A/CN.9/WG.V/WP.25), были рассмотрены на одиннадцатой сессии Рабочей группы в феврале 1990 года. (Проекты статей, содержащиеся в этих документах, ниже именуются "первым проектом".) Проект положений о пересмотре действий и решений закупающей организации и используемых ею процедур не был включен в первый проект, и их предполагалось разработать после подготовки этого проекта.

3. После рассмотрения первого проекта и комментария к нему Рабочая группа просила секретариат пересмотреть текст типового закона с учетом результатов обсуждений и решений этой сессии Рабочей группы. Было решено, что в ходе пересмотра не следует пытаться улучшить структуру или формулировки текста. Было также решено, что комментарий не будет пересматриваться до тех пор, пока не будет согласован текст типового закона, и что к двенадцатой сессии Рабочей группы не следует подготавливать пересмотренный вариант комментария. Кроме того, Рабочая группа обратилась к секретариату с просьбой подготовить к двенадцатой сессии проект положений о пересмотре действий и решений закупающей стороны и используемых ею процедур (A/CN.9/331, пункт 222). В настоящем документе приводится пересмотренный вариант проекта статей 1-35 типового закона; проект положений о пересмотре, состоящий из статей 36-42, содержится в документе A/CN.9/WG.V/WP.27.

4. При подготовке настоящего проекта секретариат попытался отразить в нем все исключения, изменения и дополнения, согласованные на одиннадцатой сессии Рабочей группы. Кроме того, была предпринята попытка включить в него те предложения и соображения, которые высказывались на этой сессии, но в отношении которых, однако, согласия достигнуто не было. Формулировки, отражающие предложения и соображения, по которым не было достигнуто согласия на одиннадцатой сессии, в большинстве случаев заключены в квадратные скобки. В то же время формулировки, отражающие предложения и соображения, которые, как считается, вряд ли окажутся противоречивыми или вызовут возражения (например, улучшения редакционного характера, не затрагивающие существа текста), не заключены в квадратные скобки. В тексте не отражены те предложения и соображения, которые могут противоречить подходу, согласованному Рабочей группой, или которые трудно включить по другим причинам. Число таких предложений и соображений незначительно.

5. Изменения формулировок первого проекта и дополнения к ним выделены в настоящем проекте подчеркиванием за исключением названий статей, все из которых подчеркнуты в соответствии с требованиями оформления. Исключения из положений первого проекта указаны в примечаниях после каждой статьи.

6. Настоящий проект может послужить весьма полезным руководством в отношении тех элементов, которые, по мнению Рабочей группы, имеют или могут иметь большое значение для действенной, эффективной и справедливой системы закупок и, таким образом, могут в дальнейшем облегчить деятельность Рабочей группы в области закупок. Следует, однако, отметить, что включение в текст дополнительных формулировок и положений, согласованных Рабочей группой, удлиняет текст, делает его более сложным и громоздким, и новые дополнения могут еще больше утяжелить текст. Такие недостатки, особенно в типовом законе, предназначенном для применения в глобальном масштабе, могут ограничить полезность и приемлемость текста. При рассмотрении настоящего проекта Рабочая группа, возможно, пожелает вновь критически рассмотреть каждое положение текста, с тем чтобы по возможности сделать его менее сложным и громоздким, а также с точки зрения его существа. Например, в свете принятого ранее решения Рабочей группы о том, что типовой закон должен быть "базисным" законом, определяющим только основные элементы процедуры закупок, некоторые подробные положения, которые в настоящее время содержатся в тексте, можно было бы перенести в положения о закупках.

7. Если в примечаниях к проектам статей не предусмотрено иное, то при разработке следующего проекта типового закона секретариат будет исходить из того, что предложения и соображения относительно изменений и дополнений, по которым на одиннадцатой сессии Рабочей группы не было принято какого-либо решения (такие предложения, соображения и положения заключены в настоящем (втором) проекте в квадратные скобки), не должны включаться в текст, за исключением тех, положений, которые Рабочая группа конкретно решит оставить или изменить. Дополнения, которые не будут оставлены или изменены Рабочей группой, будут исключены из текста; в случае необходимости формулировки первого проекта будут восстановлены. Что касается изменений в формулировках первого проекта, которые не будут оставлены или изменены Рабочей группой, то формулировки, использованные в первом проекте, будут восстановлены.

ВТОРОЙ ПРОЕКТ СТАТЕЙ 1-35 ТИПОВОГО ЗАКОНА О ЗАКУПКАХ

ГЛАВА I. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Статья 1. Применение закона*

1) Настоящий закон применяется к закупкам закупающими организациями 1/.

2) Настоящий закон не применяется к закупкам для целей национальной безопасности или национальной обороны, за исключением случаев, когда закупающая организация определенно заявляет, что он применяется 2/.

---

*Заголовки статей приводятся только в справочных целях и не предназначены для целей толкования.

Примечания

1. Остальная часть текста статьи 1 первого проекта исключена и перенесена в определение понятия "закупка", добавленное в новый подпункт (a) статьи 2. См. примечание 1 к статье 2.

2. См. A/CN.9/331, пункт 139.

* * *

Статья 2. Определения

Для целей настоящего закона:

[(новый подпункт (a)) "закупка" означает приобретение товаров путем купли, аренды, проката, покупки в рассрочку или любыми другими методами или строительство, включая услуги, связанные с поставками товаров или строительством, если стоимость таких вспомогательных услуг не превышает стоимости самих товаров или строительства[, и приобретение услуг в области связи, транспорта или страхования];] 1/

a) "закупающая организация" означает:

i) любое министерство, учреждение, орган или другой департамент правительства или администрации или любое их подразделение[, за исключением...;] 2/

ii) (каждое государство, принимающее настоящий типовой закон, включает в данный подпункт и, при необходимости, в последующие подпункты другие организации или предприятия, или их соответствующие категории, которые должны входить в определение понятия "закупающая организация");

b) "товары" включают сырьевые материалы, изделия, оборудование и другие физические предметы любого вида и описания[, в твердом, жидком или газообразном состоянии, а также электрическую, ядерную и другие виды энергии;] 3/

c) "строительство" означает такую физическую деятельность, как подготовка строительной площадки, выемка грунта, возведение, [снос,] сооружение, монтаж оборудования или материалов, отделка и отделочные работы в отношении какого-либо нового объекта или существующего объекта [, а также бурение, геодезические работы, спутниковая съемка, сейсмические исследования и аналогичные виды деятельности в связи с такой деятельностью] 4/;

d) "процедуры закупки" [включают] процедуры торгов, процедуры конкурентных переговоров и закупки из одного источника 5/;

e) "процедуры международных торгов" означают [процедуры торгов, в которых участие подрядчиков и поставщиков, регионы деятельности или основные учреждения которых расположены за пределами (данного государства), поощряется и стимулируется за счет применения особых организационных процедур, предусмотренных настоящим законом] 6/;

f) "обеспечение предложения" включает такие меры, как гарантии [, предоставляемые финансовыми учреждениями] 7/, аккредитивы, чеки, по которым первичное обязательство несет какой-либо банк, и депозиты в наличных средствах, предоставляемые каким-либо подрядчиком или поставщиком для обеспечения обязательств по своему предложению;

g) "валюта" включает расчетную единицу;

g бис) "процедуры торгов "означают организационные процедуры, применяемые в соответствии со статьями 11-33, в целях заключения договора о закупках 8/;

h) "процедуры конкурентных переговоров" означают [переговоры на конкурентной основе между закупающей организацией и подрядчиками и поставщиками, регламентируемые статьей 34, в целях заключения договора о закупках] 9/;

i) "закупки из одного источника" означают закупки у какого-либо конкретного подрядчика или поставщика без применения процедур торгов или процедур конкурентных переговоров;

i бис) "подрядчик или поставщик" означает любую сторону или потенциальную сторону, в зависимости от контекста, договора о закупках с закупающей организацией 8/;

j) предложение "отвечает формальным требованиям", если оно соответствует требованиям, изложенным в документации по организации торгов, включая требования, касающиеся характеристик приобретаемых товаров, строительства [или услуг] и условия договора о закупках 10/.

Примечания

1. Определение понятия "закупка" добавлено в соответствии с предложением, содержащимся в пункте 27 документа A/CN.9/331. В нем учтены предложения и соображения, изложенные в пунктах 17, 18 и 23 документа A/CN.9/331. Если это добавление не будет принято, то статья 1(1) будет вновь сформулирована на основе текста первого проекта. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли перечислять различные способы приобретения или же целесообразно просто сослаться на приобретение любым способом, за исключением получения в дар.

2. См. A/CN.9/331, пункт 23.

3. См. A/CN.9/331, пункт 23. Формулировка "материальные предметы", содержавшаяся в первом проекте, заменена формулировкой "физические предметы".

4. См. A/CN.9/331, пункт 24.

5. Изменения, состоящие в добавлении слова "включает" и исключении формулировки, содержащейся в первом проекте, были внесены в этот подпункт по инициативе секретариата.

6. См. A/CN.9/331, пункт 23.

7. См. A/CN.9/331, пункт 25.

8. Добавлено по инициативе секретариата.

9. См. A/CN.9/331, пункт 26.

10. Определение "отвечающего формальным требованиям" предложения было перенесено из статьи 28(4)(a) первого проекта в соответствии с пунктом 156 документа A/CN.9/331. Ссылка на услуги заключена в квадратные скобки ввиду возможности включения некоторых видов услуг в новый подпункт (a) данной статьи.

* * *

Статья 3. Основные [цели] 1/

[[Целями] настоящего закона в соответствии с требованиями эффективного функционирования системы закупок (данного государства) являются]: 2/

a) обеспечение максимальной экономии в процессе закупок;

b) обеспечение и стимулирование участия в процедурах закупок компетентных подрядчиков и поставщиков, включая, в случае необходимости, [участие подрядчиков и поставщиков, регионы деятельности или основные учреждения которых расположены за пределами (данного государства)] 3/;

c) развитие конкуренции между подрядчиками и поставщиками в отношении поставок закупаемых товаров, строительства [или услуг] 4/;

d) обеспечение справедливого и равного отношения ко всем подрядчикам и поставщикам в связи с закупками, охватываемыми настоящим Законом;

e) содействие справедливости и беспристрастности процесса закупок и повышению доверия к нему общества;

f) обеспечение открытости процедур, связанных с закупками.

Примечания

1. В соответствии с предложением, содержащимся в пункте 30 документа A/CN.9/331, слово "policies"в английском варианте первого проекта заменяется словом "objectives". Пункт (2) данной статьи, содержавшийся в первом проекте, выделен в отдельную статью (статья 3 бис) с несколько иной формулировкой.

2. Ссылка на "эффективность", приводившаяся в подпункте (a) первого проекта, перенесена в вводную часть статьи в соответствии с предложением, содержащимся в пункте 31 документа A/CN.9/331. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, являются ли цели, определенные в подпунктах (a)-(f), вспомогательными по отношению к цели повышения эффективности, как это следует из существующей формулировки, или же цель повышения эффективности должна иметь такой же статус, как и другие цели, как это следует из первого проекта.

3. Формулировка, содержащаяся в первом проекте, была изменена, чтобы привести ее в соответствие с определением "процедур международных торгов" в статье 2(e).

4. См. примечание 8 к статье 2.

* * *

Статья 3 бис. Международные соглашения или другие международные обязательства (данного государства), касающиеся закупок

Если настоящий закон вступает в коллизию с обязательством (данного государства), вытекающим из любого договора или какого-либо другого соглашения, стороной которого оно является наряду с одним или более государствами, или любого соглашения с международным финансовым учреждением, которое (данное государство) уже заключило или заключит впоследствии, применяются требования, вытекающие из международного обязательства; во всех других отношениях закупки регулируются настоящим законом 1/.

Примечание

1. Существо данной статьи первоначально излагалось в пункте (2) статьи 3. Формулировка данного пункта была изменена в соответствии с пунктом 33 документа A/CN.9/331 и выделена в отдельную статью.

* * *

Статья 4. Положения о закупках

... (каждое государство, принимающее настоящий типовой закон, определяет орган или учреждение, уполномоченное принимать положения о закупках) уполномочено принимать положения о закупках для уточнения или дополнения настоящего закона.

Статья 5. Доступность для общественности закона о закупках, положений о закупках и других правовых текстов, касающихся закупок

Общественности в кратчайшие сроки обеспечивается доступ к настоящему закону и положениям о закупках, ко всем административным постановлениям и директивам общего характера, применимым к закупкам, охватываемым настоящим законом, а также ко всем поправкам к настоящему закону и этим положениям и административным постановлениям и директивам.

[Статья 6. Контроль и надзор за закупками 1/

1) Функция утверждения, упоминаемая в статьях 7(2), 7(3), 12(2), 28(3), 29(1) и 31(1), осуществляется ... (каждое государство, принимающее настоящий типовой закон, определяет орган или учреждение, уполномоченное осуществлять функцию утверждения).

2) (Каждое государство, принимающее настоящий типовой закон, определяет в этом пункте и, если это необходимо, в последующих пунктах любые дополнительные функции в связи с контролем и надзором за закупками и орган(ы) или учреждение(я) для осуществления этих функций.)]

Примечание

1. Данная статья заключена в квадратные скобки ввиду возможного несоответствия между решениями, принятыми Рабочей группой на ее одиннадцатой сессии в отношении функции утверждения. Функция утверждения первоначально рассматривалась в пунктах 36-38 документа A/CN.9/331. В пунктах 176 и 194 документа A/CN.9/331 Рабочая группа решила, что вопрос о функции утверждения должен рассматриваться в положениях о применении закона, а не в типовом законе. Такое решение, по-видимому, предполагает исключение статьи 6 и всех ссылок в типовом законе на необходимость утверждения какого-либо действия или решения закупающей организации. Тем не менее в связи со статьей 28(3) среди членов Рабочей группы преобладало мнение в пользу сохранения требования о том, что в соответствии с данным положением решение закупающей организации об отклонении предложения подлежит утверждению (A/CN.9/331, пункт 152). Рабочая группа, возможно, пожелает исправить это очевидное несоответствие.

* * *

Статья 7. Методы закупок и условия их применения

1) Если в настоящем Законе не предусмотрено иное, закупающая организация осуществляет закупки с помощью процедур торгов.

2) [При условии утверждения] 1/ закупающая организация может осуществлять закупки с помощью процедур конкурентных переговоров:

a) если [сметная стоимость] 2/ договора о закупках ниже суммы, установленной в положениях о закупках; или

b) если процедуры торгов были начаты, но [не было представлено предложений или] 3/ все предложения были отклонены закупающей организацией в соответствии со статьей 28(2) или (3) или статьей 29, [и если проведение новых процедур торгов вряд ли может привести к заключению договора о закупках] 4/.

3) [При условии утверждения] 1/ закупающая организация может осуществить закупку из одного источника, если:

a) [сметная стоимость] 2/ договора о закупках ниже суммы, установленной в положениях о закупках;

b) соответствующие товары или строительство [или услуги] могут быть обеспечены только каким-либо конкретным подрядчиком или поставщиком, [или какой-либо конкретный подрядчик или поставщик обладает исключительным правом на соответствующие товары, строительство [или услуги] и] не существует никакой разумной альтернативы или замены 5/;

c) существует срочная потребность в соответствующих товарах или строительстве [или услугах], что делает невозможным или неосмотрительным применение процедур торгов или процедур конкурентных переговоров, в зависимости от конкретного случая, с учетом того периода времени, который необходим для применения таких процедур;

d) по соображениям стандартизации или с учетом необходимости обеспечения совместимости с имеющимися [товарами,] оборудованием или технологией, [дополнительные закупки] должны быть осуществлены у [того] подрядчика или поставщика, [который поставлял имеющиеся товары, оборудование или технологию] 3/;

e) закупающая организация стремится заключить договор с данным подрядчиком или поставщиком в целях проведения научных исследований, экспериментов, обзоров или разработок, за исключением случаев, когда договор предусматривает производство товаров в количествах, обеспечивающих их коммерческую рентабельность, или возмещение расходов на исследования и разработки;

f) в целях [обеспечения] национальной безопасности [или по причинам национальной обороны] необходимо сохранять в тайне закупочные потребности закупающей организации 6/;

g) [осуществление закупок у какого-либо конкретного подрядчика или поставщика необходимо в целях содействия достижению национальных целей социально-экономического развития, определенных в положениях о закупках] 3/, 7/;

h) [осуществление закупок у какого-либо конкретного подрядчика или поставщика необходимо в целях использования конкретного источника по стратегическим соображениям или соображениям национальной обороны] 3/;

i) [масштабы или объем закупок товаров, строительства [или услуг], необходимых закупающей организации, превышают обычные возможности соответствующей отрасли промышленности, и какой-либо конкретный подрядчик или поставщик желает построить или получить специальные объекты или возможности для осуществления поставок товаров, строительства [или предоставления услуг]] 3/.

4) Закупающая организация не делит свои закупки на отдельные договоры для целей ссылки на пункт (2)(a) или (3)(a) 8/.

5) Закупающая организация, которая ссылается на положения пункта (2) или пункта (3), включает в отчет, предусмотренный в статье 34(4) или в статье 35, в зависимости от конкретного случая 9/, изложение обстоятельств, которыми она руководствовалась, и, за исключением предусмотренного в пункте (3)(f), приводит соответствующие факты.

Примечания

1. См. примечание 1 к статье 6.

2. См. A/CN.9/331, пункт 40.

3. См. A/CN.9/331, пункт 42.

4. См. A/CN.9/331, пункт 214. Подпункт (b)(ii), содержавшийся в первом проекте, исключается.

5. См. A/CN.9/331, пункт 42. Относительно ссылок на услуги в пункте (3)(b) и в других пунктах данной статьи см. примечание 8 к статье 2.

6. См. A/CN.9/331, пункт 44.

7. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, не открывает ли подпункт (g), даже при ограничении сферы его применения задачами содействия достижению конкретных целей социально-экономического развития, слишком широких возможностей для нарушения закупающей организацией целей типового закона.

8. Слова "товаров или услуг по строительству", которые фигурируют в первом проекте после слова "закупки", исключаются.

9. В соответствии с пунктом 207 документа A/CN.9/331 слово "отчет" заменяет слово "протоколы", содержащееся в первом проекте. Формулировка "в зависимости от конкретного случая" добавлена с целью разъяснения данного положения.

* * *

Статья 8. Квалификационные данные подрядчиков и поставщиков 1/

(новый пункт 1) Настоящая статья применяется для установления закупающей организацией соответствия квалификационных данных подрядчиков и поставщиков на любом этапе процедур торгов 2/.

1) С учетом права подрядчиков и поставщиков защищать свою интеллектуальную собственность или коммерческие тайны, закупающая организация может 3/:

a) потребовать от подрядчиков и поставщиков, участвующих в процедурах закупок, представить такие документальные доказательства или иную информацию, которую она может счесть полезной для удостоверения в том, что данные подрядчики и поставщики 4/:

i) правомочны [в соответствии с нормами законодательства государства-подрядчика или поставщика] заключать договор о закупках 5/, 6/;

ii) не являются неплатежеспособными, [их имущество не управляется по решению суда,] 5/, банкротами и не ликвидируются, их делами не распоряжается какой-либо суд или какое-либо судебное должностное лицо, их коммерческая деятельность не приостановлена и они не подвергаются судебному преследованию в связи с любыми из упомянутых выше фактов;

iii) выполнили свои обязательства по уплате налогов и взносов по социальному страхованию в (данном государстве);

[(iv) не были осуждены за какое-либо уголовное правонарушение в связи с их профессиональной деятельностью [или на основании предоставления ложных заявлений или ложных квалификационных данных с целью заключения договора о закупках] 7/, [и не несли гражданской ответственности за нанесение ущерба в результате исполнения или неисполнения договора о закупках,] в течение [5] лет, предшествующих началу процедур закупок] 8/;

v) [исключен] 9/

vi) обладают достаточной технической компетенцией, финансовыми ресурсами, оборудованием и другими материальными возможностями [управленческой компетенцией, надежностью, опытом и репутацией] и достаточным персоналом для исполнения договора о закупках 10/;

b) изучить любым другим надлежащим способом [,в том числе путем проверки бухгалтерской документации подрядчика или поставщика,] квалификационные данные подрядчика или поставщика в соответствии с критериями, изложенными в подпункте (a) 11/.

2) Любое требование, установленное в соответствии с пунктом (1)(a), и любой критерий, установленный закупающей организацией для оценки квалификационных данных подрядчиков и поставщиков в соответствии с пунктом (1)(a)(vi), излагаются в документах для предварительного отбора, если таковые существуют, и документации по организации торгов и применяются в равной степени ко всем подрядчикам и поставщикам. Закупающая организация не устанавливает никаких других требований или квалификационных критериев, помимо критериев, предусмотренных в пункте (1)(a) 12/.

2 бис) Закупающая организация оценивает квалификационные данные подрядчиков и поставщиков в соответствии с квалификационными критериями, требованиями и процедурами, изложенными в документах для предварительного отбора и документации по организации торгов 13/.

2 тер) [В случае процедур международных торгов закупающая организация не устанавливает никаких критериев, требований или процедур в отношении квалификационных данных подрядчиков и поставщиков [, которые ставят в невыгодное положение иностранных подрядчиков и поставщиков или их категории] 14/.

3) [При условии эффективного функционирования системы закупок] подрядчик или поставщик не лишается возможности участвовать в процедурах закупок по той причине, что он не доказал свое соответствие квалификационным требованиям в соответствии с пунктом 1, если данный подрядчик или поставщик принимает меры для доказательства своего соответствия в ходе процедур закупок или если можно ожидать, что данный подрядчик или поставщик в состоянии это сделать 15/.

Примечания

1. В соответствии с пунктом 45 документа A/CN.9/331 существо статьи 9 первого проекта отражено в настоящей статье; настоящая статья касается лишь "квалификационных данных" подрядчиков и поставщиков и не их затрагивает вопросов их "соответствия формальным требованиям".

2. См. A/CN.9/331, пункт 70. Предполагается, что формулировка "на любом этапе процедуры торгов" охватывает процедуры окончательного отбора, предусмотренные в статье 28 (8 бис). Хотя Рабочая группа приняла решение сделать четкую ссылку на процедуры окончательного отбора, на рассмотрение Рабочей группы представлена в данном пункте более общая формулировка. В ней поясняется, что критериями, требованиями и процедурами, предусмотренными в статье 8, следует руководствоваться не только при процедурах окончательного отбора, но также и при оценке квалификационных данных подрядчиков и поставщиков на любом этапе процедур торгов (см. A/CN.9/331, пункт 78).

3. См. A/CN.9/331, пункт 46; формулировка пункта 1 изменена.

4. В соответствии с предложением, содержащимся в пункте 47 документа A/CN.9/331, исключена ссылка на "письменные заявления".

5. См. A/CN.9/331, пункт 48.

6. Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание, что во многих правовых системах законы, определяющие способность той или иной стороны заключать договор, отнюдь не обязательно являются законами государства данной стороны.

7. См. A/CN.9/331, пункт 53.

8. В соответствии с пунктом 49 документа A/CN.9/331 весь подподпункт помещен в квадратные скобки из-за расхождения мнений относительно целесообразности его сохранения. Если Рабочая группа не примет решение о его сохранении, то он будет исключен. Добавлена ссылка на гражданскую ответственность, однако она помещена в квадратные скобки до принятия Рабочей группой решения о том, следует ли ее включать. Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание, что на основании этого положения подрядчик или поставщик будет дисквалифицироваться на [5] лет, даже если он действовал в целом добросовестно в связи с предыдущим договором, а несоответствующее исполнение или неисполнение этого договора было относительно незначительным. Если будет сочтено целесообразным сохранить это основание для исключения, то его охват будет, вероятно, необходимо значительно ограничить.

9. См. A/CN.9/331, пункт 50.

10. Вышеупомянутое положение перенесено в настоящую статью из статьи 9 первого проекта в соответствии с пунктом 45 документа A/CN.9/331. В соответствии с предложениями, содержащимися в пункте 53 документа A/CN.9/331, добавлены ссылки на управленческую компетентность, надежность, опыт и репутацию.

11. В соответствии с пунктом 45 документа A/CN.9/331 формулировка "соответствие формальным требованиям", содержавшаяся в этом подпункте и в других частях данной статьи в первом проекте, заменена формулировкой "квалификационные данные". Ссылка на проверку бухгалтерской документации подрядчика или поставщика добавлена в соответствии с предложением, содержащимся в пункте 51 документа A/CN.9/331.

12. Выделенная формулировка первого предложения пункта (2) является результатом пересмотра первоначальной формулировки этого пункта вследствие объединения статьи 15 с настоящей статьей (см. пункт 66 документа A/CN.9/331).

13. Существо данного положения первоначально излагалось в пункте (1) статьи 15, которая была объединена с настоящей статьей в соответствии с пунктом 66 документа A/CN.9/331. В первом предложении в соответствии с пунктом 67 документа A/CN.9/331 слово "assess" заменено словом "evaluate"; добавлено слово "требования"; а в соответствии с пунктом 28 документа A/CN.9/331 ссылка на документацию "по организации торгов" заменяет ссылку на "закупочную" документацию.

14. Существо данного пункта первоначально излагалось в пункте (3) статьи 15, которая была объединена с настоящей статьей в соответствии с пунктом 66 документа A/CN.9/331. В соответствии с пунктами 67 и 69 документа A/CN.9/331 первоначальная формулировка пункта (3) статьи 15 заменена ссылкой на невыгодное положение иностранных подрядчиков и поставщиков, либо их категорий.

15. Квадратные скобки, в которые был заключен этот пункт в первом проекте, исключены в соответствии с решением Рабочей группы сохранить положение, отражающее существо данного пункта (A/CN.9/331, пункт 52). В соответствии с предложением, содержащимся в пункте 52 документа A/CN.9/331, добавлена вводная формулировка. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, не открывает ли эта формулировка слишком широких возможностей для произвольного исключения подрядчика или поставщика из участия в процедурах закупок. Вторая выделенная формулировка представляет собой пересмотренный вариант формулировки в первоначальной редакции данного пункта.

* * *

Статья 9. [Объединена со статьей 8] 1/.

Примечание

1. См. A/CN.9/331, пункт 45.

* * *

[Статья 10. Правила, касающиеся документальных доказательств представляемых подрядчиками и поставщиками 1/

1) Настоящая статья применяется к документальным доказательствам, представляемым подрядчиками и поставщиками в подтверждение своих квалификационных данных для участия в процедурах закупок, когда закупающая организация требует легализации документальных доказательств 2/.

2) Документальное доказательство помимо того, которое представляется каким-либо правительственным, судебным или административным учреждением, подписывается и подтверждается или удостоверяется другими способами автором этого документа в нотариальном или другом компетентном учреждении в соответствии с законом места, где это учреждение находится, чтобы подтвердить подлинность этого документа и его подписание и удостоверение, и это подтверждение нотариального или другого компетентного учреждения включается в документ или прилагается к нему. Подтверждение каким-либо иностранным нотариальным или другим компетентным учреждением приемлемо, если оно легализовано в соответствии с применяемым в (данном государстве) законом, который касается легализации иностранных официальных документов.

3) a) Документальное доказательство, представляемое каким-либо правительственным, судебным или административным учреждением за пределами (данного государства), приемлемо, если оно легализовано в соответствии с применимым в (данном государстве) законом, который касается легализации иностранных официальных документов.

b) Документальное доказательство, представляемое каким-либо государственным, судебным или административным учреждением в (данном государстве) соответствует применимому в (данном государстве) закону, который касается подписания, удостоверения и легализации таких документов.]

Примечания

1. Данная статья заключена в квадратные скобки в соответствии с пунктом 56 документа A/CN.9/331, в котором ставится под сомнение целесообразность сохранения данной статьи. Если Рабочая группа не примет решения о сохранении данной статьи, то она будет исключена. В соответствии с предложением, содержащимся в пункте 47 документа A/CN.9/331, в названии и тексте статьи исключены ссылки на "письменные заявления".

2. В соответствии с пунктом 45 документа A/CN.9/331 исключены слова "своего соответствия формальным требованиям и", которые приводились в первом проекте перед словами "своих квалификационных данных". Заключительная формулировка пункта добавлена в соответствии с пунктом 56 документа A/CN.9/331.

* * *

ГЛАВА II. ПРОЦЕДУРЫ ТОРГОВ

РАЗДЕЛ I. ПРОЦЕДУРЫ МЕЖДУНАРОДНЫХ ТОРГОВ

Статья 11. Процедуры международных торгов

Закупающая организация, которой в соответствии со статьей 7 необходимо начать процедуры торгов, может принять решение об использовании процедур международных торгов с учетом целей обеспечения экономичности и эффективности данной закупки 1/.

Примечание

1. Пункт (2), содержавшийся в первом проекте данной статьи, и ссылка на пункт (2), содержавшаяся в пункте (1), опущены в соответствии с пунктом 58 документа A/CN.9/331, в котором отражено решение Рабочей группы о том, что процедуры международных торгов не должны быть обязательными. Упоминавшиеся в пункте 58 документа A/CN.9/331 примеры, касающиеся случаев, когда процедуры международных торгов являются желательными, не включены, поскольку такие примеры, по-видимому, целесообразней привести в комментарии, а не в самой статье.

* * *

РАЗДЕЛ II. ЗАПРАШИВАНИЕ ПРЕДЛОЖЕНИЙ И ЗАЯВОК НА ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫЙ ОТБОР

Статья 12. Запрашивание предложений и заявок на предварительный отбор

1) Закупающая организация запрашивает предложения и, где это возможно, заявки на предварительный отбор от всех заинтересованных подрядчиков и поставщиков, обеспечивая публикацию уведомления о предполагаемых закупках, в... (каждое государство, вводящее в действие настоящий типовой закон, определяет официальную газету или другое официальное издание, в котором должно публиковаться уведомление о предполагаемых закупках). В случае процедур международных торгов такое уведомление о предполагаемых закупках публикуется также на языке, который обычно используется в международной торговле, в какой-либо газете или соответствующем коммерческом издании, или техническом журнале, имеющем широкое международное распространение. [Изложенные выше положения не исключают возможности использования дополнительных средств доведения такого уведомления о предполагаемых закупках до сведения подрядчиков и поставщиков.] 1/

2) a) [Несмотря на положения пункта (1),] 2/

[[альтернатива 1] если ограниченное участие в процедурах торгов в большей степени содействует экономии и эффективности,]

[[альтернатива 2] если затраты времени и средств, связанные с запрашиванием, рассмотрением, оценкой и сопоставлением предложений всех заинтересованных подрядчиков и поставщиков несопоставимы со сметной стоимостью договора о закупках, если закупаемые товары или строительство предлагаются только небольшим числом подрядчиков и поставщиков, известных закупающей организации, и запрашивание предложений только от этих подрядчиков и поставщиков будет в большей степени способствовать экономичности и эффективности закупок, или если запрашивание предложений от всех заинтересованных подрядчиков и поставщиков могло бы препятствовать обеспечению действенной конкуренции из-за незаинтересованности подрядчиков и поставщиков, соответствующих квалификационным требованиям, представлять заявки,] 3/.

закупающая организация может [, при условии утверждения,] 4/ запрашивать предложения путем направления 5/ уведомления о предполагаемых закупках только конкретным подрядчикам и поставщикам, отобранным этой организацией. Закупающая организация отбирает достаточное число подрядчиков и поставщиков для обеспечения действенной конкуренции, соответствующей эффективному проведения процедур торгов.

[b) Уведомление о предполагаемых закупках может направляться подрядчикам и поставщикам в письменном виде или любым другим способом, который обеспечивает регистрацию содержания уведомления. Однако, если возникает срочная потребность в закупаемых товарах, строительстве [или услугах] 6/ или если сметная стоимость договора о поставках ниже суммы, установленной в положениях о закупках, предложения могут запрашиваться у отобранных

подрядчиков и поставщиков путем их информирования о содержании уведомления о предполагаемых закупках по телефону и направляться им сразу же после этого уведомления о предполагаемых закупках в письменном виде или любым другим способом, который обеспечивает регистрацию содержания уведомления.] 7/.

Примечания

1. Второе предложение изменено, с тем чтобы было ясно, что требование о языке применяется только в отношении процедур международных торгов. Последнее предложение добавлено в соответствии с пожеланиями, изложенными в пункте 60 документа A/CN.9/331. Эта формулировка, как предполагается, будет охватывать любые способы доведения уведомления о предполагаемых закупках до сведения подрядчиков и поставщиков, включая передачу сообщений электронными средствами или по телефону.

2. См. документ A/CN.9/331, пункт 61. Структура пункта (2) изменена: он разделен на два подпункта в результате добавления положения, изложенного в пункте (2)(b).

3. В соответствии с предложением, содержащимся в пункте 61 документа A/CN.9/331, представлены два альтернативных варианта пункта (2)(a). Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть возможность сохранения альтернативы 1 в расчете на то, что более подробное правило, подобное содержащемуся в альтернативе 2, может быть включено в положения о закупках.

4. См. примечание 1 к статье 6.

5. Слово "направления" заменяет слово "рассылки", которое использовалось в первом проекте, с тем чтобы не создавалось впечатление, что уведомление должно направляться в форме письменного документа.

6. См. примечание 8 к статье 2.

7. См. A/CN.9/331, пункты 60 и 117.

* * *

Статья 13. [Исключена] 1/

Примечание

1. См. A/CN.9/331, пункт 62.

* * *

Статья 14. Содержание уведомления о предполагаемой закупке

1) Уведомление о предполагаемой закупке содержит по меньшей мере 1/ следующую информацию:

a) наименование и адрес закупающей организации;

b) характер и количество товаров [или услуг] 2/, подлежащих поставке, или характер и место предполагаемого строительства;

c) желаемые или требуемые сроки поставки товаров [или услуг] 2/, или завершения строительства;

d) критерии, подлежащие использованию для оценки квалификационных данных подрядчиков и поставщиков, в соответствии со статьей 8(1)(a) 3/;

e) способы получения документации по организации торгов и место, где она может быть получена 4/;

f) цена, при наличии таковой, взимаемая закупающей организацией за документацию по организации торгов, и, в случае процедур международных торгов, валюта и способы платежа за эту документацию;

g) в случае процедур международных торгов, язык или языки, на которых составляется документация по организации торгов;

h) место и конечный срок представления предложений;

i) если требуется обеспечение предложения, характер и сумма такого обеспечения 5/;

j) право в соответствии со статьей 36 настоящего закона требовать пересмотра противоправного действия или решения закупающей организации или применяемых ею процедур в отношении процедур закупки 5/.

2) Если должны проводиться процедуры предварительного отбора, то это указывается в уведомлении о предполагаемых закупках. В этом случае уведомление о предполагаемых закупках не обязательно содержит информацию, упомянутую в пункте (1)(e) или (g), а содержит следующую дополнительную информацию:

a) способы получения документов для предварительного отбора и место, где они могут быть получены;

b) цена, при наличии таковой, взимаемая закупающей организацией за документы для предварительного отбора, и, в случае процедур международных торгов, валюта и условия платежа за эти документы;

c) в случае процедур международных торгов язык или языки, на которых составляются документы для предварительного отбора; и

d) место и конечный срок представления заявок для предварительного отбора.

Примечания

1. См. A/CN.9/331, пункт 64.

2. См. примечание 8 к статье 2.

3. См. в A/CN.9/331, пункт 45.

4. В соответствии с предложением, содержащимся в пункте 28 документа A/CN.9/331, ссылки на "закупочную документацию" в этом подпункте и в других частях статьи заменены на "документацию по организации торгов".

5. В соответствии с пунктом 64 документа A/CN.9/331 добавлены подпункты (i) и (j). Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о необходимости требовать включения в уведомление о предполагаемых закупках информации, о которой говорится в этих подпунктах, в частности, информации, касающейся права на пересмотр, особенно если такая информация должна содержаться в документах по организации торгов (см. примечание 18 к статье 18). Проект статьи 36 и проекты других положений, касающиеся права пересмотра, содержатся в документе A/CN.9/WG.V/WP.27.

* * *

Статья 15. [Объединена со статьей 8] 1/

Примечание

1. В соответствии с предложением, содержащимся в пункте 66 документа A/CN.9/331, существо данной статьи отражено в статье 8 следующим образом: пункты (1) и (3) статьи 15 с незначительными изменениями стали, соответственно, пунктами (3) и (4) статьи 8; пункт (2) статьи 15 исключен. Название раздела, предшествовавшее статье 15 ("Раздел III. Квалификационные данные подрядчиков и поставщиков"), изменено и приводится непосредственно перед статьей 16.

* * *

РАЗДЕЛ III. ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫЙ ОТБОР ПОДРЯДЧИКОВ И ПОСТАВЩИКОВ 1/

Примечание

1. Название раздела изменено и помещено в другое место в результате объединения статьи 15 со статьей 8.

* * *

Статья 16. Процедуры предварительного отбора

1) Закупающая организация может осуществлять процедуры предварительного квалификационного отбора для выявления, до представления предложений, подрядчиков и поставщиков, которые соответствуют квалификационным требованиям. [Однако процедуры предварительного отбора не осуществляются, когда участие в процедурах торгов ограничивается в соответствии со статьей 12(2).] [К процедурам предварительного отбора применяются положения статьи 8.] 1/

2) Если закупающая организация начинает процедуры предварительного отбора, то она предоставляет каждому подрядчику и поставщику комплект документов для предварительного отбора, в которых излагаются соответствующие требования к ним в соответствии с процедурами, указанными в уведомлении о предполагаемой закупке, и предлагается оплатить цену, при наличии таковой, взимаемую за эти документы.

3) Документы для предварительного отбора содержат всю информацию, необходимую для того, чтобы подрядчики и поставщики могли подготовить и представить заявки на предварительный отбор, включая, но не ограничиваясь ею, информацию, необходимую для внесения в уведомление о предполагаемых закупках в соответствии с положениями статьи 14(1), за исключением подпункта (e) этой статьи, а также следующую информацию:

a) инструкции по подготовке и представлению заявок на предварительный отбор;

[b) любую дополнительную информацию относительно товаров [или услуг], которые должны быть поставлены, или строительства, которое должно быть осуществлено, которая может быть полезной для подрядчиков или поставщиков при подготовке ими своих заявок на предварительный отбор;] 2/

c) краткое изложение основных требуемых условий договора о закупках, который должен быть заключен в результате процедур торгов;

d) любые документальные доказательства или иную информацию, которая должна быть представлена подрядчиками и поставщиками в подтверждение своих квалификационных данных 3/;

e) критерии и процедуры, которые должны быть использованы для оценки квалификационных данных подрядчиков и поставщиков 4/;

f) способ и место представления заявок на предварительный отбор и предельный срок их подачи с указанием конкретной даты и времени, обеспечивающий подрядчикам и поставщикам достаточное время для подготовки и представления своих заявок с уделением особого внимания, в случае процедур международных торгов, времени, разумно необходимому иностранным подрядчикам и поставщикам, и при учете разумных потребностей закупающей организации 5/;

g) любые другие требования, установленные закупающей организацией в соответствии с настоящим законом и положениями о закупках, касающиеся подготовки и подачи заявок на предварительный отбор и процедур предварительного отбора;

h) [исключен] 6/

3 бис) Закупающая организация в кратчайшие сроки отвечает на любой запрос подрядчика или поставщика предоставить разъяснения в связи с документами для предварительного отбора, полученный закупающей организацией до истечения предельного срока для представления заявок на

предварительный отбор. Ответ закупающей организации, в котором не указывается источник запроса, сообщается всем подрядчикам и поставщикам, которым закупающая организация представляет документы для предварительного отбора 7/.

4) Закупающая организация в кратчайшие сроки уведомляет всех подрядчиков и поставщиков, представивших заявки на предварительный отбор, о результатах прохождения ими предварительного отбора и [, после акцепта предложения] 8/ доводит до сведения широкой общественности наименования всех подрядчиков и поставщиков, которые прошли предварительный отбор. [Только] 9/ подрядчики и поставщики, прошедшие предварительный отбор, имеют право представлять предложения.

5) Закупающая организация по запросу сообщает подрядчикам и поставщикам, которые не прошли предварительный отбор, соответствующие причины, однако закупающая организация обосновывать эти причины не обязана.

6) Закупающей организации, которая проводит процедуры предварительного отбора, не запрещается переоценивать на более позднем этапе процедур торгов квалификационные данные подрядчиков и поставщиков, которые прошли предварительный отбор 10/.

Примечания

1. Согласно предложению, изложенному в пункте 45 документа A/CN.9/331, слова "соответствуют формальным требованиям и", использованные в первом проекте, были исключены. Вводная формулировка этого пункта в том виде, в котором она содержится в первом проекте, была изменена в соответствии с предложением, изложенным в пункте 73 документа A/CN.9/331, и перемещена во второе предложение. Слова "отвечают квалификационным требованиям" в конце первого предложения и все третье предложение заменяют слова "обладают квалификационными данными для исполнения договора о закупках", которые содержались в первом проекте, с тем чтобы разъяснить намерение, заключающееся в том, что процедуры предварительного отбора должны быть направлены на оценку квалификационных данных подрядчиков и поставщиков в соответствии с критериями, требованиями и процедурами, предусмотренными в статье 8.

2. Подпункт заключен в квадратные скобки согласно предложению, изложенному в пункте 74 документа A/CN.9/331, об исключении этого подпункта. В отношении ссылки на услуги см. примечание 8 к статье 2.

3. Согласно предложению, изложенному в пункте 45 документа A/CN.9/331, слова "формальным и", содержащиеся в первом проекте, были исключены. Ссылка на "письменные заявления", содержавшаяся в первом проекте, была исключена согласно предложению в пункте 47 документа A/CN.9/331.

4. Слово "assessing", использованное в английском варианте первого проекта, заменено словом "evaluating" согласно мнению, высказанному в пункте 67 документа A/CN.9/331.

5. Выделенные слова были добавлены для того, чтобы добиться соответствия с изменениями, внесенными в статью 24(1) согласно пункту 120 документа A/CN.9/331.

6. Согласно пункту 76 документа A/CN.9/331 формулировка этого подпункта была изменена и он был перенесен в пункт (3 бис).

7. Этот пункт был добавлен согласно пункту 76 документа A/CN.9/331. Его структура соответствует структуре статьи 22(1). Данный пункт охватывает запросы о разъяснении содержащейся в документах для предварительного отбора информации относительно методов и процедур предварительного отбора.

8. См. пункт 77 документа A/CN.9/331.

9. Согласно предложению в пункте 72 документа A/CN.9/331 слово "все", которое содержится в первом проекте, заменено словом "только".

10. Согласно предложению в пункте 45 документа A/CN.9/331, слова "eligibility and", которые содержатся в первом проекте на английском языке, исключены. Слово "пересматривать", которое содержится в первом проекте, заменено на слово "переоценивать" согласно мнению, высказанному в пункте 67 документа A/CN.9/331.

* * *

РАЗДЕЛ IV. ДОКУМЕНТАЦИЯ ПО ОРГАНИЗАЦИИ ТОРГОВ 1/

Примечание

1. Согласно пункту 28 документа A/CN.9/331 ссылки на "закупочную документацию" в названии настоящего раздела и во всем тексте были заменены словами "документация по организации торгов".

* * *

Статья 17. Предоставление документации по организации торгов подрядчикам и поставщикам

Закупающая организация предоставляет комплект документации по организации торгов подрядчикам и поставщикам в соответствии с процедурами и требованиями, изложенными в уведомлении о предполагаемых закупках. В случае проведения предварительного отбора закупающая организация предоставляет комплект документации по организации торгов каждому подрядчику и поставщику, который прошел предварительный отбор и который оплачивает цену, при наличии таковой, взимаемую за эту документацию.

Статья 18. Содержание документации по организации торгов

Документация по организации торгов содержит [всю] 1/ информацию, необходимую для того, чтобы подрядчики и поставщики могли подготовить и представить отвечающие формальным требованиям предложения [и информацию относительно процедур вскрытия, рассмотрения, сопоставления и оценки предложений,] 2/, включая, но не ограничиваясь ею, следующую информацию:

a) инструкции по составлению предложений;

b) критерии и процедуры [, соответствующие положениям статьи 8,], касающиеся оценки квалификационных данных подрядчиков и поставщиков или касающиеся дополнительного подтверждения квалификационных данных [в соответствии со статьей 28(8 бис)] 3/;

c) [данный подпункт объединен с подпунктом (b), выше]

d) любые документальные свидетельства или другую информацию, которая должна быть представлена подрядчиками и поставщиками в подтверждение своих квалификационных данных [, и любое установленное согласно статье 10 требование, о том, что документальные свидетельства должны быть легализованы] 4/;

e) характер и необходимые технические и качественные характеристики приобретаемых товаров, строительства, [или услуг] 5/ [в соответствии со статьей 20,] 6/, включая, но не ограничиваясь ими, соответствующие технические спецификации, планы, чертежи и эскизы; количество товара; место, где данное строительство должно быть осуществлено; и желаемые или требуемые сроки, если таковые имеются, поставки товаров, осуществления строительства [или предоставления услуг] 7/;

f) требуемые условия договора о закупках, который должен быть заключен в результате процедур торгов [, включая, но не ограничиваясь ими, любые требуемые условия, касающиеся метода установления цен для использования в договоре; степени, в которой, если это уместно, налоги, таможенные пошлины и аналогичные сборы и налоги должны включаться в цену по договору; распределение между сторонами риска повышения расходов по исполнению договора в результате изменений в законах, регулирующих налогообложение, установление таможенных пошлин и аналогичных сборов, и в результате изменений в других законах, затрагивающих исполнение договора; применимый к договору закон; и средства урегулирования споров по договору] 8/;

g) если запрашиваются альтернативные характеристики товаров, строительства [или услуг], условия договора или другие требования, изложенные в документации по организации торгов 9/, то соответствующее заявление;

h) если подрядчикам и поставщикам разрешено представить предложения только на часть закупаемых товаров, строительства [или услуг], то обозначение этой части или частей, в отношении которых может быть представлено предложение;

i) способ и, в случае процедур международных торгов, валюту или валюты, в которых должна быть рассчитана и выражена цена предложения;

j) [исключен] 10/

k) в случае процедур международных торгов язык или языки, на которых должны составляться предложения [в соответствии со статьей 23] 6/

l) любые требования, предъявляемые закупающей организацией в отношении характера, суммы и других основных условий любого обеспечения предложения со стороны подрядчиков и поставщиков, представляющих предложения, и любого обеспечения исполнения договора о закупках со стороны подрядчика или поставщика, который заключает этот договор о закупках, а также любые требования в отношении вида или видов учреждений или организаций, обеспечение которых будет приемлемым, или любой выбор, предлагаемый закупающей организацией в отношении характера, суммы и других условий обеспечения предложения или в отношении вида учреждений или организаций 11/ [в соответствии со статьей 26] 6/;

m) способ, место и предельный срок представления предложений [в соответствии со статьей 24] 6/;

n) изложенные в статье 22 12/ методы, с помощью которых подрядчики и поставщики могут запрашивать разъяснения в отношении документации по организации торгов и места и времени проведения любого совещания подрядчиков и поставщиков [которое может быть созвано] 13/, закупающей организацией;

n бис) если закупающая организация резервирует за собой право изменить документацию по организации торгов согласно статье 22, то соответствующее заявление 14/;

o) срок, в течение которого предложения будут иметь силу [в соответствии со статьей 25] 6/

p) место, дата и время вскрытия предложений [в соответствии со статьей 27]; процедуры вскрытия и рассмотрения предложений и процедуры и критерии оценки и сопоставления предложений и определения наиболее экономичного предложения [, как это определено в статье 28(7)(c)], включая, но не ограничиваясь ими, такие факторы, как метод определения количества этих критериев или их применение иным способом, относительный уровень или другой показатель степени важности каждого критерия, способ сочетания этих критериев и сопоставления предложений для определения наиболее экономичного предложения, и любая преференциальная поправка, которая будет применяться, ее объем и способ применения 15/;

q) в случае процедур международных торгов валюта, которая будет использована для оценки и сопоставления предложений [согласно статье 28(8)] 6/, и обменный курс, который будет использован для перевода суммы предложений в эту валюту, либо заявление о том, что будет использован преобладающий на определенную конкретную дату обменный курс определенного конкретного финансового учреждения;

r) любые другие требования, установленные закупающей организацией в соответствии с настоящим законом и положениями о закупках, касающимися составления и представления предложений и процедур торгов;

s) [ссылка на:

i) настоящий закон, положения о закупках и все другие законы и положения (данного государства), имеющие непосредственное отношение к процедурам торгов; и

ii) основные законы и положения о налогах, социальном обеспечении, безопасности, охране окружающей среды, в области здравоохранения и труда (данного государства), имеющие отношение к исполнению данного договора о закупках, при условии, однако, что отсутствие любой такой ссылки не создает само по себе основания для пересмотра согласно статье 36 или для возникновения ответственности со стороны закупающей организации] 16/;

t) имя (имена) и адрес(а) одного или более должностных лиц или служащих закупающей организации, которые уполномочены непосредственно поддерживать связь с подрядчиками и поставщиками и получать от них сообщения в связи с процедурами торгов без вмешательства посредника 17/;

u) любое обязательство по встречной торговле, принимаемое подрядчиком или поставщиком 18/;

[v) действия и решения закупающей организаций, подлежащие утверждению, и орган или органы, которые должны осуществлять такое утверждение;] 19/

w) право в соответствии со статьей 36 настоящего закона добиваться пересмотра противоправного действия или решения закупающей организации, или используемой ею процедуры в отношении процедур о закупках 18/;

[x) если закупающая организация резервирует за собой право отклонять все предложения в соответствии со статьей 29, то заявление об этом;] 20/;

y) любые формальности, которые потребуются для того, чтобы акцептованное предложение вступило в силу, включая, когда это применимо, подписание письменного договора о поставках в соответствии со статьей 32 21/.

Примечания

1. Слово "всю" помещено в квадратные скобки в соответствии с предложением исключить это слово, изложенным в пункте 82 документа A/CN.9/331.

2. См. A/CN.9/331, пункт 83.

3. Формулировка данного подпункта изменена и в него включен подпункт (c) первого проекта; добавлены ссылки на статью 8 и статью 28(8 бис) в соответствии с пунктом 81 документа A/CN.9/331.

4. В соответствии с предложением, изложенным в пункте 45 доку- мента A/CN.9/331, исключены слова "критериям формальных требований и", содержавшиеся в первом проекте. Ссылка на "письменные заявления", содержавшаяся в тексте первого проекта, исключена в соответствии с предложением, изложенным в пункте 47 документа A/CN.9/331. Добавлена ссылка на требования о легализации документальных доказательств с учетом внесенных в статью 10 изменений, в соответствии с которыми эта статья будет применяться только в том случае, если закупающая организация выдвигает требование о легализации, и в соответствии с пунктом 81 документа A/CN.9/331. Эту ссылку следует исключить, если статья 10 не будет сохранена.

5. Относительно ссылок на услуги в этом подпункте и в других местах текста данной статьи см. примечание 8 к статье 2.

6. Данная ссылка добавлена в соответствии с пунктом 81 документа A/CN.9/331.

7. Указанная формулировка в конце подпункта меняет текст, который был использован в первом проекте, в целях обеспечения соответствия с аналогичной формулировкой в статье 28(7)(d).

8. См. A/CN.9/331, пункты 86 и 88. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, нужна ли эта дополнительная формулировка или будет достаточно ссылки на требуемые условия договора в начале подпункта.

9. См. примечание 1 к названию Раздела IV. По инициативе секретариата в данный пункт внесены незначительные изменения.

10. См. A/CN.9/331, пункт 89.

11. См. A/CN.9/331, пункт 128. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, предусматривается ли положение, содержащееся в добавленной формулировке, в данном подпункте без этой формулировки и, следовательно, является ли добавленная формулировка необходимой.

12. Ссылка на статью 22 делается для исправления типографической ошибки.

13. См. A/CN.9/331, пункт 91.

14. См. A/CN.9/331, пункт 115, и примечание 3 к статье 22.

15. В соответствии с пунктами 92 и 166 документа A/CN.9/331 термин "наиболее экономичное предложение" заменяет термин "наиболее выгодное предложение", который использовался в первом

проекте. Добавлены ссылки на статьи 27 и 28(7)(c) в соответствии с пунктом 81 документа A/CN.9/331. Изменена формулировка текста первого проекта, в которую для большей четкости добавлены слова "и рассмотрения предложений и процедуры и критерии".

16. Данный подпункт представляет собой переработанный, в соответствии с пунктом 97 документа A/CN.9/331, подпункт текста первого проекта. В нем объединены оба предложения, изложенные в пункте 96 документа A/CN.9/331, и предусматривается необходимость ссылаться только на "основные" законы и положения, имеющие отношение к исполнению договора, вместо того, чтобы приводить их исчерпывающий перечень, и исключается возможность выдвижения подрядчиком или поставщиком требований в отношении пересмотра или компенсации в связи с отсутствием ссылок на такой закон или положение. Рабочая группа, возможно, пожелает использовать подход, согласованный в отношении статьи 16(3)(h), первоначальный вариант которой предусматривал необходимость включения в документы для предварительного отбора ссылок на законы и положения, имеющие непосредственное отношение к процедурам предварительного отбора. В данном случае Рабочая группа решила исключить это требование и вместо этого обязать закупающую организацию быть готовой представить по требованию подрядчиков или поставщиков разъяснения в связи с практикой и процедурами закупки (см. A/CN.9/331, пункт 76, и новую формулировку данного положения в статье 16(3 бис) настоящего проекта). Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть возможность применения аналогичного подхода в отношении данного подпункта.

17. См. A/CN.9/331, пункт 98.

18. См. A/CN.9/331, пункт 99. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, предусматривается ли положение, содержащееся в подпункте (u), в подпункте (f) и является ли полезным или целесообразным положение подпункта (w).

19. См. A/CN.9/331, пункты 99 и 176. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, является ли данное требование полезным или целесообразным. Относительно требования о подтверждении см. примечание 1 к статье 6.

20. См. A/CN.9/331, пункт 177.

21. См. A/CN.9/331, пункт 201.

* * *

Статья 19. Плата за документацию по организации торгов

Закупающая организация может взимать с подрядчиков и поставщиков определенную сумму за предоставляемую им документацию по организации торгов 1/. Эта сумма включает только стоимость печатания документации по организации торгов и рассылки ее подрядчикам и поставщикам.

Примечание

1. См. примечание 1 к названию Раздела IV.

* * *

Статья 20. [Правила, касающиеся описания товаров или строительства в документах для предварительного отбора и документации по организации торгов; язык документов для предварительного отбора и документации об организации торгов] 1/

1) Спецификации, планы, чертежи и эскизы, содержащие технические или качественные характеристики приобретаемых товаров, строительства, [или услуг] 2/, и требования в отношении испытаний и методов испытаний, упаковки, маркировки или этикетирования или удостоверения соответствия, а также условные знаки и терминология не включаются или не используются в документах для предварительного отбора или в документации по организации торгов 3/ во избежание создания [излишних] 4/ препятствий для участия подрядчиков или поставщиков в процедурах торгов, включая, в случае процедур международных торгов, иностранных подрядчиков и поставщиков; не включаются или не используются также такие спецификации, планы, чертежи, эскизы, требования, условные обозначения или терминология, которые создают излишние препятствия для такого участия.

2) Спецификации, планы, чертежи, эскизы и требования в максимально возможной степени основываются на соответствующих объективных технических и качественных характеристиках приобретаемых товаров, строительства, [или услуг]. Не должно быть никакого требования или ссылки в отношении конкретной торговой марки, наименования, патента, эскиза, модели, конкретного источника происхождения или производителя, за исключением случаев, когда нет другого достаточно точного или четкого средства описания характеристик приобретаемых товаров или строительства, которое должно быть осуществлено, и если не предусмотрено включение таких слов, как "или эквивалент".

3) a) Стандартные показатели, требования, условные обозначения и терминология, касающиеся технических и качественных характеристик приобретаемых товаров, строительства [или услуг], используются, где есть такая возможность, для составления спецификаций, планов, чертежей и эскизов, которые должны включаться в документы для предварительного отбора и в документацию по организации торгов.

b) Стандартные торговые термины используются, где это возможно, при формулировании условий договора о закупках, который должен быть заключен в результате процедур торгов, и при определении других соответствующих аспектов документов для предварительного отбора и документации по организации торгов.

c) [исключен] 5/

4) В случае процедур международных торгов документы для предварительного отбора и документация по организации торгов составляются на ... (каждое государство, принимающее настоящий типовой закон, указывает свой официальный язык или языки) (и на языке, обычно используемом в международной торговле). (В случае расхождения или несоответствия между вариантами на разных языках преимущество имеет вариант на языке, который обычно используется в международной торговле.) 6/

Примечания

1. См. A/CN.9/331, пункт 103.

2. Относительно ссылок на услуги в данном пункте и в других пунктах статьи см. примечание 8 к статье 2.

3. См. примечание 1 к названию Раздела IV.

4. См. A/CN.9/331, пункт 105.

5. См. A/CN.9/331, пункт 108.

6. Как разъясняется в пункте 2 комментария к статье 20 первого проекта, ссылка на язык, обычно используемый в международной торговле, и последнее предложение помещены в круглые скобки, поскольку их нет необходимости принимать применяющему государству, официальным языком которого является язык, обычно используемый в международной торговле. В соответствии с предложениями, содержащимися в пункте 109 документа A/CN.9/331, формулировку этого положения можно было бы изменить, с тем чтобы призвать применяющее государство указывать конкретный язык или языки, обычно используемые в международной торговле, включив в него следующий текст: "каждое государство, вводящее в действие настоящий типовой закон, указывает свой официальный язык или языки и один или более дополнительных языков, обычно используемых в международной торговле".

* * *

Статья 21. [исключена] 1/

Примечание

1. См. A/CN.9/331, пункт 114.

* * *

Статья 22. Разъяснения и изменения документации по организации торгов 1/

1) Подрядчик или поставщик, требующий разъяснения в отношении документации по организации торгов, направляет закупающей организации запрос о таком разъяснении. Закупающая организация в кратчайшие сроки отвечает на любой запрос о разъяснении, который получен до наступления предельного срока представления предложений. Ответ закупающей организации, в котором не указывается источник запроса, направляется всем подрядчикам и поставщикам, которым закупающая организация направляет документацию по организации торгов 2/.

2) В любое время до наступления предельного срока представления предложений закупающая организация может по любой причине, либо по своей собственной инициативе, либо в ответ на запрос о разъяснении со стороны какого-либо подрядчика и поставщика изменить документацию по организации торгов путем выпуска добавления к ней при условии, что такое право было предусмотрено в документации по организации торгов 3/. Это добавление в кратчайшие сроки направляется всем подрядчикам и поставщикам, которым закупающая организация направляет документацию по организации торгов, и это добавление имеет для них обязательную силу.

3) Любой запрос о разъяснении и любой ответ на него со стороны закупающей организации и любое добавление к документации по организации торгов составляются в письменной или любой другой форме, которая обеспечивает регистрацию запроса, ответа или добавления. [Тем не менее запрос о разъяснении или ответ на такой запрос может быть передан по телефону при условии, что непосредственно после этого подтверждение запроса или ответа, в зависимости от конкретного случая, направляется получателю в письменной форме или любым другим способом, который обеспечивает регистрацию такого подтверждения.] 4/

4) Если закупающая организация созывает совещание подрядчиков и поставщиков, то она составляет протокол этого совещания, содержащий представленные в ходе этого совещания запросы о разъяснении документации по организации торгов без указания источников этих запросов, а также свои ответы на эти запросы. Эти протоколы составляются в письменной или любой другой форме, которая обеспечивает регистрацию содержащейся в ней информации, и представляются 5/ всем подрядчикам и поставщикам, которым закупающая организация направляет документацию по организации торгов.

Примечания

1. Относительно ссылки на документацию по организации торгов в этом и в других пунктах данной статьи см. приложение 1 к названию Раздела IV.

2. Слово "копии", содержавшееся в начале этого предложения в тексте первого проекта, исключено, чтобы не создавалось впечатление, что ответ должен представляться в письменном виде (см. пункт (3)).

3. См. A/CN.9/331, пункт 115. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности или желательности этого условия.

4. См. A/CN.9/331, пункт 117.

5. Слово "представляются" заменяет слово "передаются", которое было использовано в первом проекте.

* * *

РАЗДЕЛ V. ПРЕДЛОЖЕНИЯ

Статья 23. Язык предложений

Предложения могут составляться и представляться на любом из языков, на которых составлена документация по организации торгов 1/.

Примечание

1. См. A/CN.9/331, пункт 119. Смысл этой формулировки заключается в том, что закупающая организация не может препятствовать представлению подрядчиком или поставщиком своих

предложений на любом из языков, на которых составлена документация по организации торгов; однако закупающая организация может предусмотреть возможность представления предложений на других языках, помимо языков, на которых составлена документация по организации торгов.

* * *

Статья 24. Представление предложений

1) Закупающая организация устанавливает конкретную дату и время в качестве предельного срока представления предложений. Предельный срок обеспечивает подрядчикам и поставщикам достаточное время для подготовки и представления своих предложений при условии, что в случае процедур международных торгов особое внимание уделяется времени, разумно необходимому иностранным подрядчикам и поставщикам, и учитывает разумные потребности закупающей организации 1/.

2) Если закупающая организация представляет какое-либо разъяснение или изменение в отношении документации по организации торгов в соответствии со статьей 22, то до наступления предельного срока представления предложений она продлевает, в случае необходимости, этот предельный срок, чтобы предоставить подрядчикам и поставщикам разумное время для учета в их предложениях такого разъяснения или изменения 2/.

2 бис) Закупающая организация может до наступления предельного срока представления предложений продлить этот предельный срок, если в связи с непредвиденными обстоятельствами подрядчики или поставщики не могут представить свои предложения к установленному предельному сроку 3/.

2 тер) Уведомление о любом продлении предельного срока как можно раньше направляется в письменной форме или любым другим способом, который обеспечивает регистрацию содержащейся в нем информации, всем подрядчикам и поставщикам, которым закупающая организация направляет документацию по организации торгов 4/. [Тем не менее уведомление о продлении предельного срока может быть передано по телефону при условии, что непосредственно после этого подтверждение об уведомлении направляется подрядчикам и поставщикам в письменной форме или любым другим способом, который обеспечивает регистрацию такого подтверждения] 5/.

3) Предложение, полученное закупающей организацией после наступления предельного срока подачи предложений, не вскрывается или не рассматривается и возвращается представившему его подрядчику или поставщику 6/.

4) Предложения представляются в письменной форме и в запечатанных конвертах. [Однако закупающая организация может предоставить подрядчикам и поставщикам право подавать предложения любым другим способом, который обеспечивает регистрацию содержащейся в предложении информации] 7/. Закупающая организация направляет подрядчику или поставщику уведомление с указанием даты и времени получения предложения.

Примечания

1. Слово "разумно" добавлено по инициативе секретариата с тем, чтобы обеспечить соответствие между обязательством подрядчиков и поставщиков и обязательством закупающей организации. Заключительная формулировка предложения изменена в соответствии с пунктом 120 документа A/CN.9/331.

2. См. A/CN.9/331, пункты 115 и 121. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, не приведет ли продление предельного срока, являющееся обязательным в обстоятельствах, определенных только в общих чертах ("в случае необходимости ... чтобы предоставить подрядчикам и поставщикам разумное время"), к возникновению споров и судебным разбирательствам, или же целесообразней оставить решение вопроса о продлении предельного срока на усмотрение закупающей организации, как это сделано в первом проекте. Относительно ссылки на документацию по организации торгов в этом и в других пунктах данной статьи, см. примечание 1 к названию Раздела IV.

3. Данное предложение первоначально являлось пунктом (2)(a)(ii) первого проекта. Оно выделено в отдельный пункт в результате изменения формулировки пункта (2)(a)(i) первоначального проекта (ныне пункт (2)).

4. В первом проекте это предложение являлось пунктом (2)(b). После незначительного изменения формулировки оно было выделено в отдельный пункт в связи с изменением пункта (2)(a)(i) первого проекта (пункт (2) настоящего проекта).

5. См. A/CN.9/331, пункт 117.

6. В соответствии с пунктом 123 документа A/CN.9/331 исключено положение, в соответствии с которым предложение, представленное после предельного срока представления предложений, может быть рассмотрено, если данный подрядчик или поставщик не мог своевременно представить свое предложение.

7. Как объясняется в пункте 4 комментария к статье 24 в первом проекте, это предложение заключено в квадратные скобки, с тем чтобы предложить Рабочей группе рассмотреть вопрос о целесообразности его включения. Это предложение будет исключено, если Рабочая группа не примет решения о его сохранении. Если предложение будет сохранено, то было бы желательно указать, что упомянутое право должно быть отражено в документации по организации торгов.

* * *

Статья 25. Срок действия предложений; изменение и отзыв предложений

1) Предложения остаются в силе в течение периода времени, указанного в документации по организации торгов 1/. Этот период времени начинается с предельного срока представления предложений.

2) a) До истечения срока действия предложений закупающая организация может в исключительных случаях 2/ просить подрядчиков или поставщиков продлить этот срок на дополнительный конкретный период времени. Подрядчик или поставщик может отклонить эту просьбу, не теряя права на обеспечение своего предложения, и срок действия его предложения закончится по истечении непродленного срока действия 3/. Соответствующий запрос и ответы составляются в письменной форме или любым другим способом, который обеспечивает регистрацию содержащейся в них информации. [Тем не менее запрос или ответ могут быть переданы по телефону при условии, что непосредственно после этого подтверждение такого запроса или ответа передается получателю в письменной форме или любым другим способом, который обеспечивает регистрацию такого подтверждения.] 4/

b) Закупающая организация требует 5/ от подрядчиков и поставщиков, которые соглашаются продлить или обеспечить продление срока действия предоставленного ими обеспечения предложений или, если это невозможно, предоставить новое обеспечение предложений для покрытия продленного срока действия своих предложений.

3) [Подрядчик или поставщик может изменить или отозвать свое предложение до наступления предельного срока представления предложений путем сообщения закупающей организации об этом изменении или путем уведомления об отзыве в письменной форме или любым другим способом, который обеспечивает регистрацию содержащейся в нем информации. Такое изменение или уведомление об отзыве остается в силе, если оно получено закупающей организацией до наступления предельного срока представления предложений.] 6/

Примечания

1. См. примечание 1 к названию Раздела IV.

2. См. A/CN.9/331, пункт 124. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть целесообразность такого условия с учетом возможности возникновения споров и судебного разбирательства в результате его включения.

3. См. A/CN.9/331, пункт 124.

4. См. A/CN.9/331, пункт 117.

5. Слово "требует" заменяет слова "может потребовать", содержавшиеся в первом проекте, в соответствии с пунктом 125 документа A/CN.9/331. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли оставлять решение вопроса о необходимости продления срока обеспечения предложения на усмотрение закупающей организации.

6. По инициативе секретариата формулировка данного пункта незначительно изменена, и он заключен в квадратные скобки с учетом различия мнений, отраженного в пункте 126 документа A/CN.9/331. Если Рабочая группа не примет иного решения, этот пункт будет сохранен в существующем виде.

* * *

РАЗДЕЛ VI. ОБЕСПЕЧЕНИЕ ПРЕДЛОЖЕНИЯ

Статья 26. Обеспечение предложения

1) Если закупающая организация просит подрядчиков и поставщиков, направляющих предложения, предоставить обеспечение предложения:

a) это требование относится ко всем таким подрядчикам и поставщикам;

b) в случае процедур международных торгов подрядчику или поставщику не запрещается предоставлять обеспечение предложения, выданное любым иностранным учреждением или организацией, если это обеспечение предложения и такое учреждение или организация в остальном соответствуют законным требованиям, изложенным в документации по организации торгов, за исключением случаев, когда предоставление обеспечения таким учреждением или организацией нарушает какой-либо закон (данного государства), касающийся предоставления соответствующего типа обеспечения или касающийся осуществления коммерческих операций в (данном государстве) данным учреждением или организацией 1/;

c) документация по организации торгов может предусматривать, что учреждение или организация, предоставляющие обеспечение предложения, должны быть приемлемы для закупающей организации 2/.

[d) закупающая организация требует в документах по организации торгов, чтобы обеспечение предложения предусматривало положения, дающие право закупающей организации требовать выплаты суммы обеспечения, если подрядчик или поставщик, который представил его:

i) отзывает или изменяет свое предложение в нарушение положений статьи 25;

ii) не соглашается с исправлением арифметической ошибки в своем предложении и его предложение отклоняется в соответствии со статьей 28(2)(b); или

iii) не подписывает договор о закупках, если того требует закупающая организация, либо не предоставляет требуемого обеспечения в отношении исполнения договора, если его предложение акцептовано.] 3/

2) Закупающая организация не требует выплаты суммы обеспечения предложения и без задержки возвращает или способствует возвращению обеспечения предложения подрядчику или поставщику, который его предоставил, после одного из следующих событий, в зависимости от того, что наступит раньше:

a) истечение срока обеспечения предложения,

b) вступление в силу договора о закупках и представление обеспечения в отношении исполнения этого договора, если такое обеспечение требуется,

c) прекращение процедур торгов без вступления в силу договора о закупках или 4/

d) разрешенный отзыв предложения, в связи с которым было предоставлено обеспечение предложения 5/.

Примечания

1. См. A/CN.9/331, пункты 129 и 131. Для большей ясности формулировка несколько изменена.

2. См. A/CN.9/331,пункт 129. Хотя Рабочая группа заявила о том, что существо этого положения должно быть изложено в новой формулировке подпункта (b), был добавлен отдельный подпункт, с тем чтобы закупающая организация во всех случаях (и даже в случае закупок исключительно на внутреннем рынке) могла выдвигать условие, по которому учреждение, выдающее обеспечение предложения, должно быть приемлемым для закупающей организации.

3. См. A/CN.9/331, пункт 135. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности оставлять на усмотрение закупающей организации решение вопроса о том, какие условия должны содержаться в обеспечении предложения в отношении обстоятельств, при которых обеспечение может быть востребовано.

4. Данное положение заменяет содержавшееся в первом проекте положение, которое гласило следующее: "отклонение закупающей организацией всех предложений в соответствии со статьей 28(2) или (3) или статьей 29". Настоящая формулировка включает формулировку первого проекта, а также учитывает предложение, изложенное в пункте 133 документа A/CN.9/331, о необходимости ссылки на момент прекращения процедур торгов.

5. См. A/CN.9/331, пункт 133.

* * *

РАЗДЕЛ VII. ВСКРЫТИЕ, РАССМОТРЕНИЕ, ОЦЕНКА И СОПОСТАВЛЕНИЕ ПРЕДЛОЖЕНИЙ

Статья 27. Вскрытие предложений

1) Предложения вскрываются в срок, указанный в документации по организации торгов в качестве предельного срока представления предложений или в любой продленный предельный срок, в месте и в соответствии с процедурами, указанными в документации по организации торгов 1/.

2) Всем подрядчикам и поставщикам, которые представили предложения, или их представителям разрешается присутствовать при вскрытии предложений.

3) Наименование и адрес каждого подрядчика или поставщика, предложение которого вскрывается, и цена предложения объявляются лицам, присутствующим при вскрытии предложений [, сообщаются всем подрядчикам и поставщикам, которые представили предложения, но которые не присутствуют или не представлены на вскрытии предложений,] [и немедленно заносятся в протоколы процедур торгов в соответствии со статьей 33] 2/.

Примечания

1. См. A/CN.9/331, пункт 137 и примечание 1 к названию Раздела IV.

2. Эти добавления сделаны в соответствии с предложениями, содержащимися в пункте 142 документа A/CN.9/331. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, насколько полезно или целесообразно требование сообщать информацию отсутствующим подрядчикам и поставщикам.

* * *

Статья 28. Рассмотрение, оценка и сопоставление предложений

1) a) Для облегчения рассмотрения, оценки и сопоставления предложений, закупающая организация может просить подрядчиков и поставщиков представить разъяснения в отношении своих предложений. Любой запрос о разъяснении и любой ответ на такой запрос представляются в письменной или любой другой форме, которая обеспечивает регистрацию содержащейся в ней информации. [Тем не менее запрос или ответ может быть передан по телефону при условии, что непосредственно после этого подтверждение запроса или ответа направляется получателю в письменной форме или любым другим способом, который обеспечивает регистрацию такого запроса или ответа.] 1/ Не допускается никаких запросов, предложений или разрешений в отношении изменения цены предложения, за исключением предусмотренных в подпункте (b).

[b) Закупающая организация исправляет чисто арифметические ошибки, представляющиеся явными на основании самого предложения.] 2/

2) Закупающая организация отклоняет предложение:

a) если подрядчик или поставщик, представивший данное предложение, не соответствует квалификационным требованиям в соответствии с статьей 8(3) 3/;

b) если подрядчик или поставщик, представивший данное предложение, не соглашается с исправлением какой-либо арифметической ошибки, сделанным в соответствии с пунктом (1)(b);

c) если данное предложение не отвечает формальным требованиям 4/;

[d) если данное предложение получено закупающей организацией по истечении предельного срока представления предложений] 5/.

3) [При условии утверждения] закупающая организация может отклонить предложение, если представивший его подрядчик или поставщик предлагает, предоставляет или соглашается предоставить любому должностному лицу или сотруднику, или бывшему должностному лицу или сотруднику закупающей организации денежное или какое-либо другое вознаграждение, предложение о найме или любую другую ценную вещь или услугу в качестве подкупа в отношении какого-либо действия или решения закупающей организации или используемой ею процедуры в связи с процедурами торгов. Отклонение такого предложения и причины этого регистрируются в протоколах процедур торгов 6/.

4) Закупающая организация может рассматривать предложение как приемлемое, даже если в нем содержатся незначительные отклонения, которые существенно не изменяют или не являются отступлением от характеристик, условий и прочих требований, изложенных в документации по организации торгов. Такие допустимые отклонения выражаются количественно и соответствующим образом учитываются при оценке и сопоставлении предложений 7/.

5) [исключен] 8/

6) [исключен] 9/

7) a) Закупающая организация оценивает и сопоставляет предложения, которые не были отклонены в соответствии с пунктом (2) или (3), для определения наиболее экономичного предложения, как это определяется в подпункте (c) 10/, в соответствии с процедурами и критериями, изложенными в документации по организации торгов. Не используется никаких критериев, не указанных в документации по организации торгов 11/.

b) [исключен] 12/

c) Наиболее экономичным предложением является либо:

i) предложение с самой низкой ценой предложения с учетом любых преференциальных поправок в соответствии с подпунктом (e) настоящего пункта, либо

ii) предложение с наиболее выгодной оценкой 13/, которое в максимально возможной степени определяется на основе объективных и поддающихся количественной оценке критериев, включая, наряду с ценой предложения с учетом любой преференциальной поправки, применяемой в соответствии с подпунктом (e) настоящего пункта, такие критерии, как эксплуатационные расходы, техническое обслуживание и ремонт товаров или объекта в течение расчетного срока эксплуатации; функциональные характеристики товаров, строительства [или услуг]; эффективность и производительность товаров, строительства [или услуг]; срок поставки товаров, завершения строительства [или предоставления услуг]; условия платежа и условия гарантии качества товаров, строительства [или услуг] 14/.

[(d) Наряду с критериями, упомянутыми в подпункте (c)(ii) настоящего пункта, закупающая организация может применять критерии, касающиеся воздействия данного предложения на состояние платежного баланса или резервов иностранной валюты (данного государства), степени, в которой предприятия, персонал, отрасли, регионы или экономические секторы в (данном государстве) могут получить экономические выгоды в результате предложения; либо степени, в которой предприятия или персонал в (данном государстве) могут получить технологические, производственные, эксплуатационные, управленческие или аналогичные данные или практические навыки. В максимально возможной степени такие критерии излагаются в документации по организации торгов в объективной и поддающейся количественной оценке форме.] 15/.

e) При оценке и сопоставлении предложений закупающая организация может применить преференциальную поправку в пользу предложений на строительство отечественных подрядчиков и поставщиков или в пользу предложений на товары отечественного

производства. Такие поправки применяются путем вычитания из цен всех предложений помимо тех, в отношении которых предоставляются такие преимущества, импортных пошлин и налогов, а также налогов с оборота и аналогичных налогов, взимаемых в связи с поставками товаров [или услуг] или со строительством, и путем добавления к полученным ценам предложений суммы преференциальной поправки, предусмотренной в положениях о закупках, или действующей импортной пошлины в зависимости от того, что меньше 16/.

8) Если цены предложений выражены в двух или более валютах, то цены [всех предложений] пересчитываются [в одну] валюту в целях оценки и сопоставления предложений 17/.

8 бис) Если закупающая организация применяла процедуры предварительного отбора в соответствии со статьей 16, она требует, а если она не применяла процедуры предварительного отбора, она может потребовать от подрядчика или поставщика, представившего предложение, которое было сочтено наиболее экономичным предложением в соответствии со статьей 28(7)(c), вновь подтвердить свои квалификационные данные в соответствии с критериями и процедурами, соответствующими положениям статьи 8. Критерии и процедуры, подлежащие применению для такого повторного подтверждения, излагаются в документации по организации торгов. Если применялись процедуры предварительного отбора, то используются такие же критерии, как и в случае процедур предварительного отбора 18/.

9) Информация, касающаяся рассмотрения, разъяснения, оценки и сопоставления предложений, не раскрывается подрядчикам или поставщикам, или любому другому лицу, которое официально не участвует в рассмотрении, оценке или сопоставлении предложений или не участвует 19/ в принятии решения о том, какое из предложений будет акцептовано, за исключением предусмотренного в статье 33(2).

10) [исключен] 20/

Примечания

1. См. A/CN.9/331, пункт 117.

2. См. A/CN.9/331, пункт 145. Этот подпункт заключен в квадратные скобки с учетом мнений, изложенных в пункте 146 документа A/CN.9/331. Этот подпункт будет сохранен в существующем виде, если Рабочая группа не примет иного решения. Содержавшееся в первом проекте предложение: "Любое такое исправление имеет обязательную силу для подрядчика или поставщика, который представил данное предложение, если этот подрядчик или поставщик согласен с таким исправлением" исключено по инициативе секретариата, поскольку этот вопрос, как представляется, рассматривается в пункте (2)(b).

3. Согласно предложению, изложенному в пункте 45 документа A/CN.9/331, ссылка на соответствие формальным требованиям, использованная в первом проекте, исключена. Ссылка на статью 8(3) является исправлением типографской ошибки. Квадратные скобки, в которые заключена эта ссылка в первом проекте, сняты с учетом решения сохранить статью 8(3) (см. примечание 14 к статье 8).

4. Ссылка в первом проекте на пункт 6 исключена ввиду исключения пункта 6. Ссылка в первом проекте на статью 29(1)(a) - результат типографской ошибки и должна относиться к статье 30(1)(a). Эта ссылка исключена ввиду исключения статьи 30(1)(a).

5. Данный подпункт добавлен в соответствии с пунктом 150 документа A/CN.9/331. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, не лучше ли обязать закупающую организацию возвращать полученное с опозданием предложение невскрытым, как в настоящее время предусматривается статьей 24(3), чем оставлять предложение и отклонять его в соответствии со статьей 28(2). В случае положительного решения данный подпункт следует исключить.

6. См. пункт 152 документа A/CN.9/331. Относительно необходимости утверждения см. примечание 1 к статье 6.

7. Согласно пункту 156 документа A/CN.9/331 первое предложение этого подпункта перенесено в статью 2(j), формулировка остальной части подпункта незначительно изменена, а подпункт (b) исключен.

8. См. пункт 159 документа A/CN.9/331.

9. См. пункт 164 документа A/CN.9/331.

10. В соответствии с пунктами 92 и 166 документа A/CN.9/331 использованная в первом проекте формулировка "наиболее выгодное предложение" заменена формулировкой "наиболее экономичное предложение", а также добавлена ссылка на подпункт (c).

11. См. пункт 169 документа A/CN.9/331.

12. См. пункт 167 документа A/CN.9/331.

13. С учетом замены формулировки "наиболее выгодное предложение" формулировкой "наиболее экономичное предложение", использованная в первом проекте формулировка "наиболее выгодное в экономическом отношении предложение" заменяется формулировкой "предложение с наиболее выгодной оценкой".

14. В соответствии с пунктом 168 документа A/CN.9/331 исключено последнее предложение этого подпункта в том виде, в каком оно сформулировано в первом проекте. Относительно ссылки на услуги в этом и других подпунктах данной статьи см. примечание 8 к статье 2.

15. См.пункт 172 документа A/CN.9/331.

16. См. пункт 173 документа A/CN.9/331. Подход, изложенный в выделенной формулировке, соответствует подходу, которого придерживается целый ряд международных финансовых учреждений. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть целесообразность отражения вопросов, затрагиваемых в этой формулировке, в положениях о закупках.

17. См. пункт 174 документа A/CN.9/331.

18. См. пункты 70, 73 и 78 документа A/CN.9/331. Что касается изложенного в пункте 78 документа A/CN.9/331 мнения о том, что в данном положении необходимо указать, что произойдет в случае неподтверждения соответствия подрядчика или поставщика квалификационным требованиям, то, по-видимому, ясно, что, согласно статье 28(2)(a), соответствующее предложение должно быть отклонено и что следует применять положения статьи 7(2)(b). Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о необходимости включения в данное положение изложенной информации.

19. Добавлено по инициативе секретариата в целях большей ясности.

20. См. пункт 176 документа A/CN.9/331.

* * *

Статья 29. Отклонение всех предложений

1) [При условии утверждения,] [и если это предусмотрено в документации по организации торгов,] закупающая организация может в любое время до акцепта предложения отклонить все предложения по любой причине, помимо причин, обусловленных исключительно желанием начать процедуры конкурентных переговоров и какими-либо обманными целями 1/.

1 бис) Если закупающая организация отклоняет все предложения по той причине, что цены всех предложений значительно превышают ориентировочную цену, установленную закупающей организацией до начала процедур торгов, то она может либо организовать новые процедуры торгов на основе измененных спецификаций, в отношении технических или качественных характеристик приобретаемых товаров, строительства [или услуг], либо [при условии утверждения] начать процедуры конкурентных переговоров с отобранным подрядчиком или поставщиком, который представил наиболее экономичное предложение, в соответствии с определением в статье 28(7)(c) 2/.

2) Закупающая организация не несет никакой ответственности, исключительно в силу ссылки на пункт (1), перед подрядчиками и поставщиками, которые представили предложения. Закупающая организация при поступлении соответствующей просьбы сообщает любому подрядчику или поставщику, который представил предложение, основания для отклонения ею всех предложений, однако не обязана обосновывать такие основания 3/.

3) Уведомление об отклонении всех предложений в соответствии с настоящей статьей направляется в кратчайшие сроки в письменной форме или каким-либо другим способом, который обеспечивает регистрацию содержащейся в нем информации, всем подрядчикам и поставщикам,

которые представили предложения. [Тем не менее такое уведомление может быть передано по телефону при условии, что непосредственно после этого подтверждение уведомления направляется в письменной форме или каким-либо другим способом, обеспечивающим регистрацию такого подтверждения.] 4/.

Примечания

1. См. пункты 177, 180 и 182 документа A/CN.9/331. Относительно необходимости утверждения, о которой говорится в этом и других пунктах данной статьи, см. примечание 1 к статье 6. Использование слова "исключительно" позволяет признать, что в соответствии с пунктом (1 бис) (добавленным согласно пункту 182 документа A/CN.9/331) закупающая организация может отклонить все предложения по причине превышения ориентировочной цены и что в этом случае она может начать процедуры конкурентных переговоров. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности или желательности сохранения требования указывать в документации по организации торгов права на отклонение всех предложений. Незначительные изменения редакционного характера внесены по инициативе секретариата для обеспечения большей ясности данного пункта.

2. См. пункт 182 документа A/CN.9/331. Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание, что случай, когда все предложения отклоняются из-за превышения ориентировочной цены, является единственным случаем, на который распространяются особые положения, изложенные в данном пункте. Во всех других случаях, когда отклоняются все предложения, действия, которые может предпринять закупающая организация, регламентируются статьей 7; а именно, она может начать новые процедуры торгов (не обязательно изменяя спецификации) или же в случаях, указанных в статье 7(2), может начать процедуры конкурентных переговоров. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, чтобы на предусмотренную в этом пункте ситуацию также распространялись положения статьи 7. Кроме того, в связи с вопросом об ориентировочных ценах Рабочая группа, возможно, пожелает учесть свое отрицательное отношение к максимальным ценам, минимальным ценам и диапазонам цен (пункты 89 и 182 документа A/CN.9/331) и рассмотреть вопрос о целесообразности ссылки в типовом законе на ориентировочные цены.

3. См. пункт 181 документа A/CN.9/331.

4. См. пункт 117 документа A/CN.9/331.

* * *

Статья 30. Переговоры с подрядчиками и поставщиками

Между закупающей организацией и каким-либо подрядчиком или поставщиком не ведется никаких переговоров в отношении какого-либо предложения, представленного подрядчиком или поставщиком, за исключением случаев, предусмотренных в статье 29(1 бис) и статье 31(4) 1/.

Примечание

1. Пункты (1)(a) и (b) и пункт (2) исключены согласно пунктам 182 и 183 документа A/CN.9/331. Мнение, преобладавшее в Рабочей группе и изложенное в пункте 184 документа A/CN.9/331, заключается в том, что вводную часть пункта (1) следует сохранить, однако перенести в другое место типового закона. В данном проекте эта вводная часть оставлена в статье 30, поскольку не было найдено другого подходящего места. Заключительные слова добавлены с учетом включения в статью 29 пункта (1 бис) и с учетом ссылки на переговоры в статье 31(4).

* * *

РАЗДЕЛ VIII. ДВУХЭТАПНЫЕ ПРОЦЕДУРЫ ТОРГОВ 1/

Примечание

1. См.пункт 186 документа A/CN.9/331.

* * *

Статья 31. Двухэтапные процедуры торгов

1) [При условии утверждения] 1/ закупающая организация может применить процедуры, предусмотренные в настоящей статье, если:

a) вместо составления подробных спецификаций на товары, строительство [или услуги], закупающая организация запрашивает заявки от подрядчиков и поставщиков с целью получения наиболее современной или наиболее соответствующей технологии или же для выявления наиболее приемлемого решения для удовлетворения своих закупочных потребностей 2/; или

b) в силу характера товаров, строительства [или услуг] закупающая организация не может составить подробные технические спецификации 2/.

2) Положения главы II настоящего закона применяются к процедурам торгов, в которых используются организационные процедуры, предусмотренные в настоящей статье, за исключением тех случаев, когда в настоящей статье допускается отклонение от этих положений.

3) В документации по организации торгов, которая составляется в соответствии со статьями 18 и 20 настоящего закона, всем подрядчикам и поставщикам предлагается представить первоначальные предложения, содержащие их заявки без указания цены предложения. В документации по организации торгов может содержаться просьба представить предложения, касающиеся технических, качественных или иных характеристик товаров, строительства [или услуг], а также договорных условий их поставки 3/.

4) Закупающая организация может вступать в переговоры 4/ с любым подрядчиком или поставщиком, предложение которого не было отклонено в соответствии со статьей 28(2) или (3) или статьей 29, по любому аспекту его предложения.

5. Закупающая организация предлагает подрядчикам и поставщикам, предложения которых не были отклонены, представить окончательные предложения с указанием цен. Закупающая организация может исключить или изменить любой установленный в документации по организации торгов аспект, касающийся технических или качественных характеристик товаров, строительства [или услуг], которые планируется закупить, [а также любой установленный в этой документации критерий для оценки и сопоставления предложений и выявления наиболее экономичного предложения,] и может добавить новые характеристики [или критерии], которые соответствуют настоящему закону. О любом таком исключении, изменении или добавлении сообщается подрядчикам и поставщикам в просьбе представить окончательные предложения 5/. Любой подрядчик или поставщик, не желающий представлять окончательное предложение, может выйти из процедуры торгов [не лишаясь права на обеспечение предложения] 6/. Окончательные предложения оцениваются и сопоставляются для определения наиболее экономичного предложения в соответствии с определением в статье 28(7)(c) 7/.

6) Закупающая организация включает в отчет 8/, предусмотренный в соответствии со статьей 33, изложение обстоятельств, на которые она опиралась при ссылке на пункт (1) настоящей статьи, с указанием соответствующих фактов.

Примечания

1. См. примечание 1 к статье 6.

2. См. пункты 185 и 188 документа A/CN.9/331. Относительно ссылок на услуги в этом и других пунктах данной статьи см. примечание 8 к статье 2.

3. Ссылка на статьи 18 и 20 включена в соответствии с пунктом 189 документа A/CN.9/331. Второе предложение пункта добавлено в соответствии с пунктом 188 документа A/CN.9/331. Относительно указания на документацию по организации торгов см. примечание 1 к названию Раздела IV.

4. См. пункт 191 документа A/CN.9/331. Слово "статья" добавлено в целях большей ясности.

5. См. пункты 190 и 192 документа A/CN.9/331.

6. Ссылка на обеспечение предложения заключена в квадратные скобки в соответствии с предложением, содержащимся в пункте 192 документа A/CN.9/331.

7. Согласно пунктам 92 и 166 документа A/CN.9/331 использованный в первом проекте термин "наиболее выгодное предложение" заменен термином "наиболее экономичное предложение", а ссылка на статью 28(7)(c) добавлена в соответствии с пунктом 189 документа A/CN.9/331.

8. В соответствии с пунктом 207 документа A/CN.9/331 слово "отчет" заменяет слово "протоколы", использованное в первом проекте.

* * *

РАЗДЕЛ IX. АКЦЕПТ ПРЕДЛОЖЕНИЯ И ВСТУПЛЕНИЕ В СИЛУ ДОГОВОРА О ЗАКУПКАХ; ОТЧЕТ О ПРОЦЕДУРАХ ТОРГОВ 1/

Статья 32. Акцепт предложения и вступление в силу договора о закупках

1) Акцептуется то предложение, которое признано наиболее экономичным в соответствии со статьей 28(7)(c) 2/. Тем не менее, если подрядчик или поставщик, представивший это предложение, обязан подтвердить свои квалификационные данные в соответствии со статьей 28(8 бис), то его предложение не акцептуется, если его квалификационные данные не подтверждаются 3/. Уведомление об акцепте предложения в кратчайшие сроки направляется подрядчику или поставщику, представившему это предложение.

[2) За исключением случаев, предусмотренных в пункте (3)(b) 4/, в соответствии с условиями акцептованного предложения договор о закупках вступает в силу, когда уведомление, упомянутое в пункте (1), отправлено подрядчику или поставщику, который представил это предложение, при том условии, что это уведомление отправляется в период, когда это предложение имеет силу и действует.] 5/.

[3) a) Независимо от положений пункта (2) уведомление, упомянутое в пункте (1), может обязывать подрядчика или поставщика, чье предложение акцептовано, подписать договор о закупках, составленный в письменной форме в соответствии с данным предложением. [Если уведомление или соответствующие нормы права, касающиеся составления договоров, предусматривают подписание договора, составленного в письменной форме,] 4/ закупающая организация и 6/ подрядчик или поставщик подписывают этот договор о закупках в разумный период времени после отправления уведомления подрядчику или поставщику.

b) Если договор о закупках, составленный в письменной форме, должен быть подписан в соответствии с пунктом (3)(a) 4/, договор о закупках вступает в силу с того момента, когда договор подписывается подрядчиком или поставщиком и закупающей организацией. В период времени с момента отправления подрядчику или поставщику уведомления, упомянутого в пункте (1), и до вступления в силу договора о закупках:

i) ни закупающая организация, ни подрядчик или поставщик не предпринимают никаких действий, которые могут противоречить предмету или цели договора или могут препятствовать 6/ вступлению в силу договора о закупках или его исполнению;

ii) закупающая организация и подрядчик или поставщик информируют друг друга о любых известных им обстоятельствах, которые могут препятствовать вступлению в силу договора о закупках или его исполнению 6/;

iii) закупающая организация и подрядчик или поставщик по мере необходимости сотрудничают друг с другом в целях вступления договора о закупках в силу.] 5/

[4) Если подрядчик или поставщик, чье предложение акцептовано, не подписывает составленный в письменной форме договор о закупках, если он обязан это сделать, или не предоставляет какое-либо требуемое обеспечение исполнения данного договора, то может быть акцептовано предложение, которое признано следующим наиболее экономичным предложением в соответствии со статьей 28(7)(c) 7/ и которое имеет силу 8/. Подрядчику или поставщику, который представил это предложение, направляется уведомление, предусмотренное в пункте (1).] 9/

5) После вступления в силу договора о закупках и предоставления подрядчиком или поставщиком обеспечения исполнения данного договора, если это необходимо, другим подрядчикам и поставщикам направляется уведомление о договоре о закупках с указанием наименования и адреса подрядчика или поставщика, подписавшего данный договор, и договорной цены.

6) a) Уведомления, предусмотренные в настоящей статье, могут направляться в письменной форме или любым другим способом, который обеспечивает регистрацию содержащейся в них информации. [Тем не менее такие уведомления могут быть даны по телефону при условии, что непосредственно после этого направляется подтверждение в письменной форме или любым другим способом, который обеспечивает регистрацию такого подтверждения.] 10/

b) В соответствии с пунктом (1) уведомление "отправляется", когда оно надлежащим образом адресовано или иным образом направлено и передано подрядчику или поставщику, или препровождено какому-либо надлежащему учреждению для вручения подрядчику или поставщику способом, предусмотренным в пункте (6)(a). 11/

Примечания

1. В соответствии с пунктом 207 документа A/CN.9/331 формулировка "протоколы процедур торгов" заменена формулировкой "отчет о процедурах торгов".

2. В соответствии с пунктом 194 документа A/CN.9/331 слова "при условии утверждения" исключены из данного пункта и пункта (4) (см. также примечание 1 к статье 6). В соответствии с пунктами 92 и 166 документа A/CN.9/331 термин "наиболее выгодное предложение", который использовался в первом проекте, заменен термином "наиболее экономичное предложение" и добавлена ссылка на статью 28(7)(c).

3. См. пункты 70 и 78 документа A/CN.9/331.

4. См. пункт 196 документа A/CN.9/331.

5. Пункты (2) и (3) заключены в квадратные скобки с учетом различных мнений, отраженных в пунктах 197-200 документа A/CN.9/331. Если Рабочая группа не примет иного решения, эти пункты будут сохранены в существующей формулировке. В соответствии с пунктом 195 документа A/CN.9/331 исключены ссылки на получение уведомления об акцепте предложения. Следует отметить, что принцип "отправления" отличается от принципа, использованного в Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров, статья 24. Обсуждение этого вопроса см. в примечании для Рабочей группы после пункта 1 комментария к статье 32 в первом проекте.

6. См. пункты 202, 203 и 206 документа A/CN.9/331.

7. В соответствии с пунктами 92 и 166 документа A/CN.9/331 термин "наиболее выгодное предложение", который использовался в первом проекте, заменен термином "наиболее экономичное предложение" и добавлена ссылка на статью 28(7)(c).

8. В соответствии с пунктом 194 документа A/CN.9/331 исключены слова "при условии утверждения" (см. также примечание 1 к статье 6). Содержащаяся в первом проекте формулировка "имеет силу и действует" заменена формулировкой "имеет силу".

9. Пункт (4) заключен в квадратные скобки с учетом различных мнений, отраженных в пункте 205 документа A/CN.9/331. Если Рабочая группа не примет иного решения, этот пункт будет сохранен в существующей формулировке.

10. См. пункт 117 документа A/CN.9/331.

11. В соответствии с пунктом 195 документа A/CN.9/331 в пункте (6)(b) исключена альтернатива 2.

* * *

Статья 33. Отчет о процедурах торгов 1/

1) Закупающая организация составляет отчет о процедурах торгов, включая вскрытие, рассмотрение, оценку и сопоставление предложений. Этот отчет содержит краткое описание приобретаемых товаров или строительства; наименования и адреса подрядчиков и поставщиков, представивших предложения; информацию о квалификационных данных этих подрядчиков и поставщиков или отсутствии таковых 2/; цену и краткое изложение других основных условий каждого предложения и договора о закупках; краткое изложение оценки и сопоставления предложений; информацию, предусмотренную в статье 28(3), если предложение отклонено в соответствии с этим положением 3/; в случае отклонения всех предложений в соответствии со статьей 29 изложение соответствующих причин и, в случае необходимости, изложение, требуемое в соответствии со статьей 31(6).

2) Отчет о процедурах торгов предоставляется для ознакомления любому лицу 4/ после [того, как договор о закупках вступает в силу и подрядчик или поставщик представляет обеспечение исполнения этого договора, если это необходимо,] [акцепта предложения] 5/ или после окончания процедур торгов, в результате которых не было заключено договора о закупках. Тем не менее:

a) информация не раскрывается, если ее раскрытие противоречит закону. препятствует обеспечению соблюдения законодательства, не соответствует интересам государства, наносит ущерб законным коммерческим интересам сторон или препятствует честной конкуренции 6/;

b) информация, относящаяся к рассмотрению, оценке и сопоставлению предложений [и цен предложений], не раскрывается 7/.

Примечания

1. В соответствии с пунктом 207 документа A/CN.9/331 формулировка "протоколы процедур торгов", содержащаяся в первом проекте, заменена в названии и тексте статьи 33 формулировкой "отчет о процедурах торгов".

2. В соответствии с пунктом 45 документа A/CN.9/331 исключены содержавшиеся в первом проекте слова "соответствии формальным требованиям и".

3. См. пункт 152 документа A/CN.9/331.

4. В соответствии с пунктом 209 документа A/CN.9/331 слова "любому лицу" заменяют слово "публичного", которое содержится в первом проекте.

5. В соответствии с предложением, содержащимся в пункте 212 документа A/CN.9/331, на рассмотрение Рабочей группы представлены две альтернативные формулировки, заключенные в квадратные скобки. В соответствии с первым вариантом, который содержится в первом проекте, предусматривается, что отчет о процедурах торгов должен предоставляться для ознакомления после вступления в силу договора о закупках и представления подрядчиком или поставщиком обеспечения исполнения этого договора. В соответствии со вторым вариантом отчет предоставляется для ознакомления после акцепта предложения. По-видимому, момент акцепта предложения является самым ранним моментом, когда можно требовать предоставления отчета, поскольку до этого момента еще продолжаются процедуры торгов и отчет может быть не подготовлен или не завершен. Следует отметить также, что в соответствии со статьей 32 акцепт предложения и вступление в силу договора о закупках происходят одновременно, за исключением случаев, когда требуется подписать договор, составленный в письменной форме. Если Рабочая группа не примет иного решения, то будет сохранен первый вариант.

6. См. пункт 210 документа A/CN.9/331.

7. См. пункт 211 документа A/CN.9/331. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о значении раскрытия этой информации и, в частности, цен предложений (ссылка на которые заключена в квадратные скобки) для того, чтобы заверить участников процедур торгов и общественность в целом в соблюдении закона о закупках и положений о закупках и чтобы пострадавший подрядчик или поставщик имел возможность добиваться пересмотра действий или решений закупающей организации или использованных ею процедур. Аналогичные вопросы рассматриваются в статьях 33, 34(4) и 35. После завершения разработки текста этих положений их можно было бы свести в одну статью.

* * *

ГЛАВА III. ЗАКУПКИ ИНЫМИ СПОСОБАМИ, ПОМИМО ПРОЦЕДУР ТОРГОВ

Статья 34. Процедуры конкурентных переговоров

1) При процедурах конкурентных переговоров закупающая организация вступает в переговоры с таким числом подрядчиков и поставщиков, которое обеспечивает эффективную конкуренцию 1/.

2) Любые требования, принципиальные установки, документы или другая информация, касающаяся переговоров, которые сообщаются закупающей организацией какому-либо подрядчику или поставщику, равным образом сообщаются всем подрядчикам и поставщикам, участвующим в переговорах с закупающей организацией в отношении таких закупок 2/.

3) Переговоры между закупающей организацией и каким-либо подрядчиком или поставщиком ведутся конфиденциально, и, за исключением предусмотренного в пункте (4) случая, ни одна из сторон этих переговоров не раскрывает никакому третьему лицу какую бы то ни было документацию или информацию, относящуюся к этим переговорам, без согласия другой стороны.

4) a) Закупающая организация составляет отчет о процедурах конкурентных переговоров. Этот отчет содержит наименования и адреса подрядчиков и поставщиков, с которыми закупающая организация ведет переговоры, цену и краткое изложение других основных условий договора о закупках; если такие процедуры не приводят к заключению договора о закупках, то изложение соответствующих причин и документы и факты, требуемые в соответствии со статьей 7(5) 3/.

b) Отчет о процедурах конкурентных переговоров предоставляется для ознакомления любому лицу после того, как договор о закупках вступил в силу, при том условии, что информация не раскрывается, если ее раскрытие противоречит закону, препятствует обеспечению соблюдения законодательства, не соответствует интересам государства, наносит ущерб законным коммерческим интересам сторон или препятствует честной конкуренции 3/.

Примечания

1. Заключительная формулировка этого пункта, содержавшаяся в тексте первого проекта, исключена в соответствии с пунктом 216 документа A/CN.9/331.

2. Заключительная формулировка этого пункта, содержавшаяся в тексте первого проекта, исключена в соответствии с пунктом 217 документа A/CN.9/331.

3. См. пункт 218 документа A/CN.9/331.

Статья 35. Отчет о закупках из одного источника

1) Закупающая организация готовит отчет о закупках из одного источника. Этот отчет содержит наименование и адрес подрядчика или поставщика, у которого данная закупающая организация закупает товары или строительство, цену и краткое изложение других основных условий договора о закупках и документы и факты, требуемые в соответствии со статьей 7(5).

2) Этот отчет предоставляется для ознакомления любому лицу после того, как договор о закупках вступил в силу, при том условии, однако, что информация не раскрывается, если ее раскрытие противоречит закону, препятствует обеспечению соблюдения законодательства, не соответствует интересам государства, наносит ущерб законным коммерческим интересам сторон или препятствует честной конкуренции 1/.

Примечание

1. См. пункт 220 документа A/CN.9/331.

III. ГАРАНТИИ И РЕЗЕРВНЫЕ АККРЕДИТИВЫ

A. Доклад Рабочей группы по международной договорной практике о работе ее четырнадцатой сессии (Вена, 3-14 сентября 1990 года) (A/CN.9/342) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

		Пункты	Страница
ВВЕДЕНИЕ		1-9	494
I.	ОБСУЖДЕНИЕ И РЕШЕНИЯ	10-12	495
II.	РАССМОТРЕНИЕ ПЕРВОГО ПРОЕКТА ОБЩИХ ПОЛОЖЕНИЙ И СТАТЬИ О СОСТАВЛЕНИИ	13-75	495
	Статья 1. Сфера применения	14-16	495
	Статья 2. Гарантийное письмо	17-21	496
	Статья 3. Независимость обязательства	22-31	496
	Статья 4. Международный характер	32-37	498
	Статья 5. Толкование настоящего закона	38-41	499
	Статья 6. Толкование гарантийного письма	42-54	500
	Статья 7. Форма и момент составления	55-75	501
III.	ДАЛЬНЕЙШЕЕ ОБСУЖДЕНИЕ ВОПРОСОВ, ОТНОСЯЩИХСЯ К УНИФИЦИРОВАННОМУ ЗАКОНУ: ВНЕСЕНИЕ ПОПРАВОК, ПЕРЕДАЧА ПРАВ, ИСТЕЧЕНИЕ СРОКА ДЕЙСТВИЯ И ОБЯЗАТЕЛЬСТВА ГАРАНТА	76-118	505
	A. Внесение поправок	76-87	505
	B. Передача прав и переуступка поступлений	88-93	506
	C. Истечение срока действия	94-102	507
	D. Обязательства гаранта	103-110	509
	E. Регулирование недокументарных условий	111-118	510
IV.	ПРОЧИЕ ВОПРОСЫ	119	511

ВВЕДЕНИЕ

1. В соответствии с решением, принятым Комиссией на ее двадцать первой сессии 1/, Рабочая группа по международной договорной практике посвятила свою двенадцатую сессию рассмотрению проекта унифицированных правил для гарантий, разработкой которого занимается Международная торговая палата, и вопроса о целесообразности и возможности любой дальнейшей работы по обеспечению большей степени единообразия в области гарантий и резервных аккредитивов на уровне статутного права. Рабочая группа рекомендовала начать работу по подготовке унифицированного закона либо в форме типового закона, либо в форме конвенции.

2. На своей двадцать второй сессии Комиссия одобрила рекомендацию Рабочей группы о проведении работы по подготовке унифицированного закона и возложила эту задачу на Рабочую группу 2/.

3. На своей тринадцатой сессии Рабочая группа начала работу с обсуждения возможного круга вопросов унифицированного закона, которые рассматривались в записке секретариата (A/CN.9/WG.II/WP.65). Эти вопросы касались основной сферы применения унифицированного закона, автономии сторон и ее пределов, а также возможных правил толкования. В Рабочей группе состоялся также предварительный обмен мнениями по вопросам формы и момента составления гарантии или резервного аккредитива. Рабочая группа просила секретариат представить на рассмотрение ее четырнадцатой сессии первый проект свода статей по вышеуказанным вопросам с возможными вариантами, а также записку, посвященную другим вопросам, которые могут быть охвачены в унифицированном законе.

4. Рабочая группа, в состав которой входили все государства - члены Комиссии, провела свою четырнадцатую сессию в Вене с 3 по 14 сентября 1990 года. В работе сессии приняли участие представители следующих государств-членов Рабочей группы: Аргентины, Венгрии, Германии, Федеративной Республики, Египта, Индии, Ирана (Исламской Республики), Испании, Камеруна, Канады, Китая, Кубы, Марокко, Мексики, Нигерии, Нидерландов, Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии, Соединенных Штатов Америки, Союза Советских Социалистических Республик, Франции, Чехословакии, Чили и Японии.

5. В работе сессии принимали участие наблюдатели от следующих государств: Австрии, Боливии, Венесуэлы, Германской Демократической Республики, Пакистана, Панамы, Польши, Саудовской Аравии, Таиланда, Турции, Финляндии, Швейцарии и Швеции.

6. В работе сессии принимали участие наблюдатели от следующих международных организаций: Афро-азиатского консультативно-правового комитета (ААКПК), Комиссии Европейских сообществ (КЕС), Гаагской конференции по международному частному праву, Европейской банковской федерации, Международной торговой палаты (МТП).

7. Рабочая группа избрала следующих должностных лиц:

Председатель: г-н Ж.Готье (Канада)

Докладчик: г-н Х.К.Тревиньо (Мексика)

8. На рассмотрение Рабочей группы были представлены следующие документы: предварительная повестка дня (A/CN.9/WG.II/WP.66), записка секретариата, содержащая первый проект общих положений и статьи о составлении (A/CN.9/WG.II/WP.67), а также записка секретариата, посвященная дальнейшему обсуждению вопросов, относящихся к унифицированному закону: внесение поправок, передача прав, истечение срока действия, обязательства гаранта, ответственность и освобождение от ответственности (A/CN.9/WG.II/WP.68).

1/ Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок третья сессия, Дополнение № 17 (A/43/17), пункт 18.

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

9. Рабочая группа утвердила следующую повестку дня:

1. Выборы должностных лиц.

2. Утверждение повестки дня.

3. Разработка унифицированного закона о гарантиях и резервных аккредитивах.

4. Прочие вопросы.

5. Утверждение доклада.

I. ОБСУЖДЕНИЕ И РЕШЕНИЯ

10. Рабочая группа рассмотрела подготовленные секретариатом проекты статей 1-7 унифицированного закона (A/CN.9/WG.II/WP.67). Ход обсуждения и выводы Рабочей группы излагаются ниже, в главе II. Рабочая группа просила секретариат подготовить на основе этих выводов пересмотренный проект статей 1-7 унифицированного закона.

11. Рабочая группа рассмотрела затем вопросы, которым посвящена записка секретариата, касающаяся внесения поправок, передачи прав, истечения срока действия и обязательств гаранта (A/CN.9/WG.II/WP.68). Ход обсуждения и выводы Рабочей группы излагаются ниже, в главе III. Рабочая группа просила секретариат подготовить на основе этих выводов первый проект статей по обсуждаемым вопросам.

12. Было отмечено, что секретариат представит Рабочей группе на ее следующей сессии записку по дополнительным вопросам, которые должны регламентироваться унифицированным законом, в том числе по вопросам мошенничества и других способов возражения против платежа, запретов и других судебных мер, коллизий норм права и юрисдикции.

II. РАССМОТРЕНИЕ ПЕРВОГО ПРОЕКТА ОБЩИХ ПОЛОЖЕНИЙ И СТАТЬИ О СОСТАВЛЕНИИ

13. Рабочая группа рассмотрела проекты статей 1-7, изложенные наряду с разъяснительными замечаниями в записке секретариата (A/CN.9/WG.II/WP.67).

Статья 1. Сфера применения

14. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 1:

"Настоящий закон применяется к международным гарантийным письмам [, выданным в данном государстве]".

15. В связи с обсуждением вопроса о сфере применения унифицированного закона были сделаны общие замечания о цели унифицированного закона и тех принципах, которыми следует руководствоваться при его подготовке. Было отмечено, например, что положения нормоустанавливающей части унифицированного закона должны основываться на фактической устоявшейся практике при должном учете современных технологических изменений. Поскольку практика в настоящее время различается, унифицированный закон призван содействовать приданию юридической силы различным видам практики и совершенствованию связей между ними. Унифицированный закон должен быть в первую очередь направлен на решение тех проблем, которые не могут быть эффективно урегулированы на договорном уровне ни при помощи конкретных оговорок сторон, ни на основании унифицированных правил, например правил, подготовленных Международной торговой палатой (МТП).

16. Что касается формулировки в квадратных скобках, то было предложено найти более объективный критерий (например, место деятельности гаранта) и четко установить свободу сторон выбирать другой закон. Рабочая группа согласилась, что на данном этапе было бы преждевременно принимать решение о территориальной сфере применения унифицированного закона. Было указано, что такое решение будет в некоторых отношениях зависеть от того, будет ли унифицированный закон в конечном итоге принят в форме конвенции или в форме типового закона. В последнем случае этот вопрос может быть решен с помощью норм коллизионного права, которые, вероятно, будут включены в типовой закон.

Статья 2. Гарантийное письмо

17. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 2:

"Гарантийное письмо, независимо от того, называется ли оно гарантийным письмом, гарантией, обеспечением, гарантийным обеспечением или резервным аккредитивом, является независимым обязательством, выдаваемым банком или другим учреждением или лицом ("гарантом") [по просьбе его клиента ("принципала") или по поручению другого банка, учреждения или лица ("предписывающей стороны"), действующего по просьбе своего клиента ("принципала")], [, независимо от того, имеется ли просьба или поручение от другого учреждения или лица], уплатить другому лицу ("бенефициару") соответствующую или определимую сумму в указанной валюте [, расчетных единицах или других единицах стоимости] в соответствии с условиями обязательства".

18. Было высказано мнение, что эту статью, несмотря на использование термина "гарантийное письмо" и примерного перечня гарантийных обязательств, можно рассматривать как охватывающую не только гарантии и резервные аккредитивы, но также товарные аккредитивы и даже другие аккредитивы и денежные обязательства. Что касается существенного вопроса относительно целесообразности охвата традиционных (товарных) аккредитивов, то Рабочая группа подтвердила принятое на двенадцатой сессии решение, что "унифицированный закон должен быть направлен прежде всего на независимые гарантии, включая резервные аккредитивы, и что его действие должно распространяться на традиционные аккредитивы в тех случаях, когда это целесообразно с учетом их независимого характера и необходимости единообразного регулирования соответствующих вопросов" (A/CN.9/316, пункт 125).

19. Было выдвинуто предложение о том, что тип обязательств, регулируемых унифицированным законом, следует именовать "независимым документарным обязательством". Такое независимое документарное обязательство будет определено как обязательство финансового учреждения перед указанным бенефициаром обеспечить платеж или погашение долга другого лица по представлении документарного требования, и в этом случае это обязательство является независимым по отношению к любой основной сделке. Другое предложение, получившее значительную поддержку, заключалось в том, что определение, содержащееся в статье 2, должно быть дополнено ссылкой на гарантийные функции или цели охватываемых обязательств. Было отмечено, что такая ссылка не должна ограничиваться лишь указанием на невыполнение обязательств принципалом, поскольку в этом случае не будут охвачены, например, денежные резервные аккредитивы, предусматривающие платеж по получении удостоверения того, что причитающаяся с принципала сумма подлежит оплате. Было также отмечено, что такая ссылка будет носить чрезмерный ограничительный характер в отношении складывающейся практики и может поставить под сомнение независимый характер обязательства.

20. Были высказаны различные замечания по конкретным элементам определения, изложенного в статье 2. Было, например, отмечено, что не ясно, все ли обязательства, перечисленные в качестве примера, являются независимыми. Другое замечание состояло в том, что в определении отсутствует указание на то, что платеж осуществляется "по требованию" и что введение этого элемента в текст определения легко увязывается с положением о том, что платеж осуществляется в соответствии с условиями обязательства. В отношении заключенной в скобки формулировки, касающейся выдачи независимо от того, имеется ли на то просьба или поручение от другого лица, то, согласно одной точке зрения, второй вариант является предпочтительным, поскольку он позволит учесть практику принятия гарантом обязательств за свой счет или от своего имени; однако согласно другой точке зрения предпочтительным является первый вариант. Относительно формулировки, заключенной в квадратные скобки и касающейся расчетных единиц или других единиц стоимости, никаких замечаний сделано не было.

21. В заключение было внесено предложение редакционного характера о том, что данное определение следует представить в двух частях, первая из которых должна охватывать случаи принятия гарантом обязательства в пользу бенефициара по просьбе принципала, а вторая - случаи, когда в этой операции участвуют более трех указанных выше лиц или учреждений.

Статья 3. Независимость обязательства

22. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 3:

"Вариант А: 1) [Международное] обязательство является [считается] независимым за исключением тех случаев, когда его условия свидетельствуют о том, что обязательство платежа зависит от наличия или законности основной сделки между принципалом и бенефициаром и

любых других взаимоотношений за исключением тех, которые возникли в результате обязательства, или что гарант может прибегнуть к средствам правовой защиты, вытекающим из взаимоотношений, не являющихся взаимоотношениями с бенефициаром.

Вариант B: 1) Обязательство является независимым, если оно не зависит от любой основной сделки или других взаимоотношений за исключением тех, которые возникли на основании обязательства.

[2) При определении того, является ли данное обязательство независимым, любая характеристика или какое-либо одно условие, содержащееся в тексте обязательства, не будет считаться определяющим, если другие условия явно свидетельствуют об обратном. При оценке условий в их совокупности в качестве элементов, подтверждающих независимость, могут рассматриваться следующие факторы:

a) обещание осуществить платеж по "простому требованию", "первому требованию", "требованию", "получении письменного запроса" или слова аналогичного значения;

b) обязательство осуществить платеж, оговоренное такими формулировками, как "безусловное", "независимо от наличия юридически действительного договора X", "отменяющее все права на обжалование и правовую защиту, вытекающие из указанного договора" или "без доказательства неисполнения";

c) платеж против документов, включая заявление бенефициара, и не требующий проверки фактов, не относящихся к компетенции гаранта;

d) ссылка на основную сделку лишь в преамбуле или же в положении о том, что произошло ранее, а не в оперативных положениях;

e) указание на то, что обязательство подпадает под Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов или Унифицированные правила для гарантий]".

Пункт 1

23. Рабочая группа согласилась, что принцип независимости является важнейшим основополагающим принципом унифицированного закона. Вместе с тем были высказаны различные мнения в отношении того, как определять данный принцип.

24. Было указано на два принципиальных отличия варианта A от варианта B пункта 1. Во-первых, в нем содержится правило толкования, основанное на принципе независимости. Было высказано мнение, что это правило заключено в словах "считается". Такое правило толкования получило поддержку, поскольку оно помогает решить возникающую в противном случае проблему полной неясности и поскольку предлагаемое решение соответствует преобладающей практике и потребностям международных гарантийных операций. Вместе с тем, по мнению большинства, такое правило толкования следует исключить, поскольку его применение может привести к результатам, не соответствующим ожиданиям заинтересованных сторон.

25. Во-вторых, вариант A отличается от варианта B тем, что в нем содержится значительно более детальная и всеобъемлющая формулировка. Сторонники варианта A указали, в частности, на те детали, которые определяют различные взаимоотношения и касаются средств правовой защиты, возникающих в результате этих взаимоотношений. Вместе с тем сама ссылка на средства защиты усилила беспокойство в отношении того, что исключение средств правовой защиты при определении независимости может быть истолковано как дающее окончательный ответ на такие вопросы, как может ли быть отказано в платеже в случае обмана или явного злоупотребления, может ли незаконность основной сделки оказать воздействие на обязательство по гарантийному письму или допустим ли зачет требований. Подобное беспокойство явилось основным доводом, выдвинутым сторонниками варианта B. Согласно другому мнению, вариант B можно было бы объединить с вариантом A, исключив вышеупомянутое правило толкования.

26. В этой связи отмечалось, что вопросы, поднятые теми, кто испытывает беспокойство в связи с ограничительным характером определения независимости, предполагается обсудить в ходе пятнадцатой сессии Рабочей группы, как это указано в пункте 2 записки секретариата A/CN.9/WG.II/WP.68. Было решено, что определение независимости можно было бы пересмотреть и, возможно, улучшить с учетом будущих выводов Рабочей группы по вопросам, касающимся возможных возражений в отношении осуществления платежа.

27. По окончании дискуссии Рабочая группа просила секретариат подготовить пересмотренный проект пункта 1 на основе варианте A, исключив правило толкования по принципу независимости и, возможно, использовав отдельные формулировки варианта B.

Пункт 2

28. Были высказаны некоторые сомнения в отношении того, действительно ли необходимы и полезны положения, содержащиеся в пункте 2. Вместе с тем, по мнению большинства, следует разработать ряд рекомендаций в отношении толкования гарантийных писем с точки зрения их правового характера. Хотя многие высказались в поддержку правил, содержащихся в вводной части пункта, были сделаны некоторые оговорки, в отношении факторов, упомянутых в подпунктах (a)-(e).

29. Отмечалось, например, что включение определенных конкретных формулировок в подпункты (a) и (b) придает им особое значение и что могут возникнуть сложные проблемы толкования в том случае, если те или иные формулировки будут аналогичными или идентичными лишь частично. Что касается подпункта (d), было выражено беспокойство в связи с тем, что само упоминание основной сделки может подорвать независимый характер обязательства. В связи с данным подпунктом было также выражено беспокойство по поводу того, что он привносит неоправданный формализм, выражающийся в том, что юридические последствия увязываются с местом ссылки на основную сделку в тексте гарантийного письма.

30. Отмечалось, что факторы, содержащиеся в подпунктах (a)-(e), представляют собой лишь факторы, подтверждающие независимость при оценке условий в их совокупности, и поэтому не являются определяющими, если их рассматривать отдельно. С учетом этого было предложено указать в унифицированном законе одну или несколько формулировок, значение которых будет достаточно убедительным, чтобы поставить характеристику независимости вне всяких сомнений.

31. После окончания обсуждения Рабочая группа просила секретариат представить пересмотренный проект пункта 2 с учетом вышеизложенных мнений и предложений.

Статья 4. Международный характер

32. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 4:

"Вариант A: Гарантийное письмо является международным, если:

a) любые два из нижеследующих мест, указанных в гарантийном письме, расположены в разных государствах:

i) [место, где гарантийное письмо было выдано] [коммерческое предприятие гаранта];

ii) коммерческое предприятие бенефициара;

iii) место платежа;

iv) коммерческое предприятие [принципала или предписывающей стороны] [лица, по просьбе которых гарантийное письмо было выдано];

v) коммерческое предприятие подтверждающего гаранта;

или

b) если в нем содержится ясное указание на это.

Вариант B: Гарантийное письмо является международным, если коммерческие предприятия любых двух из нижеследующих [лиц] [сторон] находятся в разных государствах: гарант, бенефициар, принципал, предписывающая сторона, подтверждающий гарант.

Вариант C: Гарантийное письмо является международным, если:

a) коммерческие предприятия гаранта и бенефициара находятся в различных государствах; или

b) место выдачи и коммерческие предприятия принципала или предписывающей стороны находятся в разных государствах; или

c) место выдачи и место платежа расположены в различных государствах;

или

d) гарантийное письмо касается любым другим [важным] образом более чем одной страны.

Вариант D: Гарантийное письмо является международным, если оно касается международных коммерческих или финансовых операций."

33. Было высказано мнение относительно необходимости обеспечения как можно более широкого охвата критериев международного характера, изложенных в статье 4, с тем чтобы предусмотреть максимально возможное число ситуаций. Одно из предложений заключалось в том, чтобы определить международное гарантийное письмо с использованием формулировки, изложенной в подпункте (d) варианта C как "касающееся любым важным образом более чем одной страны". В соответствии с другим предложением следует использовать формулировку варианта D.

34. В ответ было отмечено, что хотя необходимо дать широкое определение международному гарантийному письму, такое определение не должно охватывать внутренние сделки с минимальным международным участием. Критерии международного характера должны не только способствовать наиболее широкому применению унифицированного закона, но также в максимально возможной степени являться объективными. Большинство высказалось в пользу варианта B; в то же время были высказаны некоторые сомнения относительно целесообразности использования в качестве критерия международного характера местонахождения коммерческого предприятия подтверждающего гаранта.

35. Широкую поддержку получило мнение о том, что критерии международного характера должны быть сформулированы таким образом, чтобы обеспечить всем сторонам максимально возможную степень определенности в отношении применимости или неприменимости унифицированного закона к данной сделке. Для повышения такой определенности было предложено установить требование в отношении конкретного указания, предусмотренного в вводной части подпункта (a) варианта A. Тем не менее, поскольку требование в отношении конкретного указания могло бы создать чрезмерно жесткое правило, в то время как требуется более гибкое правило, было выдвинуто другое предложение включить в вариант B положение, аналогичное статье 1(2) Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (далее именуемая как "Конвенция Организации Объединенных Наций о купле-продаже"), которая гласит следующее:

"То обстоятельство, что коммерческие предприятия сторон находятся в разных государствах, не принимается во внимание, если это не вытекает ни из договора, ни из имевших место до или в момент его заключения деловых отношений или обмена информацией между сторонами".

36. После обсуждения Рабочая группа постановила вновь рассмотреть оба предложения на более позднем этапе.

37. В целях дальнейшего расширения критериев международного характера было предложено включить текст подпункта (b) варианта A в вариант B. В ответ было отмечено, что такая ссылка на автономию сторон может оказаться неприемлемой для многих стран, поскольку она может позволить сторонам избегать применения обязательных положений их внутреннего права. Было также отмечено, что положения статьи 4 не должны противоречить правилам относительно выбора права, которые будут обсуждаться Рабочей группой на ее следующей сессии. Было отмечено, что предлагаемое положение может иметь иной характер и давать иной результат в зависимости от того, будет ли унифицированный закон принят в конечном счете в форме конвенции или в форме типового закона. После обсуждения Рабочая группа постановила принять формулировку подпункта (b) варианта A, заключив ее, однако, в квадратные скобки.

Статья 5. Толкование настоящего закона

38. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 5:

"При толковании настоящего закона следует учитывать его международный [характер] [происхождение] и необходимость обеспечивать единообразие в его применении и соблюдение добросовестности в международных [сделках] [практике гарантий или аккредитивов]".

39. Рабочая группа решила, что данная статья будет целесообразной в том случае, если унифицированный закон будет принят в форме конвенции. В то же время было отмечено, что такое положение окажется нецелесообразным, если унифицированный закон будет принят в форме типового закона. На национальные суды, например, вряд ли можно будет возложить функции по содействию единообразному применению во всем мире их собственного национального законодательного акта.

40. В ответ было отмечено, что, хотя статья 5 может оказаться нецелесообразной в целом, если унифицированный закон будет принят в форме типового закона, она, тем не менее, окажется полезной, поскольку она устанавливает принцип добросовестности. Что касается формулировки ссылки на добросовестность, то было отдано предпочтение словам "практике гарантий или аккредитивов" по сравнению со словом "сделках".

41. Рабочая группа согласилась заключить статью 5 в квадратные скобки и вновь рассмотреть ее с учетом того решения, которое будет принято относительно формы унифицированного закона, а также с учетом дальнейших обсуждений, касающихся понятия добросовестности.

Статья 6. Толкование гарантийного письма

42. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 6:

Вариант А: 1) С учетом положений настоящего закона [и любого другого применимого права] права и обязательства сторон определяются условиями, указанными в гарантийном письме, включая любые правила, условия или обычаи, упомянутые в нем [и, если не предусмотрено иное, любой международный обычай, о котором знали или должны были знать стороны и который широко известен сторонам, участвующим в сделках по гарантиям или аккредитивам, и постоянно соблюдается ими].

2) Условия гарантийного письма должны толковаться в соответствии с намерением сторон исходя из обычного понимания их разумным лицом, с учетом коммерческой цели сделки и при уделении должного внимания любой практике, которую стороны установили в отношениях между собой.

Вариант В: При определении прав и обязательств гаранта и бенефициара условия, указанные или упомянутые в гарантийном письме, должны толковаться исходя из обычного понимания их разумным лицом.

43. Обсуждение проекта данной статьи было сосредоточено на варианте А. Этому варианту отдавалось предпочтение по сравнению с вариантом В, поскольку его формулировка является более подробной и исчерпывающей. Были высказаны различные замечания по конкретным элементам пунктов 1 и 2.

Пункт 1 варианта А

44. Было решено, что вводная оговорка "с учетом положений настоящего закона" ограничивает автономию сторон лишь в том случае, если унифицированный закон содержит обязательные положения; любое необязательное положение будет, в силу своего характера, применяться и затрагивать права и обязательства сторон лишь в том случае, если вопрос, регулируемый данным положением, не регламентируется условиями гарантийного письма, включая любые упомянутые в нем правила, условия или обычаи. В ходе подготовки унифицированного закона необходимо принять по каждому положению решение о том, могут ли стороны отходить от их соблюдения.

45. В отношении заключенной в скобки формулировки "или любого другого применимого права" было отмечено, что она является излишней, слишком общей и поэтому бесполезной, а также может ввести в заблуждение и даже оказаться опасной. Рабочая группа приняла предложение исключить эту формулировку.

46. Рабочая группа приняла центральную часть пункта 1, которая гласит: "права и обязательства сторон определяются условиями, указанными в гарантийном письме, включая любые правила, условия и обычаи, упомянутые в нем". Было отмечено, что в качестве таких правил или обычаев могли бы, например, использоваться нормы, подготовленные Международной торговой палатой. В соответствии с соглашением, достигнутым на тринадцатой сессии (A/CN.9/330, пункт 61), Рабочая группа не приняла предложения о том, чтобы в унифицированном законе содержалась прямая ссылка на Унифицированные обычаи и практику для документарных аккредитивов (УОП) и Унифицированные правила для гарантий по требованию (УПГ).

47. В отношении заключенной в скобки ссылки на международный обычай в конце пункта 1 были высказаны различные мнения. Одно из мнений заключалось в том, что эту формулировку следует сохранить, поскольку она учитывает интересы тех юрисдикций, в которых признается действие УОП или "Инкотермс", даже если на них не делается ссылки в гарантийном письме, и поскольку соответствующие международные обычаи представляют собой полезный и даже необходимый источник для установления прав и обязательств сторон и для толкования условий гарантийного письма. Превалирующее мнение, однако, заключалось в том, что ссылку на международные обычаи сохранять не следует, поскольку она создает неопределенность и может явиться ловушкой для неосмотрительных сторон.

48. Рабочая группа после обсуждения приняла пункт 1 за исключением формулировки, заключенной в квадратные скобки.

Пункт 2 варианта А

49. Относительно первого критерия толкования, упомянутого в пункте 2, а именно "намерения сторон", были высказаны различные мнения. Одно из них заключалось в том, что этот критерий обычно является основным при толковании договоров или заявлений и что его применение особенно целесообразно в области гарантийных писем, поскольку они часто содержат расплывчатые или неточные формулировки.

50. Господствующее мнение, однако, заключалось в том, что этот критерий является слишком субъективным и неуместным для гарантийных писем, которые по своему характеру являются более формальными, чем, например, договор купли-продажи. Дополнительная неопределенность возникает в результате ссылки на "стороны", поскольку неясно, какие стороны подразумеваются в контексте конкретного гарантийного письма и будет ли необходимо, например, знать или выяснять, кто являлся автором условий гарантийного письма. Рабочая группа не приняла и более ограниченное предложение о том, чтобы важнейшим критерием было совместное и установленное намерение гаранта и бенефициара.

51. Определенная поддержка была выражена в отношении сохранения критерия "в обычном понимании разумного лица, а также оценки коммерческой цели сделки". Господствующее мнение, однако, было против сохранения этой ссылки, т.к. она не устанавливает достаточных принципов толкования, поскольку является в определенной степени излишней и, в обычной ситуации оспаривания условий, практически бесполезной. Было внесено предложение о том, что более уместным критерием было бы понимание информированного лица, тщательно проверяющего документы, или понятие здравого смысла по отношению к банковским операциям, как оно определяется в банковских руководствах или в официальных документах, регламентирующих банковские операции. В ответ было заявлено, что такой критерий является слишком субъективным, неопределенным и практически неприемлемым для других сторон, участвующих в операциях, связанных с гарантиями и аккредитивами.

52. Некоторые участники высказались за то, чтобы надлежащим образом учитывать "любую практику, которую стороны установили в отношениях между собой", поскольку это будет соответствовать их намерениям и ожиданиям, а также принципам добросовестности или ограничения возражений. Вместе с тем, по мнению большинства, при толковании не следует полагаться на предыдущую практику, поскольку ссылка на факты, не имеющие отношения к существу дела, противоречит принципу строгого толкования. В этой связи был поднят вопрос о том, являются ли положения статьи 6 правилами толкования или положениями об урегулировании споров.

53. Было отмечено, что концепция строгого соблюдения рассматривалась отдельно в записке секретариата, содержащейся в документе A/CN.9/WG.II/WP.68. Отдельное рассмотрение данного вопроса было обусловлено проведением разграничения между толкованием условий гарантийного письма, включая условия платежа, в соответствии со статьей 6 и проверкой соответствия платежного требования этим условиям. Были высказаны опасения в связи с тем, что такое разграничение является искусственным в том смысле, что банкиры рассматривают толкование гарантийного письма, которое имеет для них значение лишь при представлении документов, и проверку соответствия этим условиям представленных документов как единый процесс, в котором следует применять лишь один принцип.

54. После обсуждения Рабочая группа решила не сохранять пункт 2. Данное решение не исключает возможности представления последующих предложений о новом правиле толкования с учетом обсуждения других положений.

Статья 7. Форма и момент составления

55. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 7:

"1) Гарантийное письмо может быть составлено при помощи любого средства связи, которое обеспечивает его регистрацию.

Вариант А: 2) Гарантийное письмо становится обязательным и, если в нем ясно не указано, что оно является отзывным, безотзывным, когда оно получено бенефициаром [,если бенефициар незамедлительно не отклоняет его]. Гарантийное письмо вступает в силу в этот момент, если [в нем не указан другой момент вступления в силу или его вступление в силу не зависит от наступления указанного неопределенного события в будущем, когда гарант может потребовать от бенефициара или соответствующей третьей стороны заявления о наступлении такого момента, если подтверждение наступления такого момента не контролируется гарантом] [в нем ясно не предусмотрено, что его вступление в силу определяется указанным условием, которое определяется гарантом].

Вариант В: 2) Если не предусмотрено иное, гарантийное письмо вступает в силу и становится безотзывным, когда оно выдается гарантом бенефициару или принципалу или предписывающей стороне".

Пункт 1

56. Было отмечено, что пункт 1 составлен по аналогии со статьей 7(2) Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже и основывается на получившем широкую поддержку в ходе тринадцатой сессии (A/CN.9/330, пункт 105) мнении о том, что гарантийное письмо должно быть оформлено или составлено в какой-либо осязаемой или материальной форме, чтобы исключить чисто устные обязательства. Были высказаны различные замечания относительно цели данного положения и его формулировки.

57. Был поднят вопрос о том, не является ли целью пункта 1 установление правила, касающегося доказывания, как об этом можно судить, исходя из использования слова "регистрация". В ответ было отмечено, что цель данного положения заключается в установлении формального требования юридической силы гарантийного письма без выражения какого-либо мнения в отношении доказательной ценности той или иной формы регистрации сообщения, охватываемой данным требованием. Если возникнет какая-либо необходимость в определении конкретных условий, имеющих доказательные последствия (например, подписания или подтверждения подлинности), или же включении норм доказывания, применимых в судебных или арбитражных разбирательствах, то было бы целесообразно рассмотреть эти вопросы отдельно и на более позднем этапе.

58. Было внесено предложение, что унифицированный закон должен лишь предусматривать четкое оформление обязательства, с тем чтобы исключить подразумеваемые или молчаливые обязательства. Было решено, что в унифицированном законе не следует предусматривать возможность молчаливых или подразумеваемых обязательств, которые являются неопределенными и нежелательными, и что можно было бы рассмотреть вопрос либо об их игнорировании, либо исключении из сферы применения унифицированного закона. Было установлено, что независимо от того, какое решение будет принято по данному вопросу, вопрос о формальной юридической силе затрагиваться не будет. Для того чтобы не лишать чисто устные обязательства юридической силы, было предложено не устанавливать в унифицированном законе какого-либо требования относительно формы или же исключить такие обязательства из сферы его применения. Рабочая группа не согласилась с этим предложением на основании того, что чисто устные обязательства создают неопределенность и не соответствуют общепринятой банковской практике.

59. Несмотря на широкую поддержку подхода, использованного в пункте 1, был поднят вопрос о том, дает ли это положение четкие ответы во всех ситуациях. В качестве примера было указано на составление гарантийного письма по телефону в том случае, если разговор записывается на магнитофонную пленку. Получается, что этот метод не будет удовлетворять требованиям формы в соответствии с пунктом 1, поскольку это положение распространяется лишь на регистрацию, обеспечиваемую выбранным средством связи, т.е. на любой результат функционирования самой системы связи. Другой пример был связан с составлением гарантийного письма электронным способом, когда послание воспроизводится на экране принимающего устройства и вполне может быть изменено перед распечаткой. В данном случае требование в отношении формы, установленной в пункте 1, выполняется, поскольку данное послание либо хранится в памяти, либо распечатывается, либо иным образом регистрируется. В связи с этим было предложено, чтобы при регистрации, предусмотренной в пункте 1, не допускалось каких-либо исправлений или изменений содержания. В ответ было отмечено, что подобное требование, хотя его и можно приветствовать, поскольку оно направлено на обеспечение безопасности и определенности, носило бы чрезмерно ограничительный характер с практической точки зрения.

60. Исходя из вышеупомянутого примера относительно электронного сообщения, которое еще не распечатано, было предложено предусмотреть в унифицированном законе, что гарантийное письмо составляется "в письменной форме или любым другим способом, позволяющим обеспечить [на автоматической основе] его письменную регистрацию". Согласно другому предложению следует предусмотреть "письменную форму" и отметить в определении данного понятия, что оно включает

"подтвержденное послание средствами электросвязи или эквивалентное проверенное послание в результате электронного обмена данными (ЭДИ)". Было отмечено, что эта формулировка взята из статьи 2 УПГ, где термин "письменная форма" используется для установления сферы применения, а не для закрепления нормы формальной юридической силы 3/.

61. После обсуждения Рабочая группа просила секретариат рассмотреть и изменить формулировку положения в пункте 1 с учетом, в частности, последнего выдвинутого предложения.

Пункт 2

Установленный момент вступления в силу

62. По вопросу о моменте, когда гарантийное письмо, если в нем не указано иное, становится обязательным и вступает в силу, были высказаны различные мнения. Согласно одному мнению, определяющим моментом должно быть получение письма бенефициаром, как это предусмотрено в варианте А. Основной приводившийся довод заключается в том, что гарантийное письмо устанавливает взаимоотношения между гарантом и бенефициаром и что только по получении письма бенефициар получает возможность рассчитывать на обязательство гаранта. До этого момента необходимости связывать гаранта его обязательством не возникает, даже несмотря на то, что какой-либо более ранний момент, возможно, был бы уместным для целей регулирования или отчетности. Хотя не следует требовать какого-либо прямого акцепта гарантийного письма, сам факт его получения является необходимым условием молчаливого акцепта или возможного отклонения данного гарантийного письма.

63. Превалирующее мнение, однако, заключалось в том, что определяющим моментом должно быть составление или выдача гарантийного письма, как это предусматривается в варианте В (и в статье 6 УПГ). В обоснование этого мнения было заявлено, что гаранты считают себя связанными после того, как гарантийное письмо оказалось вне сферы их контроля. Момент выдачи представляет собой четкий и определенный критерий в отличие от момента получения, установление которого может оказаться весьма сложной и обременительной задачей. Определенность в том, что касается момента вступления в силу, не только желательна для целей регулирования или отчетности, но также отвечает интересам и потребностям всех участвующих сторон, включая любые банки-посредники.

64. Отмечалось, что гарантийные письма не всегда выдаются непосредственно бенефициару в качестве конечного адресата; они могут быть направлены принципалу (например, в случае выдачи гарантии в связи с участием в торгах) или предписывающей стороне, как это предусматривается в варианте В, или даже авизующему или подтверждающему банку. Учитывая разнообразие возможных практических ситуаций, было решено не пытаться перечислять всех возможных посредников, участвующих в передаче письма, а лишь сослаться на момент, когда гарантийное письмо "выдается гарантом".

Возможность незамедлительного отклонения бенефициаром

65. Некоторые сторонники момента выдачи и некоторые сторонники момента получения поддержали содержащуюся в Варианте А оговорку "если бенефициар незамедлительно не отклоняет его" (т.е. гарантийное письмо). Поскольку гарантийное письмо создает отношения между гарантом и бенефициаром, его не следует рассматривать в качестве имеющего силу в тех случаях, когда бенефициар незамедлительно после получения отклоняет его. Хотя никакого прямо выраженного согласия требоваться не должно, гарантийное письмо не должно навязываться не желающему его бенефициару.

66. В ответ было заявлено, что вопрос о возможности отклонения гарантийного письма следует рассматривать отдельно от вопроса о моменте вступления в силу, поскольку в данном случае первостепенное значение имеет обеспечение определенности. Само понятие отклонения в том, что касается гаранта, не просто совместить с фактической ситуацией, когда гарантийное письмо выдается по просьбе принципала и, предположительно, в соответствии с его инструкциями. Если данное гарантийное письмо не отвечает ожиданиям бенефициара, то вряд ли один лишь гарант обязан будет удовлетворить эти ожидания, которые к тому же скорее всего будут связаны с изменением гарантийного письма, а не с его отклонением в целом. Поскольку необходимость

3/ Статьи УПГ, на которые дается ссылка в настоящем докладе, взяты из подготовленного МТП проекта унифицированных правил для гарантий по требованию, содержащегося в документе МТП № 460/470-1/Int.16 (7 июня 1990 года).

отклонения должна быть предусмотрена унифицированным законом, можно рассмотреть вопрос о включении правила об отклонении, освобождении от ответственности или отказе со стороны бенефициара, не требуя при этом, чтобы отклонение осуществлялось незамедлительно по получении гарантийного письма.

67. После обсуждения Рабочая группа решила сохранить оговорку, заключенную в квадратные скобки, и вновь рассмотреть данный вопрос на более позднем этапе.

Положения гарантийного письма, касающиеся момента вступления в силу

68. Рабочая группа решила, что время вступления в силу, устанавливаемое унифицированным законом, не должно иметь определяющего значения, если в гарантийном письме указано иное время вступления в силу, как это предусмотрено в Варианте А. В соответствующем положении можно было бы указать на определенную дату или подлежащий определению период времени.

69. Рабочая группа рассмотрела вопрос о возможности отклонения от установленного момента вступления в силу на основании оговорки гарантийного письма, которая позволяет откладывать время вступления в силу до момента выполнения какого-либо конкретного условия. Не было высказано никаких возражений против оговорок, в соответствии с которыми выполнение такого условия может быть четко определено в том смысле, что выполнение должно быть подтверждено каким-либо документом или письменным заявлением бенефициара или другого указанного лица или что проверка выполнения вполне может быть осуществлена гарантом.

70. Тем не менее в отношении остальных положений, содержащих так называемые недокументарные условия, были высказаны различные мнения. Основываясь на результатах обсуждения в ходе тринадцатой сессии (A/CN.9/330, пункты 68-75), Рабочая группа решила, что проблема недокументарных условий вступления в силу гарантийного письма по существу аналогична проблеме недокументарных условий платежа. Фактически любое условие вступления гарантии в силу (например, оплата аванса по гарантии, обеспечивающей его возврат) можно рассматривать в качестве условия платежа.

71. Одно мнение заключалось в том, что недокументарные условия должны не допускаться или не приниматься во внимание, как это предусмотрено в заключенной в скобки формулировке в конце варианта А, которая основана на статье 6 УПГ. Было отмечено, что условия, требующие изучения посторонних фактов, являются нежелательными, так как они выходят за рамки обычных операций банков и могут противоречить независимому характеру обязательства. Обязательства, оговоренные недокументарными условиями, фактически можно рассматривать как вспомогательные обязательства, которые выходят за рамки унифицированного закона. Кроме того, недокументарные условия часто включаются в гарантийное письмо по небрежности; и практика показывает, что, если они включаются в гарантийное письмо намеренно, появляется возможность для мошенничества, злоупотребления или умышленного искажения фактов.

72. Согласно другой точке зрения, основанной на аналогичных соображениях, недокументарные условия следует преобразовать в документарные в соответствии с заключенной в квадратные скобки формулировкой варианта А о том, что "гарант может потребовать от бенефициара или соответствующей третьей стороны заявления о наступлении такого момента". Отмечалось, что данная формулировка отражает мнение, преобладавшее на тринадцатой сессии (A/CN.9/330, пункт 75). Было предложено улучшить данную формулировку, приняв во внимание различные виды условий. Другое предложение заключалось в том, чтобы рекомендовать сторонам согласовать средства проверки или доказывания, а при отсутствии такого соглашения считать достаточным заявление бенефициара.

73. Согласно другому мнению, основанному на иных соображениях, в унифицированном законе не следует игнорировать недокументарные условия или же преобразовывать их в документарные условия, а необходимо сохранить их в том виде, в каком они изложены в варианте В. Хотя, исходя из данного недокументарного условия, можно прийти к выводу, что соответствующее обязательство не является независимым в соответствии со статьей 3, подобная ситуация возникает не всегда, и несоблюдение условия, являющегося частью независимого обязательства, будет противоречить автономии и ожиданиям сторон. Применение таких оговорок в настоящее время свидетельствует об их практической необходимости и, поскольку банки рассматривают их как нежелательные или противоречащие установившейся банковской практике, именно они должны отклонить их или не допустить их включения в гарантийные письма.

74. Согласно другому мнению, поддержанному некоторыми сторонниками вышеуказанных мнений, можно было бы рассмотреть вопрос об исключении из сферы применения унифицированного закона всех обязательств, содержащих какие-либо недокументарные условия вступления в силу или платежа. Если определение гарантийного письма в статье 2 и определение независимости в

статье 3 будут пересмотрены, с тем чтобы ограничить сферу применения так называемыми "документарными гарантийными письмами", то унифицированный закон не будет регулировать какие-либо обязательства с недокументарными условиями, т.е. не будет признавать такие условия действительными, лишать их юридической силы или же преобразовывать их в документарные условия. В ответ на это было указано, что в связи с недокументарными условиями на практике возникают серьезные проблемы, которые требуют юридического решения. Вместо того чтобы игнорировать данную проблему или уклоняться от ее решения, необходимо принять все меры для нахождения приемлемого решения на основе дальнейшего рассмотрения соответствующих видов условий и точного значения понятия независимости.

75. После обсуждения Рабочая группа решила вернуться к рассмотрению проблемы недокументарных условий, включая возможность ограничения сферы применения унифицированного закона лишь документарными обязательствами, на одной из следующих сессий. Позже Рабочая группа возобновила обсуждение недокументарных условий (см. пункты 111-118 ниже).

III. ДАЛЬНЕЙШЕЕ ОБСУЖДЕНИЕ ВОПРОСОВ, ОТНОСЯЩИХСЯ К УНИФИЦИРОВАННОМУ ЗАКОНУ: ВНЕСЕНИЕ ПОПРАВОК, ПЕРЕДАЧА ПРАВ, ИСТЕЧЕНИЕ СРОКА ДЕЙСТВИЯ И ОБЯЗАТЕЛЬСТВА ГАРАНТА

A. Внесение поправок

76. Рабочая группа обсудила вопросы, касающиеся внесения поправок в гарантийное письмо, на основе соображений и предложений, изложенных в записке секретариата (A/CN.9/WG.II/WP.68, пункты 3-17). Было решено, что унифицированный закон должен содержать положения о внесении поправок в гарантийное письмо.

Стороны, согласие которых требуется

77. В отношении сторон, согласие которых требуется для того, чтобы поправка вступила в силу, было решено, что гарантийное письмо не может быть изменено без согласия гаранта, обязательства которого затрагиваются, и бенефициара, права которого затрагиваются. По вопросу о том, должно ли требоваться помимо этого согласие принципала, были высказаны различные взгляды. Согласно одному мнению, поправка не должна вступать в силу без согласия принципала, поскольку первоначальное гарантийное письмо было составлено на основании инструкций принципала, а любая поправка приводит к изменению первоначальных условий. Требование согласия со стороны принципала отвечает также интересам гаранта, поскольку оно исключает возможность возражения принципала в связи с требованием о возмещении, которое может быть выдвинуто позднее.

78. Вместе с тем, по мнению большинства, согласие принципала не должно быть обязательным условием вступления поправки в силу, поскольку поправка касается гарантийного письма, которое устанавливает отношения лишь между гарантом и бенефициаром. Любые соображения в отношении инструкций или пожеланий принципала, а также положение гаранта в связи с последующим требованием о возмещении относятся исключительно к отдельным отношениям между гарантом и принципалом.

79. Отмечалось, что такие соображения могли бы быть оговорены в унифицированном законе, однако отдельно от правила, требующего согласия лишь гаранта и бенефициара. Одно из предложений заключалось в том, чтобы добавить следующую формулировку: "Настоящее положение не освобождает от ответственности в случае неполучения согласия принципала, поскольку оно может требоваться в соответствии с соглашением или инструкциями между принципалом и гарантом". Согласно другому предложению, следует обязать гаранта информировать принципала о любой поправке или любой просьбе о поправке. Еще одно предложение заключалось в том, чтобы предусмотреть, что гарант в своих отношениях с принципалом может применять поправку лишь в том случае, если принципал согласился с ней.

80. Высказывались различные мнения по поводу того, должно ли согласие бенефициара быть явно выраженным или же отсутствие ответа будет означать согласие. В соответствии с одним мнением согласие должно быть явно выраженным или, по возможности, подтверждено действием или поведением в соответствии с условиями поправки. В обоснование такого мнения отмечалось, что установленные отношения могут быть изменены лишь на основе четкого соглашения сторон и что явно выраженное согласие особенно необходимо в тех случаях, когда поправка невыгодна для бенефициара.

81. Согласно другому мнению, поправку можно считать принятой, если не получено ответа, т.е. если бенефициар не отклонил поправку должным образом или в установленный срок. Отмечалось, что это мнение соответствует подходу, принятому Рабочей группой в отношении составления гарантийного письма (статья 7(2)), и что оно учитывает тот факт, что большая часть поправок (например, продление срока действия) расширяет права бенефициара.

82. Рабочая группа отклонила предложение подготовить два свода правил в зависимости от того, является ли данная поправка выгодной или невыгодной для бенефициара. Отмечалось, что применять правила, предусматривающие учет субъективных суждений, не так просто.

83. После обсуждения Рабочая группа постановила, что решение о том, должно ли согласие бенефициара быть явно выраженным или же достаточно молчаливого согласия, будет принято на одной из последующих сессий на основе альтернативных проектов положений, которые подготовит секретариат.

Форма поправки

84. Рабочая группа решила, что поправка может быть сделана в любой форме, в которой может быть составлено гарантийное письмо в соответствии со статьей 7(1), поскольку нет оснований для более строгого или менее строгого требования о форме. Соответствие необходимо также обеспечить с учетом того, что гарантийное письмо с внесенными в него поправками может рассматриваться как новое гарантийное письмо.

85. Было решено, что положение о форме поправок не должно носить обязательный характер, с тем чтобы можно было применять любую другую форму требования, которая предусмотрена в гарантийном письме или иным образом согласована гарантом и бенефициаром. Было высказано мнение, что необязательный характер этого положения может быть рассмотрен в будущем. Было внесено предложение включить в закон правило, аналогичное статье 29 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле-продаже.

Момент вступления в силу

86. Рабочая группа решила, что правило о моменте вступления поправки в силу должно основываться на подходе, принятом в отношении момента вступления в силу первоначального гарантийного письма. Было отмечено, что при обсуждении статьи 7(2) Рабочая группа отдала предпочтение моменту выдачи гарантийного письма в качестве определяющего момента времени и что оговорка, касающаяся незамедлительного отклонения гарантийного письма бенефициаром, была сохранена в квадратных скобках для рассмотрения на более позднем этапе.

87. Было отмечено, что принятие того или иного правила о моменте вступления поправки в силу будет зависеть от того, какое из двух вышеизложенных предложений (пункты 80 и 81) относительно молчаливого согласия бенефициара будет принято. Если будет принято решение в пользу молчаливого акцепта, то правило о поправках может быть сформулировано на основе правила о составлении, которое содержит соответствующую оговорку. Если будет принято решение в пользу явно выраженного акцепта, то либо момент акцепта будет определять момент вступления в силу, либо акцепт будет иметь обратную силу. Рабочая группа просила секретариат разработать альтернативные проекты положений с учетом изложенных мнений.

B. Передача прав и переуступка поступлений

88. Рабочая группа обсудила вопросы, касающиеся передачи прав и переуступки поступлений, на основе замечаний и предложений, изложенных в записке секретариата (A/CN.9/WG.II/WP.68, пункты 18-23). Было решено, что проводимое в этой записке, а также в УОП и УПГ различие между передачей права бенефициара требовать осуществления платежа в соответствии с гарантийным письмом и простой переуступкой поступлений является обоснованным и целесообразным.

Передача прав

89. Рабочая группа решила, что бенефициар не должен обладать правом передавать свои права без разрешения гаранта, которое может быть предусмотрено в гарантийном письме или же даваться отдельно. Было отмечено, что требование в отношении такого разрешения учитывает возможное желание гаранта как должника не устанавливать отношений с неприемлемым для него новым кредитором и, что еще важнее, косвенно соответствует заинтересованности принципала в том, чтобы права, определенные гарантийным письмом, принадлежали тому лицу, чей риск должен покрываться данным гарантийным письмом. Последнее соображение имеет особое значение, если бенефициар является кредитором по основной сделке с принципалом.

90. Предложение более ограничительного характера состояло в том, чтобы ограничить право передачи теми случаями, когда кредитор по основной сделке, чьи интересы обеспечены гарантией, меняется в результате переуступки основного договора или каким-либо иным образом. В этой связи Рабочая группа обсудила возможное воздействие такой смены на отношения между бенефициаром и гарантом. Было отмечено, что могут быть приняты различные решения, например, об автоматическом прекращении действия гарантийного письма или автоматической передаче прав бенефициара или об отсутствии каких-либо автоматических последствий, причем в последнем случае любое требование бенефициара, не являющегося более кредитором принципала, может рассматриваться как злоупотребление правами. Рабочая группа пришла к выводу о том, что необходимо продолжить изучение данной проблемы.

Переуступка поступлений

91. Рабочая группа решила, что бенефициар может переуступать любые ожидаемые поступления в тех случаях, когда гарант готов выполнить свое обязательство в соответствии с гарантийным письмом. Несмотря на некоторые сомнения относительно целесообразности включения в унифицированный закон подобного правила, Рабочая группа пришла к выводу, что такое правило может оказаться полезным.

92. Были высказаны различные мнения относительно необходимости предусматривать дополнительные правила, касающиеся направления гаранту уведомления о переуступке и других вопросов применения. Согласно одному мнению, в рамках унифицированного закона не следует пытаться унифицировать различающиеся внутренние законы о переуступке и, например, регулировать извещение о переуступке поступлений в зависимости от того, какие требования предъявляются к этому документу для того, чтобы считать его действительным. Другая точка зрения заключалась в том, что в унифицированном законе следует рассматривать те вопросы, которые непосредственно касаются отношений между бенефициаром и гарантом. Один из таких вопросов связан с требованием направлять уведомление, которое имеет важное значение для должного выполнения гарантом своих платежных обязательств. В ответ было указано, что вопрос надлежащего выполнения обязательств включает также и другие вопросы, например, о банкротстве бенефициара или о платеже агенту-инкассатору.

93. После обсуждения Рабочая группа просила секретариат подготовить проекты положений об уведомлении и, возможно, по другим аспектам применения в качестве основы для дальнейшего рассмотрения данного вопроса.

C. Истечение срока действия

94. Рабочая группа обсудила вопросы, связанные с истечением срока действия гарантийного письма, на основе соображений и предложений, изложенных в записке секретариата (A/CN.9/WG.II/WP.68, пункты 24-43). Было решено, что определенность относительно истечения срока действия имеет существенное практическое значение и что унифицированный закон может повысить такую определенность в двух аспектах, а именно в отношении значения и последствий истечения срока действия, установленного в гарантийном письме, и в отношении возможных требований, связанных с оговорками об истечении срока действия.

Значение и последствия истечения срока действия

95. Рабочая группа решила, что значение даты истечения срока действия, указанной в гарантийном письме, состоит в том, что платежное требование, сопровождаемое любыми необходимыми документами, может быть представлено лишь до этой даты или в эту дату и что, соответственно, гарант не обязан осуществлять платеж по требованию, представленному после этой даты. Учитывая тот факт, что в некоторых правовых системах суды дают иное толкование, было решено закрепить это значение в унифицированном законе, включив положение, аналогичное статье 19 УПГ. Статья 19 УПГ гласит:

> "Любое требование должно представляться в соответствии с положениями гарантии не позднее срока ее истечения, и, в частности, все документы, указанные в гарантии с целью востребования, представляются гаранту не позднее срока истечения гарантии в месте ее выдачи, в противном случае требование отклоняется".

96. Было достигнуто согласие в отношении того, что это будущее положение должно четко устанавливать, является ли соответствующим моментом представления требования момент отправления его бенефициаром или момент его получения гарантом. Никаких замечаний относительного того, следует ли этому положению придать обязательную силу, сделано не было.

97. Рабочая группа решила, что срок действия истекает автоматически, т.е. независимо от каких-либо дальнейших действий, например, возврата гарантийного письма или заявления бенефициара об освобождении от обязательств. Это понимание должно быть отражено в унифицированном законе, по крайней мере в отношении возврата гарантийного письма, аналогично тому, как это делается в статье 24 УПГ, которая гласит:

> "В случае прекращения гарантии в результате осуществления платежа, истечения срока действия, аннулирования или по любой другой причине сохранение гарантии или любых поправок к ней не влечет за собой сохранения каких-либо прав бенефициара по гарантии".

98. Возможно, следует также рассмотреть вопрос о включении положения, аналогичного статье 23 УПГ, о возврате гарантийного письма и освобождении от обязательств до истечения срока действия. Было отмечено, что любое положение, взятое из УПГ, получит иную юридическую силу, если оно будет включено в унифицированный закон и вступит в действие в конкретном государстве, поскольку оно, в отличие от любого договорного положения, заменит любую правовую норму, например норму, согласно которой истечение срока действия обусловлено возвращением гарантийного документа.

Возможные требования в связи с оговорками об истечении срока действия

99. Рабочая группа решила, что оговорки об истечении срока действия могут содержать обоснованные ссылки на конкретную дату и оговоренный срок после выдачи гарантийного письма. Что касается оговорок, которые связывают истечение срока действия с определенным актом, событием или другим условием, то необходимо будет провести разграничение в зависимости от того, требует ли определение истечения срока действия проверки или установления фактов. Если никакой такой проверки не потребуется, поскольку истечение срока действия основано на представлении определенных документов, то никаких серьезных проблем, по-видимому, не возникнет, за исключением потенциальной опасности создания бессрочного обязательства, по крайней мере, если соответствующий документ должен представляться бенефициаром.

100. В то же время были высказаны серьезные оговорки в отношении других положений, которые требуют установления фактов, не относящихся к компетенции гаранта. Поэтому было предложено, чтобы любое недокументарное условие истечения срока действия толковалось в качестве документарного или преобразовывалось в него. Было отмечено, что документарный подход был использован в статье 22 УПГ, согласно которой представление документов само по себе квалифицируется в качестве события, влекущего за собой истечение срока действия. Статья 22 УПГ гласит:

> "Истечение срока заявления требований наступает к определенной календарной дате ("дата истечения срока действия") или по представлении гаранту документа(ов), оговоренного(ых) для цели истечения срока действия ("событие, влекущее за собой истечение срока действия"). Требования, полученные после даты истечения срока действия или события, влекущего за собой истечение срока действия, гарантом отклоняются".

101. Различные мнения были высказаны по вопросу о том, должен ли унифицированный закон требовать включения в гарантийные письма оговорки об истечении срока действия, и каковы в этом случае должны быть санкции за невыполнение. Хотя определенную поддержку получило предложение не признавать силы гарантийных писем, не содержащих оговорки об истечении срока действия, большинство считало, что не следует требовать включения оговорок об истечении срока действия, поскольку гарантийные письма без таких оговорок встречаются на практике и такая практика может быть вполне обоснованной. В то же время можно рассмотреть вопрос об установлении в унифицированном законе предельного срока, например в пять лет, который будет определять истечение срока действия тех гарантийных писем, которые не содержат таких оговорок. При подготовке соответствующего проекта положения для последующего рассмотрения в Рабочей группе секретариату следует учесть возможную заинтересованность сторон в установлении более продолжительного по сравнению с предельным срока действия.

102. После обсуждения Рабочая группа просила секретариат подготовить проекты положений об истечении срока действия на основе вышеизложенных выводов и предложений.

D. Обязательства гаранта

103. Рабочая группа рассмотрела вопросы, касающиеся обязательства гаранта произвести платеж по соответствующему требованию (включая вопрос о стандарте изучения соответствия), на основе соображений и предложений, изложенных в записке секретариата (A/CN.9/WG.II/WP.68, пункты 44-57) 4/.

104. Что касается надлежащей формы требования, то Рабочая группа пришла к согласию о том, что чисто устные требования не должны допускаться.

105. Было внесено предложение перечислить в унифицированном законе в контексте выполнения условий платежа или в статье 3(2)(c) четыре основных вида гарантийных писем, обычно используемых на практике. Эти виды писем были кратко охарактеризованы следующим образом: платеж причитается 1) по простому требованию, 2) по дополнительному заявлению бенефициара о невыполнении принципалом его обязательств, 3) по дополнительному конкретному указанию обязательств, нарушенных принципалом, или 4) по представлении документальных доказательств невыполнения принципалом его обязательств (например, заверенное свидетельство третьей стороны, судебное или арбитражное решение). Предложенный перечень, который не следует считать исчерпывающим, может быть использован для информационных целей и будет являться подтверждением того, что все четыре вида писем используются и признаются в международной практике. Против этого предложения были выдвинуты возражения на том основании, что при постоянно развивающейся практике перечень таких конкретных моментов в законе будет неуместным, если не ставится четкой цели регулирования, и что может возникнуть неправильное представление, что закон содержит специальное признание четырех перечисленных видов писем.

106. Что касается метода определения соответствия документов, то широкая поддержка была выражена включению в унифицированный закон положения, аналогичного статье 9 УПГ. Статья 9 УПГ гласит:

> "Все документы, указанные и представленные по гарантии, включая требование, изучаются гарантом с разумной осмотрительностью, с тем чтобы удостовериться, соответствуют ли они или отвечают ли по внешним признакам условиям гарантии. Документы, которые, как представляется, не обеспечивают такое соответствие или по внешним признакам не соответствуют друг другу, отклоняются".

107. Особая поддержка была высказана включению понятия соответствия по внешним признакам и требования разумной осмотрительности. Были внесены различные предложения для выработки дополнительных руководящих принципов определения понятия соответствия по внешним признакам и требования разумной осмотрительности. Одно предложение заключалось в том, чтобы закрепить в унифицированном законе принцип строгого соответствия документов условиям гарантийного письма. Указывалось, однако, что этот широко признанный принцип, возможно, не дает четкого ответа на вопрос о допустимой степени отклонения и что возможности для его применения в отношении гарантийных писем, по-видимому, являются более ограниченными, чем в отношении товарных аккредитивов. Другое предложение заключалось в том, что требование разумной осмотрительности следует толковать с учетом установившихся обычаев и практики. Еще одно предложение заключалось в том, что соблюдение требования о разумной осмотрительности со стороны гаранта следует устанавливать на основании поведения наиболее осмотрительных пользователей гарантийных писем. В ответ было заявлено, что любой уровень осмотрительности необходимо оценивать применительно к определенной группе лиц и что в ситуации, когда существует потенциальная коллизия интересов, никакого предпочтения одной такой группе лиц отдавать не следует.

108. На основании вышеизложенного обсуждения в Рабочей группе была предложена следующая формулировка:

> "При анализе условий независимых гарантий или резервных аккредитивов гарант или эмитент должен добиваться строгого соответствия, т.е. проявлять разумную осмотрительность для установления соответствия по внешним признакам, проводя оценку в соответствии с наиболее высокими стандартами практики в области независимых гарантий и резервных аккредитивов".

4/ В связи с нехваткой времени Рабочая группа не смогла рассмотреть вопросы, связанные с предоставлением времени на изучение соответствия, обязанностями по уведомлению, ответственностью и освобождением от нее, обсуждавшиеся в документе A/CN.9/WG.II/WP.68, пункты 58-72.

109. Хотя подход, использованный в этом предложении, получил широкую поддержку, были высказаны замечания относительно формулировки. Один из вызывающих озабоченность моментов заключался в том, что стандарт, подлежащий применению при оценке поведения гаранта, в определенной степени охарактеризован косвенным образом. Другой момент, вызвавший озабоченность, заключался в том, что ссылка на наиболее высокие стандарты практики в области независимых гарантий и резервных аккредитивов, возможно, является слишком общей и не позволяет дать четкие ответы в конкретных случаях, когда необходимы руководящие принципы. Еще один вопрос заключался в том, что ссылка на "наиболее высокие" стандарты, хотя ее цель следует всячески приветствовать, возможно, приемлема не для всех.

110. После обсуждения Рабочая группа постановила продолжить рассмотрение этого предложения на одной из своих будущих сессий и просила секретариат подготовить альтернативные варианты проекта на основе этого предложения и на основе статьи 9 УПГ.

E. Регулирование недокументарных условий

111. В ответ на высказанную глубокую озабоченность Рабочая группа возобновила обсуждение вопроса о недокументарных условиях, к которому она приступила при рассмотрении варианта А проекта статьи 7(2) (см. пункты 70-75, выше). Озабоченность вызывало то, что проблема недокументарных условий имеет основополагающее значение и оказывает влияние на решение всех вопросов, которые должны быть обсуждены в связи с подготовкой унифицированного закона. Было заявлено, что необходимо незамедлительно найти удовлетворительное решение, направленное на ограничение сферы применения унифицированного закона теми независимыми обязательствами, которые по своему характеру являются документарными. Наличие недокументарных условий является весьма нежелательным, поскольку они создают неопределенность и возлагают на банки бремя изучения посторонних фактов, что не входит в сферу их обычных операций (ибо, как гласит афоризм: банки имеют дело с документами, а не с товарами).

112. Недокументарные условия, как отмечалось, попадают в тексты гарантийных обязательств двумя различными путями. Первый из них был охарактеризован как небрежность или неосмотрительность выдающего банка, который, например, забывает упомянуть один из целого ряда документов, обычно необходимых для такого типа обязательства. Второй путь был охарактеризован как намерение или умысел гаранта и, возможно, принципала, например, в тех случаях, когда во внешне независимую и документарную гарантию включается недокументарное условие, относящееся к основной сделке. Ситуацию первого типа, по-видимому, целесообразно охватить унифицированным законом и либо не обращать внимания на недокументарное условие, либо преобразовать его в документарное. В то же время ситуацию второго вида следует исключить из сферы применения унифицированного закона. Не следует подкреплять обязательства, выданные в подобных ситуациях, или же расценивать их как обеспечивающие какую-либо определенность.

113. С учетом вышеупомянутой озабоченности было внесено следующее предложение:

"1. Сфера применения: Настоящий проект распространяется только на независимые документарные обязательства.

2. Если обязательство составлено таким образом, что оно по существу является независимым документарным обязательством, однако оно включает какое-либо условие, которое не должно подкрепляться каким-либо документом, и если это условие не превращает данное обязательство по существу в недокументарное, то данное обязательство будет входить в сферу применения закона/конвенции ЮНСИТРАЛ. Недокументарное условие будет либо не приниматься во внимание, либо преобразовываться в документарное условие в зависимости от решения, которое будет принято Рабочей группой на ее будущих сессиях.

3. Если обязательство составлено таким образом, что оно по существу является недокументарным, хотя и включает документарные условия, данное обязательство не будет входить в сферу применения закона/конвенции ЮНСИТРАЛ. Вопрос о возможности и условиях обеспечения его выполнения будет являться предметом регулирования исключительно внутреннего права.

4. Определение того, является ли данное обязательство по существу документарным или недокументарным, должно выноситься на основании изучения характера обязательства с учетом практики гарантий/резервных аккредитивов с тем, чтобы установить, соответствует ли это обязательство по виду и форме обычно выдаваемому недокументарному или документарному обязательству".

114. Высказывались различные замечания в отношении основополагающих концепций и целей данного предложения, уместности предлагаемого решения и установления различия между по существу документарным и недокументарным обязательством. Что касается основополагающей концепции, то в ходе дискуссии высказывались мнения, что данное предложение основано на сближении независимого и документарного характера обязательства. Цель данного подхода заключается в том, чтобы ограничить сферу применения унифицированного закона в большей степени, чем это предусмотрено в настоящее время содержащимся в проекте статьи 3 требованием о независимости обязательства, т.е. предложение охватывает недокументарные условия, которые не делают обязательство вспомогательным в результате предоставления гаранту средств защиты, вытекающих из основной сделки.

115. Были высказаны различные мнения в отношении предлагаемого решения об исключении таких видов обязательств из сферы применения унифицированного закона. Согласно одному мнению, данное решение является приемлемым, поскольку оно не затронет автономии сторон и не будет способствовать применению таких неопределенных обязательств или признанию их значения. Согласно другому мнению, было бы разумным не включать эти обязательства в отличающиеся друг от друга и неопределенные национальные законодательства, а регулировать их в унифицированном законе, в частности если они создают проблемы, которых нельзя избежать или которые не могут быть решены самими банками. Согласно еще одному мнению, хотя исключение таких обязательств из сферы применения может показаться желательным, принятие такого решения в конечном счете будет зависеть от того, возможно ли будет провести четкую разграничительную линию между видами обязательств, которые следует исключить, и теми из них, которые следует включить в сферу применения унифицированного закона.

116. Высказывались мнения в поддержку вышеуказанного предложения о разграничении по существу документарных и недокументарных обязательств. Вместе с тем высказывались сомнения в отношении правила толкования, предложенного в последней части предложения (пункт 4). Например, высказывалось сомнение по поводу того, будет ли уместным и справедливым ссылаться на обычно выдаваемые документы в тех случаях, когда возможна коллизия интересов трех лиц. Высказывалось также сомнение в отношении того, существуют ли на самом деле достаточно точные виды и формы обязательств, которые могут дать точные ответы в сомнительных случаях, когда необходимы руководящие принципы. Поскольку такое разграничение означает разграничение между неумышленным и умышленным включением недокументарных условий, высказывалось сомнение по поводу того, не привнесет ли это элемент субъективности и неопределенности. В ответ отмечалось, что понятие умышленности следует расценивать с точки зрения объективности и что на практике используются достаточно точные виды и формы обязательства и их краткое описание целесообразно включить в раздел унифицированного закона, касающийся определений. Кроме того, отмечалось, что в случае возможного конфликта между принципалом и бенефициаром, гарант будет играть нейтральную роль плательщика, пользующегося доверием, и надежного кассира.

117. Во избежание неопределенности предлагаемого разграничения предлагалось считать обязательство, в котором используются такие конкретные слова, как "независимый документарный резервный аккредитив", по существу документарным. Было предложено также четко определить понятие "недокументарное условие" и, в частности, определить, какие условия следует считать недокументарными.

118. После обсуждения Рабочая группа решила, что проблема недокументарных условий, которая вызвала вышеуказанную обеспокоенность, является принципиальной и сложной и что предложение об исключении по существу недокументарных обязательств из сферы применения унифицированного закона является полезной основой для дальнейших обсуждений, которые необходимы для нахождения приемлемого решения.

IV. ПРОЧИЕ ВОПРОСЫ

119. Рабочая группа постановила провести свою пятнадцатую сессию 13-24 мая 1991 года в Нью-Йорке. При условии одобрения Комиссией на ее двадцать четвертой сессии (Вена, 10-28 июня 1991 года), Рабочая группа проведет свою шестнадцатую сессию 4-15 ноября 1991 года в Вене.

B. Рабочие документы, представленные Рабочей группе по международной договорной практике на ее четырнадцатой сессии

1. Независимые гарантии и резервные аккредитивы: унифицированный закон о международных гарантийных письмах: первый проект общих положений и статьи о составлении: записка секретариата (A/CN.9/WG.II/WP.67) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

	Страница
ВВЕДЕНИЕ	513
I. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ	513
Статья 1. Сфера применения	513
Статья 2. Гарантийное письмо	514
Статья 3. Независимость обязательства	515
Статья 4. Международный характер	516
Статья 5. Толкование настоящего закона	518
Статья 6. Толкование гарантийного письма	518
II. СОСТАВЛЕНИЕ, ВНЕСЕНИЕ ПОПРАВОК И ИСТЕЧЕНИЕ СРОКА ДЕЙСТВИЯ	519
Статья 7. Форма и момент составления	519

ВВЕДЕНИЕ

1. На своей тринадцатой сессии Рабочая группа по международной договорной практике рассмотрела на основе записки секретариата (A/CN.9/WG.II/WP.65) возможные вопросы для рассмотрения в связи с унифицированным законом о гарантиях и резервных аккредитивах (A/CN.9/330). Эти вопросы касались основной сферы применения унифицированного закона, автономии сторон и ее пределов и возможных правил толкования. Рабочая группа провела также предварительный обмен мнениями по вопросам, касающимся формы и момента составления гарантийного письма. Она просила секретариат представить на следующей сессии первый проект статей с возможными вариантами по вопросам, рассмотренным в ходе тринадцатой сессии.

2. Настоящая записка подготовлена в соответствии с этой просьбой. В ней представлен первый проект общих положений, касающихся основной сферы применения и толкования, а также первый проект статьи о составлении.

3. Такая форма представления призвана содействовать проведению обсуждений и принятию Рабочей группой решений по различным вопросам, рассматриваемым в проекте положений; как правило, альтернативные формулировки или конкретные предварительные предложения заключаются в квадратные скобки; некоторые альтернативные формулировки, которые представляются сложными или в которых отражены различные подходы, помечены как варианты. Вариант может содержать элемент, который является взаимозаменяемым в том смысле, что он может использоваться в связи с другим вариантом, в зависимости от решения Рабочей группы по вопросу, рассматриваемому в данном элементе. После того, как Рабочая группа примет решение по альтернативной формулировке или по ее части, секретариат рассмотрит соответствующую формулировку с точки зрения ее полноты и стиля.

4. После каждого проекта положения следуют примечания с кратким пояснением проекта положения и его элементов или вариантов; отдельная нумерация пунктов примечаний (в квадратных скобках, например, [3]) указывает на ту часть проекта положения, к которой примечание имеет самое непосредственное отношение. С целью краткости изложения, как правило, в замечаниях не повторяются и не делаются ссылки на соответствующие мнения и заключения Рабочей группы на ее тринадцатой сессии, информацию о которых можно без труда получить из доклада о работе этой сессии (A/CN.9/330).

I. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Статья 1. Сфера применения [1]

Настоящий закон [2] применяется к международным гарантийным письмам [3] [выданным в данном государстве] [4].

Примечания

1. В настоящей записке проектам положений присвоены названия статей для удобства ссылки при рассмотрении их Рабочей группой. Если позже будет решено сохранить названия в окончательном варианте, можно будет рассмотреть вопрос о добавлении пояснительной сноски, аналогичной той, которая содержится в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже: "названия статей даются только для справочных целей и не должны использоваться для целей толкования".

2. Что касается предложения об использовании термина "закон", следует напомнить, что задача Рабочей группы состоит в том, чтобы подготовить соответствующий документ, будь то в форме типового закона или в форме конвенции, и что Рабочая группа согласилась принять решение по вопросу о форме этого документа позднее. Если будет принято решение в поддержку конвенции, необходимо будет внести поправки в данный и другие проекты изложений.

3. Термин "международный" определяется в проекте статьи 4, а определение термина "гарантийное письмо" представлено в проекте статьи 2.

4. Слова, заключенные в квадратные скобки, были добавлены главным образом для того, чтобы показать соответствующее расположение любого критерия территориальной сферы применения. Если предлагаемый критерий может послужить основой для предварительного рассмотрения вопроса, то, по всей видимости, подробные обсуждения, возможно, целесообразнее провести на более поздней стадии, когда речь пойдет о возможных правилах, касающихся коллизии норм права.

* * *

Статья 2. Гарантийное письмо [1]

Гарантийное письмо, независимо от того, называется ли оно гарантийным письмом, гарантией, обеспечением, гарантийным обеспечением или резервным аккредитивом [2], является независимым [3] обязательством, выдаваемым банком или другим учреждением или лицом ("гарантом") [по просьбе его клиента ("принципала") или по поручению другого банка, учреждения или лица ("предписывающей стороны"), действующего по просьбе своего клиента ("принципала")] [4] [независимо от того, имеется ли просьба или поручение от другого учреждения или лица] [5] уплатить другому лицу ("бенефициару") [6] соответствующую или определимую сумму в указанной валюте [расчетных единицах или других единицах стоимости][7] в соответствии с условиями обязательства.

Примечания

1. Данный проект положения представляет собой единое определение гарантийного письма, охватывающее независимые гарантии и резервные аккредитивы. По всей видимости, такой обобщенный подход оправдан, поскольку они функционально эквивалентны и по существу имеют схожий юридический характер. Если будет сочтено, что необходим или предпочтителен двойной подход с двумя отдельными определениями, то можно будет рассмотреть вопрос о формулировании определений на основе тех, которые содержатся в проекте унифицированных правил для гарантий МТП (УПГ) и Унифицированных правил и обычаев для документарных аккредитивов (УПО). Вместе с тем, что касается определения "аккредитив" в статье 2 УПО, возможно, будет необходимо выразить гарантийную функцию резервного аккредитива в отличие от функции гарантированной оплаты традиционного товарного аккредитива, например путем добавления следующей формулировки: "данный с целью предоставить бенефициару гарантии на случай невыполнения обязательств принципалом или на случай другого соответствующего риска".

2. Данная формулировка обусловлена словами статьи 1 УПГ "как бы ни назывался или описывался". Ее цель состоит в том, чтобы разъяснить, что обязательство может быть квалифицировано как гарантийное письмо независимо от его названия и даже без всякого названия. Предлагаемая формулировка может иметь и другую цель, состоящую в том, чтобы дать примеры наиболее общих видов независимых обязательств, которые могут подпадать под новое название "гарантийное письмо". Для достижения этой цели разъяснения и предоставления информации необходимо внимательно рассмотреть перечень видов обязательств с тем, чтобы представить наиболее подходящие названия, используемые на настоящий момент в различных регионах и языках.

3. Термин "независимый" определяется в проекте статьи 3.

4. Данная формулировка является сокращенным вариантом соответствующего элемента, содержащегося в пункте (а) статьи 2 УПГ. В ней отсутствуют, в частности, слова "и ответственность" (возлагаемая на принципала или предписывающую сторону), которые не являются уместными в определении независимого обязательства. Формулировка не дает надлежащего контекста для определения таких терминов, как "контргарантийное письмо" или "подтверждение гарантийного письма", хотя она охватывает эти виды гарантийных писем. Необходимость в таких определениях зависит от того, будут ли включены в нормоустанавливающие правила унифицированного закона какие-либо специальные положения о таких видах гарантийных писем.

5. Данная формулировка, в которой не содержится требования о просьбе (принципала или предписывающей стороны), включает подобные обязательства, данные гарантом за свой счет или от своего имени в тех случаях, когда одна сторона является одновременно гарантом и принципалом. Поскольку данная формулировка не дает контекста для любых определений, они будут представлены, если потребуется, в других положениях.

6. Можно рассмотреть вопрос о добавлении слов "или лиц", с тем чтобы в ясной форме предусматривалась возможность существования нескольких бенефициаров, как, в частности, это имеет место в случае финансовых резервных аккредитивов, которые, как правило, выдаются нескольким бенефициарам или доверенным представителям множественных бенефициаров или суббенефициаров. Такое разъяснение может помочь преодолеть проблемы в тех правовых системах, где правила юридического толкования не приведут к выводу о том, что понятие единственности включает понятие множественности.

7. Формулировка, заключенная в квадратные скобки, будет более широкой по сфере охвата, чем выражение "выплата денег", содержащееся в статье 2 УПГ. Эта формулировка включает расчетные единицы, о которых более подробно говорится в пункте 1 статьи 5 Конвенции Организации Объединенных Наций о международных переводных векселях и международных простых векселях (далее в тексте - "Конвенция ЮНСИТРАЛ о векселях"). Кроме того, она позволит устранить высказанную на тринадцатой сессии озабоченность в отношении того, что ссылка на выплату денег или валюты может быть слишком узкой в том смысле, что в нее не будет включено, например, обязательство совершить платеж золотом (A/CN.9/330, пункт 21).

* * *

Статья 3. Независимость обязательства [1]

Вариант A: [2] 1) [Международное] [3] обязательство является [считается] [4] независимым за исключением тех случаев, когда его условия [5] свидетельствуют о том, что обязательство платежа зависит от наличия или законности основной сделки между принципалом и бенефициаром или любых других взаимоотношений за исключением тех, которые возникли в результате обязательства, или что гарант может прибегнуть к средствам правовой защиты, вытекающим из взаимоотношений, не являющихся взаимоотношениями с бенефициаром [6].

Вариант B: [7] 1) Обязательство является независимым, если оно не зависит от любой основной сделки или других взаимоотношений за исключением тех, которые возникли на основании обязательства.

[(2)[8] При определении того, является ли данное обязательство независимым, любая характеристика или какое-то одно условие, содержащееся в тексте обязательства, не будет считаться окончательным, если другие условия явно свидетельствуют об обратном. При оценке условий в их совокупности в качестве элементов, подтверждающих независимость, могут рассматриваться следующие факторы:

a) обещание осуществить платеж по "простому требованию", "первому требованию", "требованию", "получении письменного запроса" или слова аналогичного значения;

b) обязательство осуществить платеж, оговоренное такими формулировками, как "безусловное", "независимо от наличия юридически действительного договора K", "отменяющее все права на возражение и правовую защиту, вытекающие из указанного договора" или "без доказательства неисполнения";

c) платеж против документов, включая заявление бенефициара, и не требующий проверки фактов, не относящихся к компетенции гаранта;

d) ссылка на основную сделку лишь в преамбуле или констатирующей части о том, что произошло ранее, а не в оперативных положениях;

e) указание на то, что обязательство подпадает под Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов или Унифицированные правила для гарантий.]

Примечания

1. В данном проекте положения делается попытка определить термин "независимый", используемый в качестве определяющего критерия в проекте статьи 2. Можно отметить, что термин "независимый" определяется здесь не только в качестве противопоставления термину "вспомогательный", т.е. зависящий от основной сделки между принципалом и бенефициаром. Принцип независимости, сформулированный в данном проекте положения, шире в том смысле, что он устанавливает автономный характер и в отношении других взаимоотношений, таких, как взаимоотношения гаранта с принципалом или предписывающей стороной.

2. Вариант A является в значительной степени более детализированным, чем вариант B; его детали будут разъяснены ниже (примечания 3-6). Другое различие, которое, вероятно, является менее очевидным, заключается в том, что в него включено предложение, которое Рабочая группа согласилась вновь рассмотреть на основе проекта секретариата. Предложение заключалось в том,

чтобы считать международное обязательство независимым, если оно не может быть истолковано ни как независимое, ни как вспомогательное (A/CN.9/330, пункты 95 и 96). Если вариант B не решает подобного рода дилемму, то в варианте A проблема толкования решается путем исключения из сферы применения лишь тех обязательств, которые будут характеризоваться как вспомогательные или иным образом зависящие от основной сделки на основе любых правил толкования, которые Рабочая группа может согласовать.

3. Слово "международный" не обязательно с учетом проекта статьи 1. Вместе с тем его можно было с пользой повторить в данном месте, с тем чтобы подчеркнуть, что предлагаемое правило, в силу которого обязательство в случае возникновения сомнений, должно считаться юридически независимым, ограничивается международными обязательствами.

4. Строго говоря, слова "считается независимым" возможно, не являются подходящими в отношении очевидно независимых обязательств. Вместе с тем они могут помочь подчеркнуть вышеупомянутое применяемое в случае сомнения правило, которое заключается в том, что для целей унифицированного закона обязательство будет рассматриваться как независимое, если оно не может быть охарактеризовано как зависимое.

5. Можно было бы рассмотреть вопрос о добавлении после слов "его условия" слов "согласно толкованию в соответствии со статьей 6 и пунктом 2 настоящей статьи". Если упомянутые правила толкования будут включены в унифицированный закон, предлагаемое добавление может способствовать разъяснению того, что прежде чем такого рода сомнение будет установлено и для того, чтобы привести в действие вышеуказанное правило, потребуется провести тщательное узучение и толкование соответствующих вопросов.

6. В варианте A определяется существо термина "зависимый" путем разъяснения возможных связей, исключающих независимый или автономный характер обязательства. Предполагается, что предлагаемая разграничительная линия между словами "зависимый" и "независимый" в принципе верна. Вместе с тем необходимо вновь рассмотреть и, возможно, доработать данный термин с учетом выводов Рабочей группы по таким вопросам, как недокументарные условия вступления в силу или платежа, возможные последствия незаконного характера основной сделки для обязательства гаранта и в какой степени можно опираться на факты, касающиеся основной сделки, в случае ссылки на мошенничество или явное злоупотребление.

7. Вариант B представлен по двум причинам. Во-первых, предполагается выделить вступительные слова конкретного определения, которое не включает вышеуказанное правило, отдающее предпочтение независимости в случае неразрешимого сомнения. Во-вторых, он призван способствовать рассмотрению другого определения слова "независимый", которое значительно короче по сравнению с определением, содержащимся в варианте A.

8. Пункт 2 заключен в квадратные скобки, с тем чтобы Рабочая группа высказала свое мнение в отношении того, следует ли включать в унифицированный закон специальные руководящие принципы определения независимого характера обязательства и следует ли рассматривать этот вопрос настолько подробно, с учетом действующей практики и применяемых формулировок, как это делается в настоящее время, и приводить показательные примеры, указывающие на независимый характер. В пункт включено также предлагаемое правило о том, что название или характеристика могут не приниматься во внимание, если в гарантийном письме имеются противоречивые условия.

* * *

Статья 4. Международный характер [1]

Вариант A: [2] Гарантийное письмо является международным, если:

a) любые два из нижеследующих мест, указанных в гарантийном письме, расположены в разных государствах:

i) [место, где гарантийное письмо было выдано] [коммерческое предприятие гаранта];

ii) коммерческое предприятие бенефициара;

iii) место платежа;

iv) коммерческое предприятие [принципала или предписывающей стороны] [лица, по просьбе которого гарантийное письмо было выдано];

v) коммерческое предприятие подтверждающего гаранта;

или

b) если в нем содержится ясное указание на это.

Вариант B: [3] Гарантийное письмо является международным, если коммерческие предприятия любых двух их нижеследующих [лиц] [сторон] находятся в разных государствах: гарант, бенифициар, принципал, предписывающая сторона, подтверждающий гарант.

Вариант C: [4] Гарантийное письмо является международным, если:

a) коммерческие приприятия гаранта и бенефициара находятся в различных государствах; или

b) место выдачи и коммерческое предприятие принципала или предписывающей стороны находятся в разных государствах; или

c) место выдачи и место платежа расположены в различных государствах;

или

d) гарантийное письмо касается любым другим [важным] образом более чем одной страны.

Вариант D: [5] Гарантийное письмо является международным, если оно касается международных коммерческих или финансовых операций.

Примечания

1. В данном проекте положения определяется термин "международный", используемый в проекте статьи 1; позже это определение может быть перенесено в эту статью. В соответствии с просьбой Рабочей группы о том, чтобы секретариат подготовил альтернативные проекты положений определения международного характера с учетом мнений и предложений, высказанных на тринадцатой сессии (A/CN.9/330, пункты 51-57), в проекте приводятся четыре варианта.

2. В варианте A, как и в варианте B, перечисляется ряд мест, из которых два должны находиться в разных государствах, с тем чтобы гарантийное письмо было международным. Вместе с тем в нем требуется, чтобы эти места указывались в гарантийном письме, с тем чтобы банковский и прочий персонал, обрабатывающий его, мог легко определить, является ли оно международным. Хотя перечень мест в подпункте (a) уже охватывает основную часть возможных международных связей, подпункт (b) расширит сферу применения за счет признания действительным содержащегося в гарантийном письме заявления о том, что оно рассматривается в качестве международного, что по существу является подразумеваемым положением о выборе. Представляется, что такой выбор, который можно было бы включить также в вариант B, является наиболее подходящим в контексте варианта A, в котором содержится требование о включении соответствующего указания. Например, этим выбором могло бы воспользоваться лицо, выставляющее финансовый резервный аккредитив, даже если месторасположение коммерческих предприятий бенефициара или бенефициаров, которые, вполне вероятно, будут находиться за границей, не указано или даже не известно.

3. Вариант B отличается от варианта A еще в двух аспектах. В него не включено упоминание о месте платежа, которое редко отличается от места выдачи, и в нем указываются коммерческие предприятия принципала и предписывающей стороны как отдельные связующие факторы и, таким образом, предусматривается случай, когда принципал просит банк в другом государстве поручить другому банку в этом государстве выдать гарантийное письмо. Что касается термина "коммерческое предприятие", используемого также в вариантах A и C, можно было бы рассмотреть вопрос о дополнении этого термина правилами на те случаи, когда сторона имеет более одного коммерческого предприятия или не имеет коммерческого предприятия (например, аналогично тому, как это делается в статье 10 Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров; далее в тексте - "Конвенция Организации Объединенных Наций о купле-продаже").

4. В варианте С предусматривается лишь три оговоренные связи, однако в соответствии с подпунктом (d) предполагается неопределенное количество других возможных связей. Такая гибкая формула вносит определенную степень неточности, которая может быть нежелательной, по крайней мере, если может повлечь за собой серьезные юридические последствия.

5. Вариант D является еще более гибким и неопределенным. Хотя он и может быть уместен в каком-либо национальном законодательстве, где он, вероятно, основывается на устоявшемся прецедентном праве, он, представляется, в меньшей степени подходит для нового унифицированного закона, который является общим по характеру и структуре.

* * *

Статья 5. Толкование настоящего закона

При толковании настоящего закона следует учитывать его международный [характер] [происхождение] [1] и необходимость обеспечивать единообразность в его применении и соблюдение добросовестности в международных [сделках] [практике гарантий или аккредитивов] [2].

Примечания

1. Термин "характер" используется в различных конвенциях, являющихся результатом работы Комиссии, и, без сомнения, будет уместным, если унифицированный закон будет принят в форме конвенции. Он может быть также уместным, если унифицированный закон будет принят в форме типового закона. Вместе с тем в этом случае, возможно, с технической точки зрения будет точнее сослаться на его международное происхождение.

2. Общий термин "сделки" используется в Конвенции ЮНСИТРАЛ о векселях и в равной степени является подходящим для унифицированного закона. Вместе с тем, если подыскивать более точный термин, то возможным ответом может быть предлагаемая альтернативная формулировка "практика гарантий или аккредитивов", в частности, если окончательный вариант унифицированного закона будет охватывать традиционные товарные аккредитивы.

* * *

Статья 6. Толкование гарантийного письма [1]

Вариант А: [2]

1) С учетом положений настоящего закона [и любого другого применимого права] [3] права и обязательства сторон определяются условиями, указанными в гарантийном письме, включая любые правила, условия или обычаи, упомянутые в нем [4] [и, если не предусмотрено иное, любой международный обычай, о котором знали или должны были знать стороны и который широко известен сторонам, участвующим в сделках по гарантиям или аккредитивам, и постоянно соблюдается ими] [5].

2) Условия гарантийного письма должны толковаться в соответствии с намерением сторон [6] исходя из обычного понимания их разумным лицом, с учетом коммерческой цели сделки и при уделении должного внимания любой практике, которую стороны установили в отношениях между собой [7].

Вариант В: [8] При определении прав и обязательств гаранта и бенефициара условия, указанные или упомянутые в гарантийном письме, должны толковаться исходя из обычного понимания их разумным лицом.

Примечания

1. Если вариант А будет сохранен, название статьи, возможно, будет изменено. Например, оно может быть следующим: "определение прав и обязательств".

2. В пункте 1 варианта А предполагается установить принцип строгого толкования и рассмотреть вопрос об автономии сторон и ее пределах. Рассмотрение этих вопросов в совокупности направлено на то, чтобы обратить внимание на тот факт, что права и обязательства

вытекают из условий обязательства, однако могут быть затронуты императивными положениями права. Что касается положений самого унифицированного закона, то необходимо по каждому положению принять решение о том, могут ли стороны отходить от их соблюдения.

3. Ссылка на "любое другое применимое право", заключенная в квадратные скобки, может служить полезным напоминанием того факта, что права и обязательства сторон могут быть затронуты различными императивными положениями права, регулирующего вопросы, не охваченные унифицированным законом (например, валютный контроль, контроль за банками, правоспособность сторон или банкротство). Вместе с тем такая ссылка, как правило, не включалась в аналогичные юридические тексты и считается, возможно, слишком общей, чтобы иметь практическое значение.

4. Ссылка в гарантийном письме на правила (например, унифицированные правила), условия (например, общие условия) или обычаи не затрагивает прав и обязательств сторон, если ссылка не действительна в соответствии с применимым правом. Вместе с тем, видимо, нет необходимости формулировать требование о действительности в проекте положения.

5. Формулировка, заключенная в квадратные скобки, составлена на основе пункта 2 статьи 9 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле-продаже. Несмотря на различие в тематике, может возникнуть необходимость в том, чтобы в унифицированном законе предусматривались международные обычаи на основе подразумеваемого соглашения. Вместе с тем необходимость в этом может быть меньшей, если Рабочая группа примет решение о сохранении ссылки на включение правил и обычаев в гарантийное письмо (см. выше, примечание 4) и ссылки на любое другое применимое право (см. выше, примечание 3), которым, например, может быть обычное право по аккредитивам. Если потребуется более точная формула, международный обычай может быть признан даже без подразумеваемого соглашения и элемента известности.

6. Ссылка на намерение сторон в качестве главного критерия толкования сделана в соответствии с пунктом 1 статьи 8 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле-продаже. Вместе с тем она используется в отношении отдельной стороны и имеет силу лишь в тех случаях, когда другая сторона знала или не могла не знать о намерении. В унифицированном законе можно использовать данную индивидуализированную формулу, если, при уделении первоочередного внимания обязательству закон ограничит правило толкования правами и обязанностями гаранта. При применении к двум сторонам критерий намерения сохраняет свое значение, однако его, видимо, необходимо обусловить какой-либо гибкой формулировкой.

7. В предлагаемом правиле толкования делается попытка установить равновесие между необходимостью обеспечения строгого толкования на основе полного признания и учета обязательственного письма и необходимостью гибкого толкования на основе учета факторов, не обязательно вытекающих из гарантийного письма. Хотя такое равновесие установить не так легко, предполагается, что предлагаемое правило будет способствовать двум важным принципиальным целям, а именно достижению ожидаемых сторонами результатов и обеспечению целесообразности коммерческого использования независимых обязательств.

8. В варианте В содержится правило толкования, вступительные слова которого указывают на цель толкования и, таким образом, отражают идею строгого толкования менее прямолинейно, чем в пункте 1 варианта А. В отношении двух вариантов можно отметить, что соответствующий вопрос о стандарте соответствия требования условиям гарантийного письма будет рассмотрен в отдельном проекте положения в будущей главе, посвященной востребованию платежа.

* * *

II. СОСТАВЛЕНИЕ, ВНЕСЕНИЕ ПОПРАВОК И ИСТЕЧЕНИЕ СРОКА ДЕЙСТВИЯ

Статья 7. Форма и момент составления [1]

1) Гарантийное письмо может быть составлено при помощи любого средства связи, которое обеспечивает его регистрацию [2].

Вариант А: [3] 2) Гарантийное письмо становится обязательным и, если в нем ясно не указано, что оно является отзывным, безотзывным, когда оно получено бенефициаром [4], [если бенефициар незамедлительно не отклоняет его]. Гарантийное письмо вступает в силу в этот момент [5], если [в нем не указан другой момент вступления в

силу или его вступление в силу не зависит от наступления указанного, неопределенного события в будущем, когда гарант может потребовать от бенефициара или соответствующей третьей стороны заявления о наступлении такого момента, если подтверждение наступления такого момента не контролируется гарантом] [6] [в нем ясно не предусмотрено, что его вступление в силу определяется указанным условием, которое определяется гарантом] [7].

Вариант B: [8] 2) Если не предусмотрено иное, гарантийное письмо вступает в силу и становится безотзывным, когда оно выдается гарантом бенефициару или принципалу или предписывающей стороне [9].

Примечания

1. Данный проект положения регулирует вопросы о форме и моменте применительно к составлению гарантийного письма, т.е. к обязательству, удовлетворяющему основным требованиям, изложенным в проекте статьи 2. Вопрос о том, будут ли эти же правила о форме и моменте применимы к будущим изменениям (например, к внесению поправок или отмене) и к другим сообщениям (например, требованию или уведомлению), будет рассмотрен в записке секретариата о дальнейшем обсуждении возможных вопросов, относящихся к унифицированному закону (A/CN.9/WG.II/WP.68).

2. Пункт 1 сформулирован на основе пункта 2 статьи 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже. Он основан на получившем широкую поддержку на тринадцатой сессии мнении (A/CN.9/330, пункт 105) о том, что гарантийное письмо должно получить какую-либо осязаемую или материальную форму, чтобы исключить чисто устные обязательства.

3. Вариант A в пункте 2 является значительно более детализированным, чем вариант B. Если в варианте B используется выражение "если не предусмотрено иное" для всего пункта, то в варианте A указывается, какие иные условия будут допустимыми, в частности, в отношении момента вступления в силу. Оба варианта отражают решение Рабочей группы о том, что в унифицированном законе должна быть предусмотрена безотзывность всех охватываемых им обязательств, если в гарантийном письме не указано иное (A/CN.9/330, пункт 102). Данное правило заменит действующий пункт (c) статьи 7 УПО, в котором, в случае отсутствия конкретных указаний, аккредитивы рассматриваются как отзывные.

4. В варианте A определяющим моментом является получение гарантийного письма бенефициаром. Он исходит из предположения о том, что лишь в этот момент бенефициар получает основание полагаться на обязательство гаранта. В предлагаемом правиле не оговаривается, будет ли обязательство характеризоваться как возникающее из договора, будь то двустороннего или многостороннего, или как особое обязательство, возникающее из торгового права. Независимо от того, какая характеристика будет уместной, в праве и практике, как представляется, имеется общее согласие о том, что прямо выраженного акцепта со стороны бенефициара не требуется. Вместе с тем можно было бы рассмотреть вопрос о включении положения о возможном отказе от акцепта, как это предлагается в конце первого предложения пункта. Если это положение будет сохранено, можно было бы рассмотреть такие вопросы, как условный акцепт, юридическая сила обязательства до отклонения или определяющий момент отклонения.

5. В варианте A проводится разграничение между словами "обязательный" и "имеющий силу". Не ставя целью определить эти термины, можно сказать, что слово "обязательный" будет означать наличие обещания, которое влечет за собой юридические обязательства; например, такое обязательное обещание может устанавливать для гаранта право взимать плату, и оно может быть отозвано, если оно является отзывным. Слова "имеющий силу" будут означать оперативный характер обязательства, дающий бенефициару право требовать платеж в соответствии с платежными условиями. Например, гарантия возврата выплаченных средств будет обязательной, но не имеющей силы до тех пор, пока бенефициар не внесет аванс или гарант не будет знать о нем.

6. Формулировка, заключенная в квадратные скобки, устанавливает два исключения из правила о моменте вступления в силу. Во-первых, в гарантийном письме может указываться более поздний момент вступления в силу с помощью ссылки либо на конкретную дату, либо на определимый момент. Во-вторых, вступление в силу гарантийного письма может зависеть от условия; предлагаемая формулировка не аннулирует недокументарные условия вступления в силу, а преобразует их в документарные. Хотя условия вступления в силу могут рассматриваться иначе, чем условия платежа, как об этом говорилось на тринадцатой сессии (A/CN.9/330, пункт 69), позже можно было бы рассмотреть вопрос о регламентировании двух видов условий в одном проекте положения.

7. Альтернативная формулировка, заключенная в квадратные скобки, основана на статье 6 УПГ. В ней не предусматривается первого исключения, т.е. другого момента вступления в силу, и, согласно этой формулировке, любое условие вступления в силу, которое не определено гарантом, будет признаваться недействительным или не будет приниматься во внимание.

8. Как указано выше (примечание 3), вариант В позволит сторонам отклоняться от проекта положения в целом. Если он будет принят, вопрос о недокументарных условиях вступления в силу следует рассмотреть в отдельном положении, возможно в связи с недокументарными условиями платежа.

9. В варианте В определяющим моментом считается выдача гарантийного письма. Такой подход основан на том соображении, что гарантийное письмо, когда оно выдано или отправлено, выходит из сферы контроля гаранта. В этом отношении можно считать, что вопрос о том, направлено ли гарантийное письмо бенефициару, принципалу или предписывающей стороне, не имеет значения. Поскольку в соответствии с этим правилом риск передачи возлагается на бенефициара, то можно было бы рассмотреть вопрос о проведении грани между моментом вступления в силу и риском передачи.

* * *

2.Независимые гарантии и резервные аккредитивы: дальнейшее обсуждение вопросов, относящихся к унифицированному закону: внесение поправок, передача прав, истечение срока действия, обязательства гаранта, ответственность и освобождение от ответственности: записка секретариата (A/CN.9/WG.II/WP.68) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

		Пункты	Страница
ВВЕДЕНИЕ		1- 2	523
I.	ВНЕСЕНИЕ ПОПРАВОК	3-17	524
	A. Стороны, согласие которых требуется	6-11	524
	B. Формы внесения поправок	12-15	525
	C. Момент вступления в силу	16-17	526
II.	ПЕРЕДАЧА ПРАВ И ПЕРЕУСТУПКА ПОСТУПЛЕНИЙ	18-23	526
III.	ИСТЕЧЕНИЕ СРОКА ДЕЙСТВИЯ	24-43	527
	A. Значение и последствия	25-33	528
	B. Автономия сторон и возможные пределы	34-43	529
	1) Способы определения момента истечения срока действия	35-37	530
	2) Возможные требования в отношении положения об истечении срока действия и возможный временный предел	38-43	530
IV.	ОБЯЗАТЕЛЬСТВА ГАРАНТА	44-64	531
	A. Обязательство произвести платеж при предъявлении требования, отвечающего установленным условиям	45-60	531
	1) Метод определения соответствия	49-57	532
	2) Допустимые сроки рассмотрения	58-60	534
	B. Обязанности по уведомлению	61-64	534
V.	ОТВЕТСТВЕННОСТЬ И ОСВОБОЖДЕНИЕ ОТ ОТВЕТСТВЕННОСТИ	65-72	535
	A. Ответственность и критерий необходимой осмотрительности	67-68	536
	B. Освобождение от ответственности	69-72	536

ВВЕДЕНИЕ

1. На своей тринадцатой сессии Рабочая группа по международной договорной практике рассмотрела на основе записки секретариата (A/CN.9/WG.II/WP.65) вопросы, которые могут быть отражены в унифицированном законе о независимых гарантиях и резервных аккредитивах (A/CN.9/330). Эти вопросы касались основной сферы применения унифицированного закона, автономии сторон и ее пределов и возможных правил толкования. Рабочая группа провела также предварительный обмен мнениями по вопросам, касающимся формы и момента составления гарантийного письма. Группа обратилась к секретариату с просьбой представить на следующей сессии записку с анализом других вопросов, которые могут быть отражены в унифицированном законе (A/CN.9/330, пункт 110).

2. Настоящая записка подготовлена в соответствии с этой просьбой. В ней приводится анализ вопросов, касающихся внесения поправок, передачи прав и истечения срока действия гарантийного письма, обязательств гаранта, а также ответственности и освобождения от ответственности. Секретариат намерен представить на пятнадцатой сессии Рабочей группы еще одну записку с анализом оставшихся вопросов: мошенничество и другие возражения против платежа, судебные запреты и другие судебные меры, коллизия норм права и юрисдикция.

I. ВНЕСЕНИЕ ПОПРАВОК

3. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности включения в унифицированный закон положений о внесении поправок к гарантийному письму. Эти положения могут касаться таких вопросов, как форма и момент вступления в силу поправки, а также вопроса о том, чье согласие необходимо для вступления поправки в силу.

4. Следует отметить, что в проекте унифицированных правил для гарантий по требованию МТП (УПГ) 1/ не содержится какого-либо конкретного положения о внесении поправок, хотя в некоторых его положениях поправки упоминаются (например, в статьях 1, 3, 16, 23 и 24). Можно предположить, что положения о форме и моменте вступления в силу первоначальной гарантии (статьи 2(а) и 6) должны по аналогии распространяться и на вносимые впоследствии поправки.

5. Ряд положений, касающихся внесения поправок к аккредитивам, содержится в унифицированных правилах и обычаях для документарных аккредитивов (УПО) 2/. Например, в статье 12 УПО определяются условия, при которых поручение внести поправки в аккредитив, переданное с помощью любых средств электросвязи, считается имеющей силу поправкой. В соответствии со статьей 10(d) УПО к безотзывные "обязательства не могут быть изменены или аннулированы без согласия банка-эмитента, подтверждающего банка (если таковой существует) и бенецифиара. Частичное принятие поправок, содержащихся в одном извещении о внесении поправок, не имеет силы без согласия всех вышеперечисленных сторон". Рабочая группа, возможно, пожелает взять этот перечень сторон за основу при обсуждении вопроса о том, чье согласие необходимо для вступления поправки к гарантийному письму в силу.

A. Стороны, согласие которых требуется

6. Абсолютно ясно, что поправка не может вступить в силу без согласия гаранта, который выдал или подтвердил первоначальное гарантийное письмо. Согласие бенецифиара также можно рассматривать как вполне очевидное требование, однако могут возникнуть сомнения в связи с поправками, расширяющими права бенефициара (например, продлением срока действия). Тем не менее то или иное конкретное расширение прав бенефициара отнюдь не обязательно может оказаться для него приемлемым, поскольку он мог, например, запрашивать более значительное продление срока действия. Кроме того, применять правило, которое будет зависеть от того, выгодна ли данная поправка бенефициару, будет довольно трудно.

7. Так же как и при составлении первоначального гарантийного письма, согласие не обязательно означает прямо выраженного принятия. В соответствии с вариантом А проекта статьи 7(2) (A/CN.9/WG.II/WP.67) поправка может вступить в силу с момента ее получения бенефициаром, за исключением случаев, когда бенефициар отклоняет ее незамедлительно или в течение определенного периода времени (например, 14 дней). В противном случае можно считать, что поправка отклонена, если ответа не получено, или же поправка принята частично или с оговорками. Например, можно считать, что поправка отклонена по истечении 21 дня после уведомления бенефициара за исключением тех случаев, когда гарант получил от бенефициара уведомление о принятии данной поправки без оговорок или ему стало известно о каком-либо действии или поведении бенефициара в соответствии с условиями такой поправки (например, представление требуемого заявления).

8. Необходимо также уточнить, на кого конкретно распространяется термин "бенефициар". Как отмечается в примечании 6 к проекту статьи 2 (A/CN.9/WG.II/WP.67), первоначальное гарантийное письмо может иметь несколько бенефициаров, в частности, в случае финансовых резервных аккредитивов. Что касается поправок, которые появляются на более позднем этапе, могут быть признаны и другие бенефициары, а именно новые бенефициары и бенефициары в силу закона. Новый бенефициар по резервному аккредитиву заменяет первоначального бенефициара в том случае, когда последний слагает с себя полномочия или его заменяют представляемые бенефициары, обычно

1/ ICC Document No. 460/470-1/Int. 16, 470/622 и 460/382 (7 June 1990). В этом последнем проекте, которым секретариат не располагал в ходе подготовки документа A/CN.9/WG.II/WP.67, внесены изменения в название, в текст введения, а также в статьи 1, 2, 4 и 20. Следует, по-видимому, особо отметить, что в соответствии со статьей 2 эти правила теперь охватывают резервные аккредитивы. В введении, в частности, отмечается следующее: "Хотя УПО 400 до сих пор распространяются на резервные аккредитивы, предполагается, что теперь стороны резервных аккредитивов будут использовать именно настоящие правила".

2/ ICC Publication No.400, воспроизводится в документе A/CN.9/251.

выступающие кредиторами или держателями ценных бумаг акционерных компаний. Такая замена должна соответствовать условиям резервного аккредитива, и соответствие этим условиям должно быть подтверждено документально. Правопреемник в силу закона приобретает права на основании статутного, административного или прецедентного права в тех случаях, когда первоначальный бенефициар оказывается неплатежеспособным или не может выполнять роль бенефициара. Рабочая группа, возможно, пожелает принять решение о том, необходимо ли четко устанавливать эти конкретные категории новых бенефициаров или правопреемников в каком-либо правиле, предусматривающем получение согласия бенефициара, или же общие правила толкования позволят сделать вывод о том, что эти категории также охватываются этими правилами.

9. Содержащийся в УПО и упомянутый выше перечень сторон, которые должны дать свое согласие, не включает принципала или, как он именуется в УПО, лица, обращающегося за аккредитивом. В разделе 5-106 (2) Единого торгового кодекса (ЕТК), напротив, предусматривается следующее: "Если не согласовано иное, то после открытия безотзывного аккредитива в пользу определенного клиента он может быть пересмотрен или отозван лишь с согласия такого клиента, а после открытия такого аккредитива в пользу конкретного бенефициара он может быть пересмотрен или отозван лишь с согласия последнего". Следует отметить, что целевая группа по рассмотрению статьи 5 ЕТК рекомендовала пересмотреть данное положение таким образом, чтобы в нем не требовалось согласия со стороны принципала.

10. Необходимость получения согласия принципала может быть обусловлена стремлением гарантировать интересы принципала при защите его отношений с гарантом от вмешательства со стороны третьих лиц, а также тем, что принципал, возможно, пожелает, чтобы его имя не фигурировало в гарантийном письме после внесения в него поправок.

11. Основным доводом в пользу исключения принципала из перечня сторон, которые должны дать свое согласие, является независимость обязательства гаранта, иными словами, в связи с обязательством гаранта возникают юридические отношения лишь между ним и бенефициаром. *Согласие принципала на внесение поправки относится к другим юридическим отношениям, а именно* отношениям между гарантом и принципалом. Следовательно, гарант может изменить свое обязательство в отношении бенефициара без согласия принципала и должен выполнять это новое обязательство, однако, идя на это, он рискует не получить от принципала возмещение на основе положений или условий соглашения о возмещении между принципалом и гарантом. Можно рассмотреть возможность обращения внимания на тот факт, что согласие принципала может быть необходимо в соответствии с юридическими отношениями между принципалом и гарантом, и включить в правило, предусматривающее получение согласия лишь со стороны гаранта и бенефициара, следующую формулировку: "Настоящее положение не освобождает от ответственности в случае неполучения согласия принципала, поскольку оно может быть предусмотрено соглашением или поручениями принципала и гаранта".

B. Формы внесения поправок

12. Что касается требований в отношении формы поправки для ее вступления в силу, то один из подходов мог бы состоять в том, чтобы предусмотреть такую же форму, как и в проекте статьи 7(1) в связи с составлением первоначального гарантийного письма (A/CN.9/WG.II/WP.67), с учетом любой конкретной оговорки в гарантийном письме относительно формы внесения поправок (см. пункт 15 ниже). Такой подход мог бы основываться на том, что поправка представляет собой часть гарантийного письма и поэтому имеет такой же юридический характер и такие же характеристики, как и гарантийное письмо, включая доказательную ценность.

13. Тем не менее можно также отметить, что поправка представляет собой лишь незначительную часть условий гарантийного письма и что современная практика внесения поправок становится все менее формальной. На тринадцатой сессии сообщалось о том, что существует практика, в соответствии с которой поправка к гарантийному письму в письменной форме может быть сделана в устной форме и в той же форме удостоверена; хотя затем эта поправка подтверждается направлением сообщения в такой форме, которая позволяет зарегистрировать достигнутое соглашение, на практике устное сообщение рассматривается как определяющее момент вступления поправки в силу (A/CN.9/330, пункт 106).

14. Если Рабочая группа пожелает учесть такую и подобную неформальную практику, она может рассмотреть возможность обязательного подтверждения источника поправки, но не требовать какой-либо конкретной формы. Такое же требование в отношении подтверждения источника, включая подтверждение подписи, по-видимому, будет необходимо, если Рабочая группа, при рассмотрении проекта статьи 7(1), решит не устанавливать какой-либо конкретной формы составления гарантийного письма. Если в отношении составления гарантийного письма или поправок к нему будет принято подобное положение, требующее лишь подтверждения, и

унифицированный закон будет в конечном счете принят в виде конвенции, то можно рассмотреть вопрос о включении положения, аналогичного статье 12 Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 1980 год; ниже именуется "Конвенцией Организации Объединенных Наций о купле-продаже").

15. Поскольку можно предположить, что до составления гарантийного письма гарант и бенефициар будут согласовывать соответствующую форму гарантийного письма, по всей вероятности, будет оговорена и соответствующая форма последующих поправок. Таким образом, как указывалось выше, любое общее правило относительно формы должно быть обусловлено отсутствием иных указаний. В целях пояснения такое общее правило может включать положение о том, что поправки в гарантийное письмо могут вноситься лишь в оговоренной форме (по аналогии со статьей 29(2) Конвенции Организации Объединенных Наций о купле-продаже). Можно также рассмотреть возможность включения последнего предложения упомянутого пункта, которое гласит следующее: "Однако поведение стороны может исключить для нее возможность ссылаться на указанное положение в той мере, в какой другая сторона полагалась на такое поведение". Такой основополагающий принцип, по-видимому, в равной степени приемлем в отношении гарантий и аккредитивов, даже несмотря на то, что при сделках купли-продажи одна из сторон гораздо чаще вынуждена полагаться на поведение другой стороны, что требует обеспечения соответствующей защиты.

C. Момент вступления в силу

16. Момент вступления в силу поправки может определяться так же, как это предусмотрено в проекте статьи 7(2) в связи с составлением гарантийного письма. Однако, поскольку требуется согласие бенефициара, такое решение будет менее приемлемым, если будет выбран вариант B проекта статьи 7(2), в соответствии с которым гарантийное письмо вступает в силу с момента его выдачи (A/CN.9/WG.II/WP.67). Даже вариант A, по которому гарантийное письмо вступает в силу с момента получения бенефициаром, нуждается в некоторых уточнениях.

17. Например, если поправка будет считаться отклоненной, если она не принята в полном объеме в течение определенного периода времени, моментом, определяющим вступление в силу, может быть дата получения гарантом уведомления о принятии поправки. В случае принятия противоположного решения о презумпции акцепта определяющим моментом может считаться момент получения поправки бенефициаром, даже несмотря на то, что она вступит в силу лишь в том случае, если в течение определенного периода времени она не будет отклонена или принята с оговорками. Использование в качестве определяющего момента времени момента получения бенефициаром поправки может также сочетаться с описанной выше в пункте 13 практикой, которая заключается в том, что внесенная устно поправка при подтверждении источника будет вступать в силу даже несмотря на то, что обычная банковская практика может требовать или, по меньшей мере, предполагать представление формального подтверждения.

II. ПЕРЕДАЧА ПРАВ И ПЕРЕУСТУПКА ПОСТУПЛЕНИЙ

18. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, должен ли унифицированный закон регламентировать вопрос передачи прав и переуступки поступлений бенефициара. Термины "передача" и "переуступка" взяты из УПО, в статье 54 которых устанавливается особый правовой режим для переводных аккредитивов, а в статье 55 допускается переуступка поступлений по аккредитиву. Термин "переуступка", используемый в более широком юридическом смысле в отношении передачи прав и обязательств в соответствии с договором, используется в УПО в ограниченном смысле переуступки поступлений. Под "передачей" подразумевается смена лица, обладающего правом требовать платежа. Положения УПО о переводимости требуют, чтобы аккредитив четко определялся банком-эмитентом как "переводной"; требуется также согласие банка, которому направляется просьба об осуществлении перевода, независимо от того, подтвердил ли он аккредитив, причем допускается лишь один перевод аккредитива.

19. УПГ отходят от терминологии и существа положений УПО. В статье 4 УПГ говорится следующее: "Право бенефициара предъявлять требование на основании гарантии не подлежит переуступке, если это четко не предусмотрено в условиях самой гарантии или в поправке к ней. Эта статья не должна, однако, затрагивать права бенефициара переуступать любые поступления, на которые он может иметь или может получить право в соответствии с гарантией". Используется лишь термин "переуступка" и, хотя в УПО сохраняется разграничение между требованиями и поступлениями, никаких ограничений в отношении числа возможных передач прав не упоминается.

20. Если Рабочая группа примет решение о том, что унифицированный закон должен содержать положения о передаче прав и переуступке поступлений, она, возможно, пожелает рассмотреть следующие вопросы, касающиеся механизмов и последствий такой передачи и переуступки. Что касается переуступки поступлений, то, возможно, целесообразно уточнить, что объектом

переуступки являются лишь поступления, т.е. любые средства, получаемые в результате выполнения гарантом своих платежных обязательств. Следовательно, цессионарий не имеет права требовать платежа или представлять какое-либо заявление или документ, которые могут понадобиться для предъявления платежного требования, поскольку это может изменить размеры риска, согласованные принципалом и гарантом. Таким образом, позиции цессионария слабее позиций правопреемника, поскольку бенефициар, получив средства от цессионария в обмен на переуступку, может заблокировать оплату цессионарию в результате непредставления платежного требования. Соответствующие разъяснения могут быть также получены, если обязать бенефициара направлять гаранту уведомление о переуступке или обязать гаранта направлять уведомление о получении, с тем чтобы обеспечить ясность в отношении того, кому должен платить гарант, выполняя тем самым свои платежные обязательства по гарантийному письму. Можно также рассмотреть вопрос о том, следует ли допускать лишь одну переуступку поступлений и должна ли такая переуступка затрагивать все 100 процентов поступлений.

21. Что касается возможной передачи бенефициаром права требовать платежа, то при разработке соответствующих правил необходимо учитывать две особенности независимых гарантий и резервных аккредитивов ввиду наличия различных интересов. Во-первых, если гарантийное письмо выдается для подкрепления основного обязательства принципала, реальным бенефициаром является то лицо, в пользу которого взято это основное обязательство и которое может объявить о невыполнении обязательств, либо представить свидетельствующий об этом документ. Хотя гарант обычно не может судить о надежности бенефициара до выдачи гарантийного письма, он, как ожидается, учитывает интересы принципала, который обычно оценивает надежность бенефициара до установления с ним взаимоотношений. В этой связи передача бенефициаром права требовать платежа имеет смысл лишь в том случае, если изменился кредитор по основному обязательству.

22. Вторая особенность проявляется при сопоставлении резервного аккредитива с обычным товарным аккредитивом. В последнем случае "право представлять документы, обязывающие банк-эмитент осуществить платеж, имеет лишь первоначальный бенефициар в случае непереводного аккредитива или новый бенефициар в случае переводного аккредитива. Если же банк открывает денежный резервный аккредитив, обязуясь осуществить платеж бенефициару и держателю неоплаченного векселя, тратты или платежного требования, он также берет на себя обязательство принимать от любых лиц, которым первоначальный бенефициар передает вексель, тратту или платежное требование, соответствующие документы, а также сопровождающие документы, если таковые будут представлены. Такое обязательство отличается от обязательств по циркулярным товарным аккредитивам, предусматривающим учет долговых обязательств (условия которых в отношении учета, тем не менее, обычно включаются в условия денежных резервных аккредитивов), поскольку условия циркулярных товарных аккредитивов предусматривают лишь учет тратт. Такое обязательство не предполагает передачу права на представление документов в соответствии с условиями аккредитива, права, которое бенефициар чаще всего использует до учета тратты" 3/.

23. Исходя из этих двух особенностей можно сделать следующие выводы. Бенефициар не должен обладать полной свободой действий в отношении передачи права на получение платежа, как только он этого пожелает; он может делать это лишь в соответствии с условиями гарантийного письма и, таким образом, предположительно, с согласия принципала. Тем не менее вышеизложенное описание денежного резервного аккредитива свидетельствует о том, что требование в отношении четкого заявления или указания относительно "переводного" характера аккредитива будет слишком ограничительным. Передачу прав, предусмотренную таким обязательством, можно даже рассматривать как предполагаемую смену отдельных лиц, на которых распространяется первоначальное обязательство, а не как передачу прав в техническом смысле данного термина. Можно также сделать вывод о том, что следует допускать возможность неоднократной передачи прав, если это оговорено в гарантийном письме. Наконец, в случае отсутствия четких указаний в гарантийном письме, можно уточнить, имеет ли право выставлять платежное требование, а также представлять любые необходимые заявления или документы лишь правополучатель, или же это должен делать индоссант, т.е. первоначальный бенефициар от имени индоссатора.

III. ИСТЕЧЕНИЕ СРОКА ДЕЙСТВИЯ

24. Четкое представление об истечении срока действия гарантийного письма не менее важно, чем четкое представление о моменте вступления данного гарантийного письма в силу (см. проект статьи 7(2), A/CN.9/WG.II/WP.67). Унифицированный закон может способствовать повышению

3/ Kozolchyk, The Emerging Law of Standby Letters of Credit and Bank Guarantees, 24 Arizona L.R. (1982), 319, 356.

ясности в двух отношениях. В нем может быть четко определено значение и последствия истечения срока действия, установленного в гарантийном письме, а также оговорены различные вопросы, касающиеся автономии сторон при определении условий истечения срока действия.

A. Значение и последствия

25. Считается, что оговорка об истечении срока действия гарантии или резервного аккредитива в определенный день означает, что платежное требование, сопровождаемое любыми необходимыми документами, может быть представлено лишь до этой даты или в эту дату, и, соответственно, что гарант не обязан осуществлять платеж по требованию, представленному после этой даты. Однако в судах некоторых правовых систем было дано иное толкование, заключающееся в том, что до наступления даты или в день истечения срока действия гарантийного письма должны возникнуть те обстоятельства, в отношении которых предоставлена гарантия; эти суды признавали платежные требования, выставленные после этой даты либо в течение разумного последующего срока, либо даже в течение срока исковой давности, который может продолжаться довольно долго после истечения срока действия.

26. Унифицированный закон мог бы внести здесь ясность, предложив первое толкование, как это делается в национальном праве ряда стран. Например, в Кодексе международной торговли Чехословакии 1963 года в разделе 671 предусматривается следующее:

> "Если срок действия банковской гарантии ограничен во времени, уполномоченное лицо уведомляет банк о своих требованиях не позднее, чем в течение такого времени; в противном случае его требования по банковской гарантии утрачивают свою силу" 4/.

27. Весьма похожие положения содержатся в законодательстве Бахрейна 5/, Ирака 6/ и Кувейта. Например, в Торговом законе Кувейта 1980 года в статье 386 предусматривается следующее:

> "С банка снимается ответственность по отношению к бенефициару, если в течение срока действия гарантийного письма от бенефициара не поступает требования о платеже, если до истечения указанного срока не было достигнуто специальной договоренности о его продлении" 7/.

28. Что касается унифицированных правил, то аналогичное толкование истечения срока дается в последнем предложении статьи 22 УПГ ("Требования, полученные после даты истечения срока действия или события, влекущего за собой прекращение действия, гарантом отклоняются"), а также в статье 19 УПГ:

> "Любое требование должно представляться в соответствии с положениями гарантии не позднее срока ее истечения, и, в частности, все документы, указанные в гарантии с целью востребования, представляются гаранту не позднее срока истечения гарантии в месте ее выдачи, в противном случае требование отклоняется".

29. Если Рабочая группа примет положение в пользу первого толкования, т.е. если требование платежа должно представляться в течение срока действия, можно было бы сделать исключение в том случае, если включенное в гарантийное письмо положение об истечении срока действия предусматривает иное (например, обязательство о платеже в случае невыполнения обязательства принципалом в определенный период времени). Возможным решением в отношении такого исключения могло бы стать предоставление дополнительного времени как определенного или разумного периода для представления требования и необходимых документов. Аналогичный подход следовало бы, вероятно, применить в том случае, если контргарант обещает возместить гаранту сумму любого платежа, осуществленного до истечения срока действия его гарантийного письма, при условии, что в контргарантийном письме не содержится иного положения об истечении срока, действия, например, не указывается конкретной даты истечения этого срока. Здесь, как и в любом другом случае, по каждому гарантийному письму необходимо учитывать указанные в нем моменты вступления в силу и истечения срока действия.

4/ Act No. 101 (of 4th December, 1963) on Legal Relations arising in International Business Transactions, see Introduction and Commentary by Kopac (Prague 1967), p.201.

5/ Art. 335(1) of the Commercial Code of Bahrain, Law No. 7 of 1987.

6/ Art. 291(1) of the Commercial Code of Iraq, Law No. 30 of 1984.

7/ Decree No. 68 of 1980 Enacting the Law of Commerce of Kuwait.

30. Последствия истечения срока действия, т.е. невозможность более востребовать платежа, описываются в вышеприведенных примерных положениях (пункты 26-28) с помощью таких формулировок, как "утрачивается право на предъявление требования", "с банка снимается ответственность по отношению к бенефициару" и "требование отклоняется". Ясность в этот вопрос можно было бы внести, включив в унифицированный закон положение, уточняющее, что последствия истечения срока действия не зависят от какого-либо последующего действия, например, от возвращения гарантийного письма или от заявления бенефициара о высвобождении гарантии. Утверждается, что такие последствия должны наступать автоматически, даже если в том или ином положении гарантийного письма предусматривается возвращение документа или заявление о высвобождении гарантии. В отношении вопроса о возвращении документа в статье 24 УПГ предусматривается:

> "В случае прекращения гарантии в результате осуществления платежа, истечения срока действия, аннулирования или по любой другой причине сохранение гарантии или любых поправок к ней не влечет за собой сохранения каких-либо прав бенефициара по гарантии".

31. Такое правило полезно в том отношении, что оно устраняет неопределенность и опасность неограниченного срока сохранения исковой силы. В нем учитывается, что имеются различные возможные причины удержания гарантийного письма и что сама концепция возвращения или удержания в какой-то степени утрачивает свою приемлемость с учетом наличия современных средств связи. Кроме того, оно помогает развеять неверное представление о том, что гарантийное письмо является документом, который, как и оборотный документ, содержит в себе право на платеж, и что, таким образом, для обеспечения этого права исковой силы требуется владение этим документом и его представление. Преимущество включения в унифицированный закон положения, аналогичного статье 24 УПГ, заключалось бы в том, что унифицированный закон в отличие от унифицированных правил, которые вступают в силу по соглашению сторон, мог бы исключить применение любого противоречащего ему положения законодательства государства, принимающего унифицированный закон.

32. Вряд ли существует такая же необходимость включать в унифицированный закон положение, аналогичное статье 23 УПГ, в которой также затрагивается вопрос о возвращении или удержании гарантийного письма в связи с рассмотрением предшествующих истечению срока действия событий, которые освобождают гаранта от ответственности и, таким образом, упраздняют положение об истечении срока действия:

> "Независимо от того, какие положения об истечении срока действия содержатся в гарантии, гарантия аннулируется до наступления даты истечения срока действия или события, влекущего за собой такое истечение, после представления гаранту самой гарантии или удостоверенного заявления бенефициара об освобождении от ответственности по гарантии, независимо от того, возвращается ли вместе с таким заявлением сама гарантия и любые поправки к ней".

33. Если в унифицированный закон будет включено аналогичное положение, то Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть следующие два момента. Во-первых, слово "аннулируется" следовало бы уточнить, с тем чтобы было ясно, что последствия наступают автоматически и не зависят от какого-либо последующего действия или заявления. Во-вторых, возможно, увязка последствий аннулирования с "представлением гаранту самой гарантии" является слишком жесткой в том смысле, что это положение может быть истолковано как относящееся не только к тем случаям, когда представление документа рассматривается как подразумеваемое о высвобождении гарантии или отказ от прав по ней, но и охватывающее другие случаи, например, возвращение гарантийного документа по ошибке.

B. Автономия сторон и возможные пределы

34. Предшествующее обсуждение значения и последствий истечения срока действия исходило из наличия действующего положения об истечении срока действия. Такое положение может содержаться в гарантийном письме или, особенно в случае продления срока действия, в поправке к гарантийному письму (как это рассматривалось выше в пунктах 3-17; можно отметить, что секретариат намерен рассмотреть проблемы, связанные с так называемыми требованиями "продлить или уплатить", в будущей записке). Сейчас предлагается обсудить два вопроса, касающиеся автономии сторон при разборке положений об истечении срока действия. Первый вопрос касается способов определения момента истечения срока действия, в частности ссылки на событие, влекущее за собой прекращение действия, а не на дату истечения срока действия. Второй вопрос заключается в том, должно ли гарантийное письмо содержать в себе положение об истечении срока действия, и если это так, то какая должна быть установлена санкция за нарушение этого положения. В этой связи следует задать вопрос о том, должен ли в унифицированном законе предусматриваться временной предел, и если это так, то каким должен быть его юридический характер.

1) Способы определения момента истечения срока действия

35. Момент истечения срока действия может быть установлен несколькими способами. Наиболее очевидный способ заключается в указании календарной даты. Другой способ - это установление определенного периода времени (например, шесть месяцев). Поскольку может возникнуть некоторая неясность относительно точной точки отсчета этого срока, в унифицированном законе можно было бы сослаться на момент вступления в силу (в соответствии с проектом статьи 7(2); A/CN.9/WG.II/WP.67). Еще один способ заключается в указании конкретного действия или события (например, завершение выполнения принципалом своих обязательств, принятие работы бенефициаром, заключение договора с другим оферентом). Такие положения об истечении срока действия могут вызывать трудности двоякого рода.

36. Во-первых, если истечение срока действия связано с событием, то гарант должен заниматься рассмотрением фактов, что нежелательно, и может оказаться втянутым в спор между бенефициаром и принципалом. Поскольку здесь вполне применимы итоги рассмотрения Рабочей группой так называемых недокументарных условий платежа (A/CN.9/330, пункты 68-75), то можно было бы рассмотреть вопрос о преобразовании любого недокументарного критерия истечения срока действия, определение которого для гаранта затруднительно, в документарный. Документарный подход лежит в основе статьи 22 УПГ (первое предложение), в котором само представление документов квалифицируется как событие, влекущее за собой истечение срока действия:

> "Истечение срока заявления требований наступает к определенной календарной дате ("дата истечения срока действия") или по представлении гаранту документа(ов), определенного(ых) для цели истечения срока действия ("событие, влекущее за собой истечение срока действия")".

37. Во-вторых, истечение срока действия, увязанное с событием, может никогда не наступить или не наступать какое-то длительное время. Даже если требуется представление документа, может возникнуть опасность возникновения бессрочного обязательства, по крайней мере если документ должен представляться бенефициаром. Наиболее эффективной мерой в этом отношении было бы непризнание положений об истечении срока действия, основанных на событии, и допущение в этой связи только указания календарной даты или определенного периода времени. Однако такая мера может показаться слишком жесткой. Другая мера может быть связана с временным пределом, который рассматривается ниже (пункты 42-43), или в некоторых исключительных случаях - с положениями, касающимися обмана или явного злоупотребления (которые будут рассмотрены в будущей записке секретариата).

2) Возможные требования в отношении положения об истечении срока действия и возможный временной предел

38. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли в унифицированный закон включать требование о том, чтобы в гарантийных письмах содержалось положение об истечении срока их действия и, в случае такой необходимости, каковы будут последствия отсутствия такого положения. Можно отметить, что в УПГ не содержится требования о положении об истечении срока действия и не предусматривается какой-либо санкции в случае отсутствия такого положения. Если статья 22 УПГ (ссылка на ее основную часть давалась выше в пункте 36) может быть истолкована как содержащая требование о дате истечения срока действия или событии, влекущем за собой истечение этого срока, то формулировка подпункта (f) статьи 3 УПГ носит рекомендательный характер и гласит, что "во всех гарантиях следует указывать дату истечения срока действия и/или событие, влекущее за собой истечение срока действия гарантии".

39. В гарантийных письмах может отсутствовать положение об истечении срока действия вследствие упущения или оплошности. Даже в тех случаях, когда они не указываются намеренно, может возникнуть по крайней мере неопределенность и, возможно, обязательство, имеющее неопределенный срок действительности или снабженное бессрочной исковой силой. Как указывалось на тринадцатой сессии (A/CN.9/330, пункты 24 и 44), бессрочные обязательства могут рассматриваться как создающие неопределенность и являющиеся с коммерческой точки зрения нежелательными. Они могут вызывать опасения в плане регулирования ввиду непрерывной ответственности по ним, и они могут привести к повышению затрат в силу правил Базельского соглашения, касающихся соответствующего финансового покрытия. И, наконец, они создают неопределенность в том смысле, что они могут подпадать под действие положения об исковой или приобретательной давности применимого права, причем даже определение такого права может вызвать трудности. Можно добавить, что данная неопределенность усугубляется следующими несоответствиями между национальными правовыми нормами об исковой или приобретательной давности: существуют значительные расхождения в сроках исковой давности, продолжительность которых может достигать 30 лет; течение срока исковой давности может начинаться с момента

составления гарантийного письма, с наступления обеспеченного непредвиденного обстоятельства или с момента заявления требования; стороны могут или не могут сокращать сроки исковой давности; на иностранные гарантийные письма могут распространяться или не распространяться сроки исковой давности, установленные национальным правом.

40. В противовес требованию о включении положения об истечении срока действия могут быть выдвинуты следующие доводы. Поскольку в практике имеют место обязательства, в которых не указывается срок действительности, то в унифицированном законе не следует предпринимать попытки изменить данную практику. Отсутствие положения об истечении срока действия не является основной причиной обеспокоенности по поводу обязательств с неопределенным сроком действительности, поскольку аналогичные возражения могут быть приведены и в отношении положений, предусматривающих бессрочный или очень продолжительный срок действия.

41. Если Рабочая группа примет решение в поддержку требования о включении положения об истечении срока действия, ей придется решать, каковы будут последствия отсутствия такого положения. Признание гарантийного письма недействительным или не имеющим силы является одной из возможных санкций. Вместе с тем, возможно, такая санкция будет чрезмерной.

42. В ходе тринадцатой сессии Рабочей группы (A/CN.9/330, пункты 25 и 46) было предложено более приемлемое решение, заключающееся в том, чтобы предусмотреть временной предел, скажем, в 5 лет. Временной предел будет применяться лишь в тех случаях, когда в гарантийном письме или поправке к нему не будет содержаться положение об истечении срока действия. Поскольку такой предельный срок будет носить вспомогательный характер, в гарантийном документе может быть оговорен более продолжительный срок действия.

43. Вместе с тем такое решение не устранит обеспокоенность в отношении бессрочных обязательств или обязательств с чрезвычайно продолжительным сроком действия. Поэтому можно было бы рассмотреть вопрос о невозможности отхода от временного предела. Если положение о временном пределе будет императивным, то, возможно, такой срок должен быть более продолжительным, чем если бы он был вспомогательным (например, 10 лет). Независимо от того, будет ли он императивным или нет, действие временного предела должно соответствовать проведенному выше обсуждению (пункты 25-33).

IV. ОБЯЗАТЕЛЬСТВА ГАРАНТА

44. Ниже обсуждается наиболее важный момент при проведении операций с гарантийным письмом, т.е. когда бенефициар требует произвести платеж. В ходе обсуждения рассматриваются различные вопросы, касающиеся обязательств гаранта, включая встречного гаранта и подтверждающего гаранта. При рассмотрении данных вопросов постоянное внимание будет уделяться тому, следует ли их упоминать в положениях унифицированного закона, и если да, то должны ли эти положения носить императивный или вспомогательный характер. Этот вопрос представляется особенно уместным в связи с теми проблемами, которые регулируются правилами УПГ.

A. Обязательство произвести платеж при предъявлении требования, отвечающего установленным условиям

45. В соответствии с проектом статьи 2 (A/CN.9/WG.II/WP.67) гарант обязан произвести платеж " в соответствии с условиями обязательства". По получении требования платежа гарант определяет его соответствие условиям гарантийного письма. Можно отметить, что в будущей записке секретариата будут обсуждаться возможные основания для отказа произвести платеж, которые не относятся к случаям несоответствия (например, обман, явное злоупотребление).

46. Положения, которые получатель требования должен проверить, с тем чтобы определить, обязан ли он произвести платеж по гарантийному письму, можно проиллюстрировать следующим перечнем:

своевременность, т.е. требование представлено до истечения срока действия;

надлежащий заявитель, т.е. лицо, требующее произвести платеж, является бенефициаром, указанным в гарантийном письме;

надлежащая форма, т.е. требование соответствует всем требованиям формы, предусмотренным в гарантийном письме или в применимом праве;

надлежащий адресат и место представления, т.е. платеж требуется от связанной обязательствами стороны (например, от гаранта, но не авизирующего банка) и требование представляется в соответствующем месте в отношении данной стороны (например, банк-эмитент или подтверждающий банк);

надлежащая сумма, т.е. сумма требования не превышает максимальную сумму, оговоренную в гарантийном письме или сокращенную либо на основе предыдущего платежа, либо в соответствии с особой оговоркой о сокращении;

выполнение условий платежа, т.е. представление соответствующих документов или выполнение других требований, на основе которых производится платеж.

47. Что касается надлежащей формы требования, то Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, должно ли в унифицированном законе содержаться какое-либо требование в отношении формы и, например, о том, следует ли из него исключить чисто устные требования.

48. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли в унифицированный закон включать положение о надлежащем месте. Содержащееся в статье 19 УПГ правило о том, что востребование гарантии осуществляется "в месте ее выдачи", можно было бы улучшить таким образом, чтобы прослеживалась четкая связь между представлением документов и конкретным адресатом, например подтверждающим банком вместо банка-эмитента, и признать действительность любого указания на другое место представления.

1) Метод определения соответствия

49. В статье 9 УПГ предусматривается:

"Все документы, указанные и представленные по гарантии, включая требование, изучаются гарантом с разумной осмотрительностью, с тем чтобы удостовериться, соответствуют ли они или отвечают ли по внешним признакам условиям гарантии. Документы, которые, как представляется, не обеспечивают такое соответствие или по внешним признакам не соответствуют друг другу, отклоняются".

50. Метод проверки соответствия по внешним признакам имеет значение, главным образом, в контексте контроля за соблюдением условий платежа. Даже в тех случаях, когда платеж зависит от наступления события, которое не входит в компетенцию гаранта, потребуется изучение документов, если, согласно мнению большинства участников тринадцатой сессии (A/CN.9/330, пункт 75), в унифицированном законе будет предусмотрено, что недокументарные условия платежа должны быть преобразованы в документарные за счет установления обязательства бенефициара представить заявление, подтверждающее такое событие, или удостоверение соответствующего третьего лица.

51. Метод определения соответствия по внешним признакам может также играть определенную роль при изучении других реквизитов, включенных в приведенный выше иллюстративный перечень (пункт 46). Например, в тех случаях, когда истечение срока действия связано с каким-либо событием, проверка своевременности может предполагать изучение документов, в особенности, если в унифицированном законе будет предусмотрен документарный подход, предложенный выше (пункт 36). Аналогичным образом в тех случаях, когда в оговорке о сокращении имеется ссылка на какое-либо событие, определение соответствующей суммы может предполагать изучение документов, в особенности, если в соответствии с предложением, высказанным на тринадцатой сессии (A/CN.9/330, пункт 22), в унифицированном законе будет содержаться требование о том, что подлежащая выплате сумма могла быть незамедлительно определена гарантом, например, на основе четко указанных документов.

52. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, будет ли правило, аналогичное тому, которое содержится в статье 9 УПГ, уместным для унифицированного закона и следует ли его улучшить или дополнить. В своей работе Рабочая группа может опираться на проведенную в ходе тринадцатой сессии дискуссию, касающуюся доктрины строгого соблюдения и возможного использования понимания и установленной практики банкиров в качестве одного из критериев толкования и стандарта осмотрительности (A/CN.9/330, пункты 86-91).

53. Как указывалось на тринадцатой сессии, выражение "строгое соблюдение" в отличие от выражения "соблюдение по существу" можно понимать и как означающее действительно буквальное соблюдение, вплоть до последней запятой, и как допускающее возможность несущественных отклонений для исправления типографских опечаток или аналогичных незначительных отклонений. Действительно, единого понимания не существует, и обработка отличающихся друг от друга документов в практике аккредитивов, как правило, является основным источником возникновения споров и тяжб.

54. При рассмотрении вопроса о том, будет ли уместен строгий или более гибкий стандарт соблюдения, необходимо принимать во внимание определенное различие между товарным

аккредитивом и гарантийным письмом. Во-первых, товарный аккредитив предусматривает механизм гарантированного платежа, который может быть использован в рамках обычного хода осуществления сделки, а гарантийное письмо предназначено для обеспечения бенефициару возмещения в случае непредвиденных обстоятельств, вероятность возникновения которых мала. Во-вторых, документы, представляемые в связи с товарным аккредитивом (например, коносамент), могут быть, вероятно, проданы, а заявления или документы, требуемые в связи с гарантийным письмом, редко относятся к такому типу документов. В-третьих, документы, требуемые в связи с товарным аккредитивом, как правило, являются более стандартизированными, чем документы, требуемые в связи с гарантийным письмом; они подробно разъясняются и регулируются УПО.

55. Следующие три примера могут помочь определить возможную роль критерия соблюдения по внешним признакам в практике гарантийных писем:

A) В приложении к финансовому резервному аккредитиву содержится текст трех заявлений о возможных непредвиденных обстоятельствах, в связи с которыми предоставляется обеспечение и оставляется место для суммы, которая будет проставлена бенефициаром.

(В этом случае, конечно же, применим известный принцип доктрины строгого соблюдения: нет необходимости в документах, которые являются практически аналогичными или выполняют аналогичные функции)

B) Гарантия в связи с участием в торгах подлежит выплате по первому требованию, сопровождаемому письменным заявлением бенефициара, удостоверяющим, что оферент не выполнил своего обязательства. Бенефициар направляет гаранту следующее факсимильное сообщение: "Мы нижеследующим требуем произвести платеж в размере 125 000 долл. США и подтверждаем, что компания X не подписала выданный контракт. Подпись B". Гарант отказывается произвести платеж, поскольку в заявлении бенефициара не было слова "удостоверять" или слов "не выполнил своего обязательства".

(Независимо от того, как могут трактоваться основания для отклонения требования, предполагается, что данный случай является свидетельством ограниченных возможностей доктрины строгого соблюдения, независимо от того, истолковывается ли она в своем буквальном, строгом смысле или нет)

C) В гарантии исполнения говорится, что она подлежит выплате по простому требованию и что она регулируется УПГ. Бенефициар подкрепляет свое требование заявлением о том, что принципал нарушил свои обязательства, в частности, свои основные обязательства по контракту. Принципал дает поручение гаранту не производить платежа, поскольку бенефициар не указал "характер нарушения принципала" в соответствии со статьей 20 (a)(ii) УПГ, как это требуется 8/.

(Последняя формулировка, которая в равной степени может содержаться в специально составленном проекте текста гарантийного письма, поясняет часто встречающуюся неопределенность описания требуемого содержания заявления бенефициара и, в свою очередь, ограниченную целесообразность критерия, основанного на строгом соблюдении. При определении соответствия заявления требованиям, содержащимся в гарантийном письме, на основе толкования в соответствии с проектом статьи 6 унифицированного закона будет необходимо использовать такой процесс толкования и оценки, который не может быть надлежащим образом охвачен одним выражением, "строгое соблюдение", а возможно, и выражением "соблюдение по существу").

8/ Статья 20 (a) УПГ гласит: "Любое требование платежа по гарантии подкрепляется письменным заявлением (либо в самом требовании, либо в отдельном документе или документах, сопровождающих требование и упомянутых в нем), в котором указывается:

i) что принципал нарушил свое обязательство(а) по основному контракту(ам); и

ii) характер нарушения принципала".

(Статья 20 (c) УПГ гласит: "Настоящая статья не применяется в тех случаях, когда она прямо исключается условиями гарантии или встречной гарантии".)

56. Один из выводов состоит в том, что в первую очередь сами стороны должны добиваться большей определенности путем формулирования точных требований, как это показано в первом примере. Что касается унифицированного закона, то критерий соответствия по внешним признакам, каким бы строгим или гибким он ни был, имеет, возможно, меньшее значение, чем критерий разумной осмотрительности при рассмотрении соответствия требования, включая любые необходимые документы, условиям гарантийного письма.

57. В этой связи можно было бы подумать о том, чтобы усовершенствовать критерий должной осмотрительности, например, путем ссылки на понимание того или иного опытного контролера, проверяющего документацию. Такое уточнение, возможно, поможет избежать излишне строгого подхода к вопросу о соответствии, когда необходим процесс толкования и оценки. Однако некоторым такое уточнение может показаться ненужным, учитывая то, что любой юридический критерий должной осмотрительности обычно рассматривается применительно к соответствующей группе лиц и что можно было бы ожидать включения в унифицированный закон императивного требования о том, чтобы гаранты действовали добросовестно и с разумной осмотрительностью (как это предусматривается в новом варианте статьи 15 УПГ; см. ниже, пункты 67 и 68).

2) Допустимые сроки рассмотрения

58. В статье 10 (a) УПГ предусматривается, что:

"Гарант располагает разумным сроком для рассмотрения требования по гарантии и принятия решения о выплате или отклонении требования".

59. Если не считать некоторые редакционные изменения, то формулировка этого положения соответствует предыдущему варианту, который рассматривался Рабочей группой на ее двенадцатой сессии (A/CN.9/316, пункты 50 и 51). Тогда в поддержку сохранения понятия "разумный срок" было заявлено, что оно широко известно, в частности, из статьи 16 (c) УПО и что в нем учитываются различия обстоятельств в отдельных случаях, а также различия в региональной и национальной практике.

60. Однако такая гибкость неизбежно связана с неопределенностью, что, по-видимому, нежелательно в международной практике. В целях достижения четкости были внесены различные предложения в отношении установления определенного срока, например, пяти или, как предусматривается в разделе 5-112(1)(a) ЕТК, трех дней. Одно компромиссное предложение заключалось в использовании презумпции, которая может быть опровергнута, об определенном установленном сроке как о надлежащем, если только не достигнута иная договоренность или не доказано обратное, причем бремя доказывания возлагается на сторону, утверждающую, что установленный срок целесообразен.

B. Обязанности по уведомлению

61. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, должен ли унифицированный закон обязывать гаранта по получении требования информировать об этом принципала или предписывающую сторону 9/. Она, возможно, пожелает также рассмотреть вопрос о сроках и способах уведомления бенефициара, которое гарант обязан направлять в случае отклонения требования. Обе эти обязанности предусматриваются в положениях УПГ (которые в более раннем, несколько отличающемся варианте были рассмотрены Рабочей группой на ее двенадцатой сессии, см. пункты 50, 52, 72-75 документа A/CN.9/316):

Статья 10 (b)

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

Статья 17

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

9/ Относительно термина "предписывающая сторона" см. проект статьи 2 в документе A/CN.9/WG.II/WP.67.

62. Относительно положения, касающегося уведомления об отклонении требования, Рабочая группа на своей двенадцатой сессии внесла предложение о том, чтобы это уведомление включало указание причин отклонения требования, поскольку бенефициар, если он информирован о характере какого-либо несоответствия в документации, может исправить ошибку и представить соответствующий документ вновь. Соответствующее предложение заключалось в том, чтобы включить в это положение норму об эстоппеле, возможно, аналогичную той, которая содержится в статье 16 УПА, что, таким образом, ограничит право гаранта отклонять представление документов из-за несоответствий, о которых бенефициар мог бы или должен был быть уведомлен при предыдущем представлении (A/CN.9/316, пункт 52). Можно добавить, что норма об эстоппеле, разработанная в строгом соответствии со статьей 16(е) УПО, будет иметь еще одно последствие: она не позволит гаранту, не сумевшему рассмотреть документацию в установленные сроки, утверждать о несоответствии документации условиям гарантийного письма. Таким образом, норма об эстоппеле будет предусматривать санкцию за несоблюдение, касающегося сроков рассмотрения, правила, которое обсуждалось выше (пункты 58-60).

63. Что касается обязанности гаранта в случае заявления требования уведомлять принципала или предписывающую сторону, то она, думается, в принципе противоречива и вызовет трудности при ее применении, в частности в связи с обязанностью гаранта осуществлять платеж при представлении требования, отвечающего условиям гарантии. Например, на двенадцатой сессии поднимались вопросы в отношении того, следует ли уведомление направлять до осуществления платежа или же платеж может быть надлежащим образом совершен без уведомления и, если уведомление направлено до осуществления платежа, должна ли в нем содержаться информация, касающаяся намерения гаранта удовлетворить или отклонить требование. При рассмотрении этих и других вопросов, касающихся этой обязанности, Рабочая группа, возможно, пожелает принять к сведению начальные слова, которые добавлены в новый вариант статьи 17 УПГ: "Без ущерба для положений статьи 10", т.е. для положений, касающихся сроков рассмотрения и обязанности направлять уведомление об отклонении.

64. И наконец, Рабочая группа, возможно, пожелает обсудить вопрос о том, должен ли унифицированный закон касаться дальнейших обязанностей по уведомлению. Например, можно было бы подумать над тем, чтобы обязать финансовые учреждения, которые получают просьбу о выдаче встречного гарантийного письма или о подтверждении гарантийного письма или об уведомлении о гарантийном письме и которые по какой-то причине решают не выполнять такую просьбу, информировать об этом запрашивающую сторону в конкретные сроки, например, в течение 5 дней после получения этой просьбы.

V. ОТВЕТСТВЕННОСТЬ И ОСВОБОЖДЕНИЕ ОТ ОТВЕТСТВЕННОСТИ

65. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, должны ли в унифицированном законе содержаться положения об ответственности гарантов и, возможно, предписывающих сторон. Основой для обсуждения могут служить соответствующие положения УПГ, предыдущие варианты которых она рассмотрела на своей двенадцатой сессии (A/CN.9/316, пункты 53-69). Соответствующие положения УПГ сформулированы следующим образом:

Статья 11

"Гаранты и предписывающие стороны не принимают на себя никакой ответственности или обязательств в отношении формы, полноты, точности, подлинности, подлога или правовых последствий любого документа, представляемого им, или в отношении содержащихся в нем общих и/или конкретных заявлений или в отношении добросовестности или действий и/или бездействий какого бы то ни было лица".

Статья 12

"Гаранты или предписывающие стороны не принимают на себя никакой ответственности или обязательств в отношении последствий, возникающих в связи с задержкой и/или утратой в ходе передачи каких-либо сообщений, писем, требований или документов, или в отношении задержки, повреждения или других ошибок, возникающих при передаче какого-либо сообщения средствами электросвязи. Гаранты и предписывающие стороны не принимают на себя никакой ответственности за ошибки в письменном или устном переводе технических терминов и оставляют за собой право передавать тексты гарантий или их части без перевода".

Статья 13

"Гаранты и предписывающие стороны не принимают на себя никакой ответственности или обязательств в отношении последствий, возникающих в результате приостановления их

деловой деятельности, вызванного стихийными бедствиями, беспорядками, общественными волнениями, восстаниями, войнами или любыми другими не зависящими от них причинами, или забастовками, локаутами или промышленными акциями любого характера".

Статья 14

"a) Гаранты и предписывающие стороны, пользующиеся услугами другой стороны во исполнение распоряжений принципала, делают это за счет и на риск этого принципала.

b) Гаранты и предписывающие стороны не принимают на себя никакой ответственности или обязательств, если передаваемые ими указания не выполняются, даже в том случае, если они по собственной инициативе осуществили выбор такой другой стороны.

c) Принципал несет ответственность по возмещению гаранту или предписывающей стороне, в зависимости от случая всех расходов в отношении всех обязательств или ответственности, налагаемых иностранными законами и обычаями".

Статья 15

"Гаранты и предписывающие стороны не освобождаются от ответственности или обязательств на основании статей 11, 12 и 14 выше в случае, если они не действовали добросовестно и с разумной осмотрительностью".

66. Обсуждение удобно разделить на две части: во-первых, рассмотреть вопросы, затрагиваемые в статье 15 УПГ - единственной статье, предусматривающей ответственность; во-вторых, вопросы, затрагиваемые в статьях 11-14 УПГ, которые, хотя и представлены в разделе "Обязательства и ответственность", содержат по-существу оговорки об освобождении от ответственности.

A. Ответственность и критерий необходимой осмотрительности

67. Можно напомнить, что в соответствии с предыдущим вариантом статьи 15 УПГ на гарантов и предписывающие стороны возлагалась ответственность "в случае их грубой халатности или умышленных действий". Новая формулировка "не действовали добросовестно и с разумной осмотрительностью", служащая основанием для возложения ответственности, отражает получившую широкую поддержку в Рабочей группе точку зрения о том, что гаранты и предписывающие стороны должны проявлять разумную осмотрительность при выполнении своих обязательств (A/CN.9/316, пункт 69).

68. Сформулированное аналогично статье 15 УПГ положение унифицированного закона имело бы другой юридический характер и, возможно, другую сферу применения. Статья 15 УПГ ограничивает действие оговорок об освобождении от ответственности, которые содержатся в той же группе правил и которые все, включая статью 15, вступают в силу на основе соглашения сторон и потому могут быть исключены или изменены. Однако унифицированный закон мог бы возлагать ответственность в обязательном порядке. Таким образом, он мог бы эффективно ограничить любое освобождение от ответственности независимо от того, предусматривается ли оно в соответствии с отдельно составленными оговорками в гарантийных письмах или общими условиями или унифицированными правилами, на которые в гарантийных письмах имеется ссылка.

B. Освобождение от ответственности

69. Что касается статей 11-14 УПГ, то действующие в настоящее время положения в целом не отличаются от тех, которые рассматривались Рабочей группой на ее двенадцатой сессии. Можно напомнить, что возникли серьезные возражения, в частности по статьям 12-14 УПГ, поскольку было сочтено, что в них оказывается неоправданное предпочтение гарантам и предписывающим сторонам. Было предложено исключить эти предусматривающие освобождение от ответственности положения или изменить их формулировки таким образом, чтобы они были более сбалансированными.

70. В ответ было заявлено, что эти положения были подготовлены в строгом соответствии со статьями 17-20 УПО, которые не вызывали трудностей. Относительно освобождения от ответственности в случае форс-мажорных обстоятельств было заявлено, что тексты гарантий часто содержат оговорки, касающиеся форс-мажорных обстоятельств, и что даже в отсутствие договорного освобождения от ответственности аналогичный результат был бы получен при применении национального права. Однако, поскольку национальное право различных стран содержит неодинаковые положения об объеме освобождения от ответственности, то, вероятно, следовало бы добиваться их большей гармонизации.

71. При обсуждении целесообразности включения в унифицированный закон каких-либо положений об освобождении от ответственности, содержащихся в статьях 11-14 УПГ, Рабочая группа, возможно, пожелает учесть следующие соображения, вызванные различиями между УПГ и унифицированным законом. Приемлемость в перспективе выработанного текста для банкиров как самых заинтересованных лиц явится важным фактором для принятия государством решения о признании унифицированного закона, тогда как в связи с оговорками об освобождении от ответственности положение дел несколько иное, поскольку они обычно вводятся заинтересованными кругами, например в общих условиях.

72. Кроме того, включение в унифицированный закон положений об освобождении от ответственности, по-видимому, является не столь необходимым ввиду самого факта наличия в УПГ оговорок об освобождении от ответственности. И наконец, оговорки об освобождении от ответственности представляются более уместными в тексте, который сам предусматривает различные обязательства, нарушение которых поднимает вопрос об ответственности и об освобождении от нее. Таким образом, видимо, нет особой необходимости включать оговорки, касающиеся освобождения от ответственности, в унифицированный закон, который независимо от конечной сферы применения, несомненно, будет включать в себя меньше "правил движения" и предусматривающих обязанности положений, чем УПГ.

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

СОДЕРЖАНИЕ

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

ВВЕДЕНИЕ

1. В соответствии с решением, принятым Комиссией на ее двадцать первой сессии 1/, Рабочая группа по международной договорной практике посвятила свою двенадцатую сессию рассмотрению проекта унифицированных правил для гарантий, разработкой которого занимается Международная торговая палата (МТП), и вопроса о целесообразности и возможности любой дальнейшей работы по обеспечению большей степени единообразия в области гарантий и резервных аккредитивов на уровне статутного права (A/CN.9/316). Рабочая группа рекомендовала начать работу по подготовке унифицированного закона либо в форме типового закона, либо в форме конвенции.

2. На своей двадцать второй сессии Комиссия одобрила рекомендацию Рабочей группы о проведении работы по подготовке унифицированного закона и возложила эту задачу на Рабочую группу 2/.

3. На своей тринадцатой сессии (A/CN.9/330) Рабочая группа начала работу с обсуждения возможного круга вопросов унифицированного закона, которые рассматривались в записке секретариата (A/CN.9/WG.II/WP.65). Эти вопросы касались основной сферы применения унифицированного закона, автономии сторон и ее пределов, а также возможных правил толкования. В Рабочей группе состоялся также предварительный обмен мнениями по вопросам формы и момента составления гарантии или резервного аккредитива. Рабочая группа просила секретариат представить на рассмотрение ее четырнадцатой сессии первый проект свода статей по вышеуказанным вопросам с возможными вариантами, а также записку, посвященную другим вопросам, которые могут быть охвачены в унифицированном законе.

4. На своей четырнадцатой сессии (A/CN.9/342) Рабочая группа рассмотрела подготовленные секретариатом проекты статей 1-7 унифицированного закона (A/CN.9/WG.II/WP.67). Секретариату было предложено подготовить на основе обсуждений и выводов Рабочей группы пересмотренный проект статей 1-7 унифицированного закона. Рабочая группа рассмотрела также вопросы, которым посвящена записка секретариата, касающаяся внесения поправок, передачи прав, истечения срока действия и обязательств гаранта (A/CN.9/WG.II/WP.68). Секретариату было предложено подготовить на основе обсуждений и выводов Рабочей группы первый проект статей по обсуждаемым вопросам. Было также отмечено, что секретариат представит Рабочей группе на ее пятнадцатой сессии записку по дополнительным вопросам, которые должны регламентироваться унифицированным законом, в том числе по вопросам обмана и других возражений против платежа, судебных запретов и других судебных мер, коллизии норм права и юрисдикции.

5. Рабочая группа, в состав которой входили все государства - члены Комиссии, провела свою пятнадцатую сессию в Нью-Йорке с 13 по 24 мая 1991 года. В работе сессии приняли участие представители следующих государств - членов Рабочей группы: Германии, Египта, Индии, Ирака, Ирана (Исламской Республики), Испании, Италии, Канады, Кении, Кипра, Китая, Ливийской Арабской Джамахирии, Марокко, Мексики, Нигерии, Нидерландов, Сингапура, Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии, Соединенных Штатов Америки, Союза Советских Социалистических Республик, Того, Уругвая, Франции, Чехословакии, Чили, Югославии и Японии.

6. В работе сессии принимали участие наблюдатели от следующих государств: Австралии, Австрии, Алжира, Багамских Островов, Бразилии, Вануату, Венесуэлы, Вьетнама, Гаити, Гондураса, Индонезии, Йемена, Кабо-Верде, Колумбии, Конго, Объединенной Республики Танзании, Омана, Пакистана, Перу, Польши, Руанды, Румынии, Саудовской Аравии, Таиланда, Туниса, Уганды, Филиппин, Финляндии, Швейцарии, Швеции и Эквадора.

7. В работе сессии принимали участие наблюдатели от следующих международных организаций: Афро-азиатского консультативно-правового комитета (ААКПК), Гаагской конференции по международному частному праву, Международного валютного фонда (МВФ), Банковской федерации Европейского сообщества, Каирского регионального центра по международному торговому арбитражу, Международной торговой палаты.

8. Рабочая группа избрала следующих должностных лиц:

Председатель: г-н Ж. Готье (Канада)

Докладчик: г-н Р. Сандоваль (Чили)

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

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

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

10. Рабочая группа утвердила следующую повестку дня:

1. Выборы должностных лиц.

2. Утверждение повестки дня.

3. Подготовка унифицированного закона о международных гарантийных письмах.

4. Прочие вопросы.

5. Утверждение доклада.

I. ОБСУЖДЕНИЕ И РЕШЕНИЯ

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

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

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

II. ОБСУЖДЕНИЕ НЕКОТОРЫХ ВОПРОСОВ, КАСАЮЩИХСЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ ГАРАНТА

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

A. Допустимые сроки рассмотрения

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

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

3/ ICC document No. 460/470-1/19 Rev. и 460/470-10/1 Rev. от 8 февраля 1991 года.

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

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

B. Обязанности по уведомлению

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

Уведомление принципала о требовании

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Уведомление бенефициара об отклонении требования

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

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

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

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

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

Дополнительные обязанности по уведомлению

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

C. Ответственность и освобождение от ответственности

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

Положения об освобождении от ответственности

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

Положение об ответственности и его элементы

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

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

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

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

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

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

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

Возможное распространение положения об ответственности на других лиц помимо гарантов

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

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

III. ОБМАН, ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЕ И АНАЛОГИЧНЫЕ КОНЦЕПЦИИ

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

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

A. Охват и возможные определения понятий обмана и злоупотребления

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

Обмен информацией о применяемых в настоящее время концепциях

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

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

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

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

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

Обсуждение случаев для ограничения сферы применения исключения на основании обмана

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. Степень осведомленности и критерии доказательства

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

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

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

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

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

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

V. СУДЕБНЫЕ ЗАПРЕТЫ И ДРУГИЕ СУДЕБНЫЕ МЕРЫ

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. ОБМАН, ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЕ И АНАЛОГИЧНЫЕ КОНЦЕПЦИИ (продолжение)

C. Исключение на основании обмана, предоставляемое встречному гаранту

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

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

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

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

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

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

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

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

E. Возможное положение о требованиях "продлить или уплатить"

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. ДРУГИЕ ВОЗРАЖЕНИЯ ПРОТИВ ПЛАТЕЖА

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

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

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

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

B. Зачет требований гаранта

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

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

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

VI. КОЛЛИЗИЯ НОРМ ПРАВА И ЮРИСДИКЦИЯ

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

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

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

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

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

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

B. Взаимоотношения, регламентируемые возможными положениями о коллизии норм права

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

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

C. Определение применимого права

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

1. Свобода сторон выбирать применимое право

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

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

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

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

2. Определение применимого права в отсутствие выбора сторон

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Сфера действия применимого права

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

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

D. Юрисдикция

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

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

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

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

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

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

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

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

D. Рабочие документы, представленные Рабочей группе по международной договорной практике на ее пятнадцатой сессии

1. Независимые гарантии и резервные аккредитивы: дальнейшее обсуждение вопросов, относящихся к унифицированному закону: обман и другие возражения против платежа, судебные запреты и другие судебные меры: записка секретариата (A/CN.9/WG.II/WP.70) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

	Пункты	Страница
ВВЕДЕНИЕ	1-6	558
I. ОБМАН, ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЕ И АНАЛОГИЧНЫЕ КОНЦЕПЦИИ	7-75	559
A. Исключение на основании обмана в отдельных странах общего права	10-28	559
1. Соединенные Штаты Америки	11-20	559
2. Англия (Канада и Сингапур)	21-28	562
B. Злоупотребление и обман в отдельных странах римского права	29-72	565
1. Различные концепции и понятия	30-38	565
2. Возможные случаи явного обмана или злоупотребления	39-72	567
a) Случаи, касающиеся гарантий в связи с участием в торгах	40-41	567
b) Неплатеж аванса в случае гарантии возмещения выплат	42	568
c) Завершение выполнения договора, обеспеченного гарантией исполнения	43-47	568
d) Иной риск или цель	48-50	569
e) Требование "продлить или уплатить"	51-54	570
f) Обеспеченное обязательство, которое является несуществующим, не имеющим силы или незаконным или которое не может служить основанием для иска	55-58	571
g) Другие случаи утверждений об оправданном неисполнении	59-62	573
h) Представление подложного или фальсифицированного документа	63-64	574
i) Особые соображения, связанные со встречными гарантиями	65-72	575
C. Предварительные заключения	73-75	577
II. ПРОЧИЕ ВОЗРАЖЕНИЯ ПРОТИВ ПЛАТЕЖА	76-89	578
A. Недействительность, возможность оспаривания или невозможность принудительного исполнения платежного обязательства	76-79	578
B. Зачет требований гаранта	80-85	579
C. Предварительные заключения	86-89	581
III. СУДЕБНЫЕ ЗАПРЕТЫ И ДРУГИЕ СУДЕБНЫЕ МЕРЫ	90-114	581
A. Судебные запреты в отношении платежа	92-94	582
1. Требования и другие процессуальные аспекты судебных запретов в целом	92-94	582

СОДЕРЖАНИЕ (продолжение)

		Пункты	Страница
	2. Особые соображения в отношении приказов о приостановлении платежа	95-107	582
	a) Основание для иска из неизбежного нарушения обязательства	97-100	583
	b) Невосстановимый ущерб и распределение преимуществ	101-107	584
B.	Запретительные приказы против бенефициара	108-110	586
C.	Наложение ареста и аналогичные меры	111-112	586
D.	Предварительные заключения	113-114	587

ВВЕДЕНИЕ

1. Настоящая записка, в которой рассматриваются обман и другие возражения против платежа, судебные запреты и другие судебные меры, является третьей в серии записок, в которых обсуждаются возможные вопросы унифицированного закона о независимых гарантиях и резервных аккредитивах. В четвертой записке, которая будет также представлена Рабочей группе на ее пятнадцатой сессии, обсуждаются вопросы, касающиеся коллизии норм права и юрисдикции (A/CN.9/WG.II/WP.71). Вопросы, обсуждавшиеся в первой записке, а именно основная сфера применения унифицированного закона, автономия сторон и ее пределы и правила толкования (A/CN.9/WG.II/WP.65), были рассмотрены Рабочей группой на ее тринадцатой сессии (A/CN.9/330). Вопросы, обсуждавшиеся во второй записке, а именно внесение поправок, передача прав, истечение срока действия и обязательства гаранта (A/CN.9/WG.II/WP.68), были рассмотрены Рабочей группой на ее четырнадцатой сессии (A/CN.9/342).

2. Предварительная дискуссия по вопросам, касающимся исключения на основании обмана, других возражений и вспомогательных судебных мер, содержится в докладе Генерального секретаря (A/CN.9/301, пункты 84-90). Один из выводов данного доклада состоит в том, что наиболее важным вопросом для унифицированного закона (A/CN.9/301, пункт 98), возможно, будет вызывающая значительные трудности проблема связанных с обманом или злоупотреблениями востребований гарантий и соответствующих судебных мер, которая не может эффективно решаться в рамках договорных норм. При рассмотрении данного доклада на своей двадцать первой сессии Комиссии были известны присущие обеспечению единообразия трудности, связанные с основополагающими правовыми концепциями, такими, как обман или аналогичные основания для возражений, а также трудности, связанные с процедурными вопросами; тем не менее было выражено мнение, что следует предпринять серьезные усилия ввиду целесообразности достижения правового единообразия и четкости (A/43/17, пункт 24).

3. В ходе рассмотрения данного вопроса на двенадцатой сессии Рабочей группы (A/CN.9/316, пункты 147-162) отмечалось, что вопрос о последствиях обмана для гарантий и аккредитивов является сложным и что на национальном уровне применяются различные концепции и нормы. Хотя будет сложно согласовать различные подходы к проблеме, связанной с обманом, тем не менее было достигнуто общее согласие в том, что следует обеспечить большее единообразие в подходе к проблеме обмана и что особенно полезно было бы разработать соответствующие положения в унифицированном законе. Рабочая группа согласилась с тем, что потребуется широкое изучение различных аспектов исключения на основании обмана и, в частности, его взаимосвязи с концепцией abus de droit. То же самое касается других возможных возражений против платежа (например, невозможность, незаконность, нарушение публичного порядка, зачет требований), а также любых судебных мер, направленных на блокирование платежа.

4. Настоящая записка имеет целью оказать Рабочей группе помощь в обсуждении вопросов и принятии решений о сфере применения и содержании возможных положений унифицированного закона, касающихся этих проблем. Ее первая часть посвящена обману, злоупотреблению и аналогичным концепциям (I). В начале записки представлен обзор основы и сферы применения этих концепций в соответствии с тем, как они используются и понимаются в различных правовых системах. Далее следует более детальное рассмотрение непосредственного применения этих концепций, в частности концепции "злоупотребление своим правом" в системе римского права, в типичных фактических ситуациях.

5. Во второй части настоящей записки обсуждаются другие возможные возражения против платежа, которые могут быть рассмотрены в унифицированном законе (II). В ней проводится различие между недействительностью гарантийного письма и различными случаями неспособности исполнения со стороны гаранта (например, неплатежеспособность или валютные ограничения). Далее следует краткое обсуждение вопроса о возможном воздействии публичного порядка на исполнение или возможность принудительного исполнения платежного обязательства, после чего следует обсуждение вопроса о допустимости зачета в случае предъявления требования о платеже.

6. В третьей части записки обсуждается вопрос о судебных запретах и других судебных мерах, которые могут использоваться, в частности, для блокирования платежа (III). Хотя вопрос о судебных мерах тесным образом связан с вопросом, касающимся обмана и других возражений против платежа, он рассматривается отдельно, поскольку относится к процессуальному праву, в рамках которого вопросы желательности и выполнимости рассматриваются с другой точки зрения. Представляется краткий обзор различных видов судебных мер в различных правовых системах и проводится разграничение между, с одной стороны, мерами, запрещающими гаранту производить платеж или запрещающими бенефициару востребовать гарантию и, с другой стороны, арестом или аналогичными мерами, связанными с требованием или средствами. Выдвигается ряд предложений, касающихся возможного содержания и сферы применения положений унифицированного закона, которые могут способствовать обеспечению правовой ясности и единообразия имеющихся судебных мер и связанных с ними процессуальных требований.

I. ОБМАН, ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЕ И АНАЛОГИЧНЫЕ КОНЦЕПЦИИ

7. Как предусматривается в проекте статьи 2 унифицированного закона (A/CN.9/342, пункт 17), гарант обязуется произвести платеж "в соответствии с условиями обязательства". По получении требования о платеже гарант определяет его соответствие условиям гарантийного письма; этот вопрос обсуждался Рабочей группой на ее четырнадцатой сессии в разделе "Обязательства гаранта" (A/CN.9/342, пункты 103-110). В случае соответствия гарант обязан произвести платеж, если не имеется исключительных причин, признанных в качестве основания для отказа в платеже. Последующая дискуссия касается так называемого "исключения на основании обмана", которое может охватывать обман, злоупотребление, произвольное или необоснованное востребование (другие возможные возражения против платежа, несмотря на соответствие требования установленным условиям, будут рассмотрены ниже, пункты 76-89).

8. Вместе с тем можно отметить, что случаи обмана или злоупотребления своим правом не ограничены представлением требования бенефициаром, а иногда встречаются в действиях банка, связанных с его обязательствами. Например, Федеральный суд Швейцарии расценил нижеследующее поведение банка как попытку использования чисто формальной позиции, противоречащую нормам добросовестности, и, следовательно, как злоупотребление своим правом: банк отказал в платеже по аккредитиву, настаивая на представлении подписанной квитанции о поставке товара (в соответствии с требованиями аккредитива), несмотря на тот факт, что была признана полная поставка товара в соответствии с оговоренными условиями 1/.

9. В этой связи Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, будут ли в рамках унифицированного закона рассматриваться соответствующие случаи обмана или злоупотребления, не связанные с возражением против платежа. На двенадцатой сессии было согласовано, что не во всех случаях было бы целесообразно ограничивать применение положений, касающихся обмана, неправомерным поведением бенефициара, особенно учитывая возможность неправомерного поведения принципалов, а также гарантов или эмитентов аккредитивов (A/CN.9/316, пункт 151).

A. Исключение на основании обмана в отдельных странах общего права

10. Что касается исключения на основании обмана, то, по всей видимости, в первую очередь было бы полезным рассмотреть его основу и сферу применения в различных правовых системах. Хотя такое рассмотрение является обязательно выборочным и ни в коем случае не носит официального характера, в нем делается попытка дать некоторое представление о правовом источнике или основе исключения на основании обмана в различных правовых системах, о схожести или расхождении определенных концепций или понятий и, в частности, об отношении судебных органов к следующим основным вопросам, которые следует рассмотреть в унифицированном законе: 1) какое неправомерное действие является обманом; 2) обеспечена ли защита для добросовестного бенефициара или любых других лиц в случае возражения на основании обмана; 3) каков стандарт обмана, позволяющий гаранту отказывать в платеже, и применим ли этот же стандарт к постановлениям суда, запрещающим платеж; 4) применимы ли какие-либо специальные соображения к обязательству встречного гаранта.

1. Соединенные Штаты Америки

11. Вышеупомянутые вопросы и другие важные аспекты исключения на основании обмана подробно рассматривались, в частности, судами Соединенных Штатов Америки. Еще 50 лет назад судья Верховного суда штата Нью-Йорк в ходе рассмотрения дела об аккредитиве, касающегося отгрузки продавцом не представляющих ценности отходов, заявил, что в тех случаях, когда факты основной сделки указывают на то, что неисполнение со стороны продавца выходит за рамки простого нарушения условия и представляет собой абсолютное неисполнение, "принцип независимости обязательства банка по аккредитиву не может применяться для защиты недобросовестного продавца" 2/. Поэтому в решении по делу Штейна признано, что в случае намеренного и серьезного неправомерного поведения бенефициара действует исключение из принципа независимости обязательства, что позволило суду пойти дальше рассмотрения документов, отвечающих по внешним признакам условиям гарантии.

1/ Société de Banque Suisse (SBS) v. Société Générale Alsace de Banque (Sogénal), 11 января 1989 года (Ro 115 II 67), см. Pelichet, Garanties bancaires et conflits de lois, в: Revue de droit des affaires internationales 1990, 352-353.

2/ Szteijn v. Henry Schroder Banking Corp., 31 N.Y.S. 2d 631, 634 (1941).

12. Это решение использовалось другими судами в Соединенных Штатах Америки и на него ссылались суды в других странах общего права 3/, и, кроме того, оно легло в основу законодательного регулирования исключения на основании обмана в статье 5 Единого торгового кодекса (ЕТК). Раздел 5-114(1), (2) гласит:

"1) Эмитент должен уплатить по тратте или требованию о платеже, которое соответствует условиям соответствующего аккредитива, независимо от того, соответствуют ли товары или документы основному договору купли-продажи или другому договору между клиентом и бенефициаром. Эмитент не освобождается от уплаты по такой тратте или требованию на основании дополнительного общего условия о том, что все документы должны удовлетворять эмитента, однако эмитент может потребовать, чтобы оговоренные документы удовлетворяли его.

2) Если не согласовано иное, когда документы соответствуют по внешним признакам условиям аккредитива, однако требуемый документ по существу не соответствует условиям переуступки или передачи товарораспорядительных документов (раздел 7-507) или ценных бумаг (раздел 8-306) или является результатом подделки или обмана или же сделка сопряжена с обманом

a) эмитент должен уплатить по тратте или требованию о платеже, если требование платежа предъявлено учитывающим банком или другим держателем тратты или требования, который принял тратту или требование согласно аккредитиву и на условиях, которые надлежащим образом делают его держателем (раздел 3-302) и в соответствующих случаях лицом, которому надлежащим образом переуступлен товарораспорядительный документ (раздел 7-502), или добросовестным покупателем ценных бумаг (раздел 8-302); и

b) во всех других случаях в отношениях со своим клиентом эмитент, действующий добросовестно, может уплатить по тратте или требованию о платеже, несмотря на уведомление клиентом об обмане, подделке или другом нарушении, явно не вытекающем из документов, однако компетентный суд может запретить произвести такой платеж".

13. Раздел 5-114 ЕТК заслуживает особого внимания, поскольку в нем, вероятно, представлено подробное единственное законодательное регулирование исключения на основании обмана. Этот раздел применялся и толковался многими судами США, в частности, в судебных разбирательствах в связи с ходатайством принципала (лица, обратившегося за открытием аккредитива) об освобождении от исполнения обязательств по решению суда, но также в судебных разбирательствах между бенефициаром и эмитентом или между принципалом и бенефициаром.

14. Как заявила Специальная группа по изучению статьи 5 ЕТК, раздел 5-114(2) "единообразно толкуется как предусматривающий возражения в отношении уплаты по аккредитиву, на которые может ссылаться эмитент, или, в тех случаях, когда эмитент предлагает не ссылаться на них, основания, которые клиент может использовать для запрещения платежа. Большинство судов понимает раздел 5-114(2) как допускающий использование внешних доказательств для выявления подделки и обмана в документах или обмана в сделках и под обманом в сделке подразумевают обман в купле-продаже или другой сделке, лежащей в основе аккредитива" 4/. Тот факт, что ряд судов рассматривал вопрос о возражениях на основании обмана в документах и обмана в сделке, вкупе свидетельствует об аналогичности или схожести этих возражений в случае представления неподлинных документов; в действительности подготовительная работа в рамках этой темы свидетельствует о том, что возражения на основании обмана в сделке направлены на использование "чистых аккредитивов", т.е. аккредитивов, оплачиваемых без представления документов 5/.

15. Суды по-разному ответили на вопрос о том, что представляет собой обман, в частности обман в сделке. Некоторые суды считают необходимым наличие "явного намерения совершить обман" 6/ или иначе называемого "вопиющего" или "преднамеренного обмана" 7/; другие суды

3/ См. дела, упомянутые в примечаниях 28, 33 и 35.

4/ An Examination of U.C.C. Article 5 (Letters of Credit), A Report of the Task Force on the Study of U.C.C. Article 5 (Chairman: J.E. Byrne) p.81.

5/ Idem, p.82.

6/ E.g. West Virginia Housing Development Fund v. Sroka, 415 F. Supp. 1107 (W.D.Pa. 1976).

7/ E.g. United States v. Mercantile National Bank of Dallas, 795 F. 2d 492 (5th Cir. 1986).

применяют более гибкие стандарты и, например, рассматривают в качестве обмана нарушение продавцом обязательства 8/ или нарушение им подразумеваемого соглашения о добросовестности и честном отношении к клиенту 9/ или используют широкую концепцию презюмируемого обмана, используемую в обеспечительном праве 10/, или даже не упоминают концепцию обмана и не уточняют, основывалось ли решение на несоблюдении обязательств или обманном действии 11/.

16. Сложность определения того, является ли неправомерное действие настолько серьезным, чтобы оправдывать прекращение оплаты по аккредитиву, "в некоторой степени объясняется тем, что концепция обмана в юриспруденции США имеет в некоторой степени неопределенный характер" 12/. Этот вывод Специальной группы лежит в основе предлагаемого ею подхода, согласно которому следует "сосредоточить внимание на понятии о том, что цель основной сделки практически не должна быть достигнута", а что касается резервных аккредитивов, то "снятие средств происходит без каких-либо на то оснований" 13/. Данное предложение основано на Пенсильванском решении 14/ (за которым последовали многие другие), в соответствии с которым возражение на основании обмана в сделке может быть заявлено, если "неправомерные действия бенефициара в такой степени нарушили всю сделку, что законная цель независимости обязательства эмитента более не выполняется" или, коротко говоря, если "не существует благовидного или правомерного основания (для заявления о нарушении обязательства)" или, еще короче, если "Требование платежа бенефициаром не является добросовестным" 15/.

17. Как видно из текста раздела 5-114 (2)(a), существует защищенная категория конкретных лиц, в отношении которых нельзя ссылаться на обман в аккредитиве будь то в иске или возражении по иску. Вместе с тем вопрос о том, в отношении каких лиц не могут быть заявлены возражения на основании обмана, охватывает также сложный вопрос обмана, совершенного третьей стороной, даже когда бенефициар не относится к защищенной категории. Как сообщила Специальная группа, в ряде дел признавалось, что в тех случаях, когда обман совершен не бенефициаром, могут применяться положения о возражении, содержащиеся в разделе 5-114(2) 16/. К таким случаям относится представление бенефициаром документов, обманным образом искаженных другим лицом; обманное представление лицом, которому бенефициар переуступил поступления, предварительно подписанных документов; обманное получение средств по гарантии иностранного банка, влекущее за собой получение средств по соответствующему аккредитиву банка США; и обманное приобретение у инвесторов аккредитивов в пользу кредитора для обеспечения кредитования компании с ограниченной ответственностью.

18. Можно отметить, что Специальная группа рассматривает содержащиеся в разделе 5-114 положения, направленные на избежание обмана, как носящие слишком узкий характер в одних случаях и слишком широкий характер в других случаях; она рекомендует более рациональный подход, т.е. поставить вопросы о том, "какая категория лиц будет вынуждена совершать действия по аккредитиву (а не о том, кто является "держателем"), кто полагается на независимость обязательства и вызывает тем самым нанесение ущерба и кто действительно понесет

8/ E.g. NMC Enteprises, Inc. v. CBS, Inc., 14 U C C Rep. Serv. 1427 (N.Y.S.C. 1974).

9/ E.g. Trans Meridian Trading Inc. v. Empresa Nacional de Commercializacion de Insumos, 829 F. 2d 949 (9th Cir. 1987).

10/ E.g. Dynamics Corp. v. Citizens & Southern National Savings Bank 356 F.Supp. 991 (N.D.Ga. 1973).

11/ E.g. Utica Mutual Insurance Co. v. Walker, 725 S.W. 2d 24 (Ky.Ct.App. 1987).

12/ Task Force Report (примечание 4) п. 73.

13/ Ibid, p.73-74.

14/ Intraworld Industries, Inc. v. Girard Trust Bank, 336 A. 2d 316, 324 (1975).

15/ Касательно аналогичного толкования концепции злоупотребления в системе римского права см. пункт 35 ниже.

16/ Task Force Report (примечание 4) p.79.

ущерб в результате отказа в платеже, вынесенного с целью не допустить реализации обмана или подлога (а не о том, кто " приобрел аккредитив"), а также кто действует добросовестно и не был тесно связан с мошенником в момент, когда были осуществлены действия, основывающиеся на уверенности в надежности аккредитива (а не о том, выразилась ли такая уверенность в платеже или приобретении до получения уведомления об обмане/подлоге)" 17/.

19. В связи с вопросом о том, является ли стандарт обмана, включая бремя доказывания, аналогичным в различных взаимоотношениях и процедурных условиях, были вынесены различные судебные решения. Например, в некоторых решениях признается, что к возражениям эмитента/подтверждающего лица в связи с иском бенефициара о неправомерном отказе в платеже, а также в связи с ходатайством заявителя об освобождении от исполнения обязательства применяется аналогичный стандарт 18/ и что бремя доказывания возлагается на сторону, заявившую об обмане 19/. Однако в других решениях бремя доказывания отсутствия обмана возлагается на бенефициара 20/; такое распределение бремени доказывания подверглось критике со стороны Специальной группы 21/. Что касается сопоставления с взаимоотношениями между принципалом и бенефициаром, то рядом судов признавалось, что независимо от того, предполагает ли иск запрещение эмитенту/подтверждающему лицу производить платеж или же запрещение бенефициару представлять документы, применяется аналогичный стандарт обмана 22/; вместе с тем в других решениях иск заявителя исключительно против бенефициара рассматривался как спор по договору между этими двумя сторонами и связанные с аккредитивами особенности во внимание не принимались 23/. С этой позицией Специальная группа не согласилась 24/.

20. В заключение следует отметить, что вопрос об обмане главным образом рассматривается в контексте ходатайств о временных ограничительных судебных приказах или предварительных запретительных постановлений, поскольку, как сообщается, эмитент или подтверждающее лицо, как правило, крайне редко отказывается от платежа по тратте или требованию на основании обмана (так называемый "избирательный отказ"). С этой процедурной точки зрения основные аспекты исключения на основании обмана с учетом "возможного успешного решения дела на основе конкретных обстоятельств" являются лишь одним из множества факторов, которые необходимо принимать во внимание (например, невозмещаемые убытки, баланс выгод, публичный интерес). По сообщению Специальной группы, суды склонны уделять особое внимание не доказыванию обмана, а определению невозмещаемых убытков отчасти от того, что во многих правовых системах предусматривается вынесение решения о предварительном судебном запрете, когда согласно приведенным фактам шансы на успешное доказывание на основе конкретных обстоятельств составляют даже менее 50 процентов 25/. Процессуальные требования в отношении ограничительных судебных приказов, предварительных постановлений об освобождении от исполнения обязательства и других судебных мер будут рассматриваться ниже (пункты 90-114).

2. Англия (Канада и Сингапур)

21. Английские суды признают исключение на основании обмана, однако толкуют его в более узком и ограниченном смысле, чем суды других правовых систем. Первым примером такой позиции судов является следующее заявление по делу, касающемуся запрета платежа по гарантии

17/ Idem, pp. 80-81.

18/ E.g. Offshore Trading v. Citizens National Bank, 650 F.Supp. 1487 (D. Kan. 1987).

19/ E.g. Airline Reporting Corp. v. First National Bank of Holly Hill, 832 F. 2d 823 (4th Cir. 1987)

20/ E.g. Arabian Fiberglass Insulation Co. v. Continental Illinois National Bank & Trust Co., No. 85C 1268 (N.D. Ill., 19 Dec. 1986).

21/ Task Force Report (примечание 4) p. 77.

22/ E.g. Jupiter Orrington Corp. v. Zweifel, 469 N.E. 2d 590 (1984).

23/ E.g. Steinmeyer v. Warner Consolidated Corp., 116 Cal. Rptr. 57 (1974).

24/ Task Force Report (примечание 4) p. 75.

25/ Idem, p. 69.

исполнения: "судебное вмешательство в функционирование механизма безотзывных обязательств, принятых на себя банками, осуществляется лишь в исключительных случаях. Такие обязательства жизненно необходимы для международной торговли... Во всех случаях, за исключением, возможно, явных случаев обмана, о которых банки уведомлены, суды оставляют за участниками торговли возможность решать свои споры по договорам на основе судебной тяжбы или арбитражного разбирательства" 26/. Следует отметить, что судья заявил, что истцы взяли на себя риск в связи с безусловной формулировкой гарантий и в то же время основывались на двух решениях о товарных аккредитивах 27/ как в равной степени применимых к подтвержденным гарантиям исполнения.

22. Аналогичным образом, в другом деле о судебном запрете, касающемся гарантии исполнения, указывалось, что к соответствующим соображениям относятся те, которые применимы к аккредитивам, и что единственное исключение из безотзывного и независимого характера гарантии допускается в тех случаях, когда имеет место явный и очевидный обман со стороны бенефициара и такой обман достоверно известен банку. В связи с отказом принципалу, который расторг договор вследствие неоткрытия бенефициаром действительного аккредитива, в освобождении от исполнения обязательств отмечалось, что: "банк может не производить платеж по аккредитиву, если ему известно, что документы являются поддельными или что требование о платеже составлено обманным образом при обстоятельствах, когда отсутствует право на платеж... Если клиент добросовестно представляет требование, банки обязаны произвести платеж; а банкам практически никогда не известно, является ли требование добросовестным. В любом случае они не смогут доказать его недобросовестность. И поэтому они должны будут произвести платеж" 28/.

23. На данное решение, которое критиковалось в одних комментариях как слишком жесткое с той точки зрения, что бенефициар, очевидно, даже не пытался выполнить договор, обеспеченный гарантией исполнения 29/, ссылались в других делах 30/. С другой стороны, нижеследующие замечания свидетельствуют об использовании в одном из таких дел несколько менее жесткого подхода к стандарту обмана и доказывания при вынесении запретительного решения: "Признавая, что аккредитивы и гарантии исполнения являются частью основного механизма международной торговли (и задержка платежа по таким документам препятствует не только надлежащему функционированию международной торговли, но также подрывает репутацию и престиж международного банковского сообщества), следует также отметить, что важность этого утверждения может быть переоценена ... Не в интересах международной торговли и банковского сообщества в целом, чтобы этот важный механизм, предоставленный в распоряжение торговцев, использовался в целях обмана ... Если судам после того, как установлено важное исключение в отношении того, что прежде считалось абсолютной нормой, пришлось бы на практике придерживаться такого ограничительного подхода к необходимым фактам, который бы не позволял им вступать в дело, то такая позиция показалась бы нам неудовлетворительной. В подобных случаях такие выразительные и полные значения фразы, как "обман разрушает все", станут бессмысленными" 31/.

24. Исключение на основании обмана было далее разъяснено в деле, в котором банк отказался произвести платеж после выяснения того, что перевозчики, без ведома бенефициара, датировали коносамент днем раньше, с тем чтобы создалось впечатление, что товар отгружен в течение периода отгрузки, указанного в аккредитиве. Апелляционный суд постановил, что банк имел право отказать в платеже, указав, в частности, что "независимо от того, является ли

26/ Harbottle v. National Westminster Bank (per Kerr J.), Q.B., [1977] 2 All E.R. 862, 870.

27/ Hamzeh Malas & Sons v. British Imex Industries Ltd., Q.B., [1958] 1 Q.B. 127; Discount Records Ltd. v. Barclays Bank Ltd., Q.B., [1975] 1 W.L.R. 315.

28/ Edward Owen Engineering Ltd. v. Barclays Bank International Ltd., C.A., [1978] 1 Lloyd's Rep. 166, 171 (per Lord Denning MR and Browne LJ).

29/ Schmitthoff, Bank's liability under unconditional performance bond, Journal of Business Law 1977, 353.

30/ E.g. Boliventer Oil v. Chase Manhattan Bank, C.A., [1984] 1 W.L.R. 392.

31/ United Trading Corp. v. Allied Arab Bank Ltd., C.A., [1985] 2 Lloyd's Rep. 554, 561 (per Ackner L.J.).

поддельный документ ничтожным или нет, он не является подлинным или действительным документом, дающим право его предъявителю получить платеж, и если банкиру, которому он представлен согласно аккредитиву, известен его обманный характер, он не должен производить платежа... Если документ, поддельный в том смысле, что он подделан каким-либо лицом, не являющимся бенефициаром, может дать банку основание отказать в платеже, я не вижу причин, почему предоставление любого документа, о какой-либо подделке которого известно какому-либо лицу, не являющемуся бенефициаром, не должно влечь за собой тех же последствий... В сделке имел место обман" 32/.

25. Однако Палата лордов отменила данное решение на том основании, что это дело не подпадает под исключение на основании обмана, определяемое следующим образом: "продавец в целях получения платежа по аккредитиву обманным путем представляет подтверждающему банку документы, которые прямо или косвенно содержат ссылки на фактические данные, которые, как ему известно, являются ложными. Хотя, как представляется, в Англии не имеется прецедента применения этого исключения, оно широко используется в практике американских судов... Исключение на основании обмана со стороны бенефициара, пытающегося получить платеж по аккредитиву, является в определенной степени применением принципа ex turpi causa non oritur actio, что на простом языке означает "обман разрушает все". Суды не позволят, чтобы их процесс использовался нечестными лицами для совершения обмана" 33/.

26. В решении подчеркивалось, что обманный коносамент не является ничтожным или не обладающим ценностью для банка в качестве обеспечения предоставленных покупателю авансов, а является действительным оборотным документом на товар, дающим владельцу право востребовать его в месте назначения. Так, в решении прямо указывается, что "вопрос о правах добросовестного продавца/бенефициара по отношению к подтверждающему банку в случае, когда документ, представленный им, является ничтожным в результате подделки третьей стороной, о чем ему неизвестно, остается открытым" 34/.

27. В аналогичном деле, касающемся якобы поддельного и несоответствующего действительности сертификата об осмотре Верховный суд Канады согласился с точкой зрения Палаты лордов о том, что действие исключения на основании обмана следует ограничить обманов со стороны бенефициара аккредитива и не следует распространять на обман третьей стороной, за который бенефициар не несет ответственности, и что возражение в связи с исключением на основании обмана не должно выдвигаться против держателя при добросовестном получении платежа по аккредитиву. С учетом этих ограничений исключение на основании обмана не должно ограничиваться случаями обмана в переуступаемых документах, а включает такой обман в основной сделке, который делает требование платежа по аккредитиву обманным. Вместе с тем для удовлетворения иска к эмитенту аккредитива в связи с ненадлежащим платежом должно быть доказано, что эмитент до осуществления платежа был осведомлен об обмане в достаточной степени для того, чтобы обман был явным и очевидным для него 35/. Согласно выводу, сделанному в одном из комментариев, правовое регулирование вопроса об исключении на основании обмана в Канаде соответствует английской системе права; отличается лишь степень требований в отношении установления обмана для целей ходатайства о вынесении предварительного запрета эмитенту аккредитива производить платеж по нему. В Канаде степень доказывания - это "наличие достаточно серьезных доказательств для возбуждения дела", а в Англии требуется, чтобы обман "был очень явно установлен" 36/.

28. В заключение можно отметить, что на основе судебных заявлений, изложенных в пунктах 23 и 24, в двух комментариях отмечено, что "возможно, английским и сингапурским судам пора пересмотреть свой подход", который в целом является менее гибким, чем подход судов в

32/ United City Merchants (Investments) Ltd. v. Royal Bank of Canada, C.A., [1981] 1 Lloyd's Rep. 604, 623 (per Stephenson J.).

33/ UCM (Investments) v. Royal Bank of Canada, [1982] 2 All E.R. 720, 725 (per Lord Diplock).

34/ Idem, p. 728.

35/ The Bank of Nova Scotia v. Angelica-Whitewear Ltd., 5 March 1987 (per Le Dain J.), reported in International Banking Law (June 1987), p. 10, summarized by Zacks, "United City Merchants"; The Canadian viewpoint, idem p.7 (additional alleged descrepancies related to bills of lading).

36/ Zacks (примечание 35) p. 8 (referring to the English decision set forth above, para. 22).

Соединенных Штатах Америки 37/. Например, "решение суда, запрещающее банку удовлетворять требование продавца, следует принимать во всех случаях, когда утверждение об обмане подтверждается достаточно вескими доказательствами. Естественно, предоставление средств судебной защиты обусловливается получением от покупателя обеспечения затрат и, кроме того, возможно, целесообразно предложить, чтобы было отдано распоряжение о депонировании в суде суммы аккредитива, являющейся предметом спора. Нельзя утверждать, что банк не выполнил своего обязательства, если он выполнил такое распоряжение" 38/.

B. Злоупотребление и обман в отдельных странах римского права

29. В нижеследующем обзоре права в странах римского права особое внимание уделяется рассмотрению правовых систем стран, в которых имеется большое число прецедентов (т.е. правовым системам Франции, Италии, Германии, Бельгии, Нидерландов, Швейцарии и Австрии). Хотя единообразия в использовании концепций и их применении к конкретным случаям не имеется, во всех правовых системах признается исключение на основании обмана в качестве возражения против платежа, которое обычно устанавливается со ссылкой на основную сделку и ограничивается строгими требованиями доказывания.

1. Различные концепции и понятия

30. Что касается концепций и основ исключения на основании обмана, то суды используют различные термины, которых, как правило, несколько в одной правовой системе, а иногда несколько терминов встречаются даже в одном решении. Например, суды Германии, Швейцарии и Австрии в основном ссылаются на "явное злоупотребление" 39/, суды Голландии, как правило, используют формулировку "очевидно произвольный или обманный" 40/, итальянские суды могут ссылаться на обман (dolo, frode), недобросовестность (mala fede) или злоупотребление (abuso) 41/, а французские суды используют выражения "явный обман" (fraude manifeste) и "явное злоупотребление" (abus manifeste) 42/.

31. В тех случаях, когда суды указывают истоки исключения на основании обмана, они ссылаются на такие традиционные понятия, как fraus omnia corrumpit или exceptio doli или на такие общие принципы как добросовестность или запрет на злоупотребление своим правом, которые, как правило, закреплены в гражданском кодексе 43/. Ни такие принципы, ни термины, используемые для описания поведения бенефициара, не определяют в ясной форме сферу действия исключения на основании обмана.

32. Как отмечается в комментариях, во французских судах термины "злоупотребление" и "обман" в большинстве случаев используются кумулятивно и без четкого разграничения между ними. На основе различных судебных решений было предложено следующее разграничение: обман

37/ Ho Peng Kee, The Fraud Rule in Letters of Credit Transactions, in: Current Problems of International Trade Financing (2nd ed. by Ho/Chan, Singapore 1990) p. 208; similarly Ellinger, Documentary Credits and Fraudulent Documents, ibid. p. 169 ("It may be that the last word in the development of the doctrine in the UK remains to be said .... it is believed that the ambit of the fraud rule requires re-examination").

38/ Ellinger, ibid. p. 208.

39/ Horn/Wymeersch, Bank-Guarantees, Standby Letters of Credit, and Performance Bonds in International Trade, in: The Law of International Trade Finance (ed. by Horn, Deventer 1980) p.p. 483, 510.

40/ Bertrams, Bank Guarantees in International Trade (Amsterdam 1990) p. 280.

41/ Costa, "Astrattezza" ed eccezioni opponibili nel credito documentario irrevocabile (Milano 1989) pp. 199-201 (Il diritto della banca e della borsa; no. 8).

42/ Vasseur, Dix ans de jurisprudence francaise relative aux garanties indépendantes, в: Revue de droit des affaires internationales 1990, 372.

43/ Например, статьи 242, 226 и 826 гражданского кодекса Германии; статья 2(2) Гражданского кодекса Швейцарии; статьи 1175 и 1375 Гражданского кодекса Италии.

предполагает махинацию или уловки, имеющие целью заставить принципала заплатить за то, за что он не должен платить, а явное злоупотребление имеет место в тех случаях, когда не имеется никаких сомнений в том, что принципал выполнил все свои обязательства, или когда в соответствии с окончательным судебным решением основная сделка признается ничтожной и недействительной или прекращенной в результате действия бенефициара, или когда бенефициар заявил и признал, что он не будет выполнять договор 44/.

33. Предлагаемое разграничение между понятиями обмана и злоупотребления служит основой для понимания сущности обеих концепций даже несмотря на то, что описание обмана и случаев злоупотребления является слишком узким для отражения прецедентного права Франции и других стран римского права. Определение обмана как злого умысла, вероятно базирующееся на концепциях уголовного права, напоминает концепцию общего права о вопиющем и намеренном обмане 45/и его следует понимать, как включающее такое неправомерное действие, как представление поддельных или ложных документов 46/.

34. Кроме того, даже обманные ухищрения (такие, как оказание давления на принципала в целях обращения условных банковских гарантий, выданных государственному учреждению, в безусловные банковские гарантии с помощью обещания освободить управляющего директора принципала, который был взят под стражу во время переговоров) 47/, может квалифицироваться судами, традиционно предпочитающими данную формулу, как явное злоупотребление. В других комментариях к французскому праву отмечено, что "обман, независимо от формы, в которой он осуществляется, всегда проявляется через очевидное отсутствие права бенефициара на момент востребования гарантии" 48/.

35. "Отсутствие права" не следует понимать буквально, например в том смысле, что бенефициар не имеет права вследствие недействительности гарантийного письма (в отношении возражений против платежа, касающихся действительности, см. ниже пункты 76 и 77); концепция "злоупотребления правом" предполагает наличие права и является неотъемлемым ограничением осуществления такого права путем запрещения его использования без преследования законного интереса или с единственной целью нарушить чьи-либо интересы. Согласно предположению, высказанному в комментариях к праву Швейцарии, центральным элементом концепции злоупотребления правом является недобросовестное получение прибыли в результате недопустимого использования собственного незаконного действия, включая нарушение договора. Таким образом, требование о платеже будет неправомерным, если бенефициар, без сомнения и по существу, не имеет требования, которое бы могло охватываться целью гарантии 49/. Данная конкретная формулировка концепции злоупотребления правом связана с темой, поднимаемой рядом судов Соединенных Штатов Америки: "Бенефициар не имеет благовидного и веского основания в рамках договора, чтобы требовать платежа по аккредитиву; его попытки получить деньги являются обманными" 50/.

36. Использование концепции, которая ограничивает осуществление формального права целью или существенным обстоятельством, определяемыми ссылкой на основную сделку, связано с риском нарушения принципа независимости гарантий по первому требованию. Как правило, такой

44/ Vasseur, ibid. (примечание 42) pp. 373-374; см. также Stoufflet, La garantie bancaire à premiére demande, в: Clunet 1987, 280.

45/ См., например, решения, упомянутые в примечаниях 6 и 7.

46/ E.g. Richter, Standby Letter of Credit (Zurich 1990) p.251 (см. также пункты 63 и 64).

47/ Oberster Gerichtshof (Австрия), 6 июня 1989 года, 31 Zeitschrift für Rechtsvergleichung 1990, 290 (в запрете отказано на других основаниях).

48/ Azencot, Les difficultés d'exécution des garanties bancaires à première demande, в: 6 Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation (1989) p. 1927.

49/ Richter, ibid. (примечание 46) p. 245.

50/ Itek Corp. v. The First National Bank of Boston, 730 F 2d 19 (1984); см. также решение, упомянутое в пункте 16.

опасности удавалось избежать, за исключением ряда судов низших инстанций, в тех правовых системах, которые полностью признают независимый и абстрактный характер гарантийного обязательства; без сомнения степень риска сократилась в правовых системах, которые лишь недавно признали этот принцип; за последнее десятилетие это, например, сделали Франция и Италия 51/.

37. Нижеследующее решение Верховного суда Германии (по гражданским делам) может служить подтверждением того, что в настоящее время судебные органы знают о таком риске и о том, как его учесть: "Если очевидно или установлено на основе бесспорных доказательств, что, несмотря на выполнение формальных условий в отношении требования ("формальные обстоятельства"), существенные обстоятельства в основной сделке не имели места, требование платежа не является оправданным ввиду возражения на основании злоупотребления правом. Вместе с тем данное возражение должно ограничиваться такими случаями, когда неправомерное использование формального правового основания очевидно для всех. Все споры по сохраняющимся фактическим, а также правовым вопросам должны разрешаться после платежа в гражданском суде" 52/. Как указано в другом решении того же суда, причина данного ограничения объясняется двоякой целью гарантии по первому требованию: без задержки предоставить кредитору средства и перенести бремя доказывания в случае спора между принципалом и бенефициаром 53/.

38. Такая двоякая цель гарантии по первому требованию, часто называемая "функцией ликвидности", а что касается отмены процедурного положения, выражаемая фразой "сначала плати, затем доказывай (или судись)", предусматривает разграничение между "злоупотреблением правом" и невольным вовлечением гарантов в спор по договору между принципалом и бенефициаром. Кроме того, она объясняет особое внимание судов к стандарту доказывания, по существу, выражаемому такими понятиями, как "явный", "очевидный для всех" или "без всякого сомнения". В этом отношении европейские суды, как правило, занимают такую же жесткую позицию, как и английские суды, вместе с тем они, по всей видимости, применяют менее жесткий подход к использованию судебных запретов, в то время как английские суды требуют, чтобы банк был уведомлен об обмане или чтобы ему было известно о нем 54/.

2. Возможные случаи явного обмана или злоупотребления

39. В любом критерии, согласно которому принимаются во внимание риски или обстоятельства, охватываемые гарантией, необходимо учитывать не только конкретную цель отдельной гарантии, но также в первую очередь вид гарантии (например, гарантия в связи с участием в торгах, гарантия возмещения выплаты, гарантия исполнения, гарантия обслуживания, денежный резервный аккредитив, встречная гарантия). Можно отметить, что нижеследующий материал, в котором основное внимание уделяется решениям в странах римского права, включает в целях сравнения отдельные ссылки на дела, рассматривавшиеся в странах общего права.

a) Случаи, касающиеся гарантий в связи с участием в торгах

40. Что касается гарантии в связи с участием в торагах, то требование в отношении платежа будет неправомерным, если контракт еще не выдан или выдан не принципалу, или, если он был выдан принципалу, принципал подписал контракт и обеспечил любую требуемую гарантию исполнения 55/. Принципал должен установить очевидный характер любых этих фактов, за исключением тех случаев, когда такие моменты в определенной форме изложены в гарантии, как предварительные условия или условия платежа, которые будут установлены бенефициаром.

51/ E.g. Vasseur, ibid. (примечание 42) p. 358.

52/ Bundesgerichtshof (Германия), 21 апреля 1988, Wertpapier-Mitteilungen 1988, 935; под понятием "бесспорные доказательства", как правило, понимаются веские доказательства, в первую очередь на основе документов, за исключением аффидевитов.

53/ Bundesgerichtshof, 12 марта 1984, Wertpapier-Mitteilungen 1984, 691.

54/ Bertrams, ibid. (примечание 40) pp. 339, 345.

55/ Там же Kozolchyk, Bank Guarantees and Letters of Credit. Time for a Return to the Fold, 11 Univ. of Pennsylvania J. Int. Bus. L. 1989, 21-23 (обсуждение таких случаев в контексте традиционной концепции римского права о "причине" и согласие с тем, что обстоятельства, являющиеся основной предпосылкой предоставления гарантии, должны воздействовать на юридическую или исковую силу обязательств или гарантий).

41. С учетом вышесказанного, мало вероятно, что бенефициар, которому необходимо дополнительное время для оценки предложений, реализует требование в отношении платежа, представленное в форме "продлить или уплатить", и поэтому может выбрать просьбу "продлить или отозвать" 56/ (которая выходит за рамки вопроса возражений против платежа, обсуждаемого в настоящем документе). Более проблематичная ситуация возникает в тех случаях, когда бенефициар желает принять предложение принципала, но лишь с некоторыми изменениями, которые принципал считает неприемлемыми. Поскольку жесткий подход ведет к отклонению требования бенефициара как неправомерного, французский суд применил менее жесткий подход и отдал распоряжение о выплате суммы по гарантии на блокированный счет, оставив вопрос о том, является ли отказ принципала принять изменения оправданным, на рассмотрение в ходе основного судебного разбирательства 57/.

b) Неплатеж аванса в случае гарантии возмещения выплат

42. Что касается гарантий возмещения выплат, то требование в отношении платежа будет неправомерным, если неплатеж аванса был явно установлен принципалом: факт платежа аванса должен быть доказан бенефициаром, если данный факт, что часто имеет место, был предусмотрен в гарантии возмещения выплат в качестве условия вступления в силу или платежа.

c) Завершение выполнения договора, обеспеченного гарантией исполнения

43. Основная часть решений во всех правовых системах принималась по гарантиям исполнения, включая гарантии обслуживания. В этом плане особо уместно и важно разграничение между обманом или злоупотреблением в отношении цели гарантии, касающейся обеспечения исполнения, и необходимостью поддерживать независимость обязательства по отношению к основной сделке. Вероятно, наиболее веским доводом из числа тех, на которые ссылались принципалы, является полное исполнение основной сделки в соответствии с условиями бенефициара 58/. Неслучайно, что данный факт в целом признан судами в качестве основы для установления обмана или злоупотребления; в конечном счете в рамках гарантии он является эквивалентом полного неисполнения договора купли-продажи (например, в результате отгрузки не имеющего никакой ценности товара) в контексте платежа по товарным аккредитивам 59/.

44. Вместе с тем необходимо сразу добавить, что утверждение принципала о полном исполнении своей части сделки ни в коей мере не дает права гаранту отказывать в платеже и автоматически не влечет за собой судебного запрета на платеж 60/. Факт исполнения должен "бросаться в глаза" ("crèver les yeux"), быть "явным" или "безусловно очевидным" 61/. Это понимание было четко разъяснено принципалу, например, французским Кассационным судом, который постановил, что "даже если, по всей видимости, установлено", что принципал выполнил все свои обязательства, постановление о приостановлении платежа не будет принято, поскольку сохраняется некоторая неопределенность в отношении этого факта 62/. Аналогичным образом

56/ Bertrams, ibid. (примечание 40) pp. 208-209.

57/ Tribunal de Commerce de Paris, 29 октября 1982 года, Dalloz 1983 I.R. 301. В несообщавшемся решении одного из судов Бельгии, упомянутом Бертрамсом, там же, постановление о приостановлении платежа было принято на том основании, что бенефициар/работодатель отозвал гарантию после истечения срока действия и ввиду того, что представленное работодателем письмо о намерениях явно не совпадало с предложением.

58/ E. g. Bertrams, ibid. (примечание 40) pp. 305-308; Horn/Wymeersch, ibid. (примечание 39) pp. 490-492, 502-503, 506; Richter, ibid. (примечание 46) p. 251.

59/ См. дела, упомянутые в пункте 28 и примечании 8.

60/ E. g., Cour d'Appel de Paris, 15 февраля 1989 года, Dalloz 1989 Somm. 159 (отмена решения судьи по торговым делам, принятого в ходе упрощенного разбирательства и содержащего постановление о приостановлении платежа на основании заключения о том, что обстоятельства дела указывали на возможную опасность обмана).

61/ E.g. Vasseur, ibid. (примечание 42), p. 372.

62/ Cour de Cassation, 21 мая 1985 года, Dalloz 1986, I.R. 213 (with a note by Vasseur).

Апелляционный суд Люксембурга потребовал, чтобы утверждаемый факт являлся "очевидным" и не вызывал необходимости в дополнительном расследовании или проверке 63/.

45. Этот жесткий критерий будет удовлетворяться только в редких случаях, когда представляются надежные и убедительные заявления, например, окончательное заявление об акцепте со стороны бенефициара без каких-либо дальнейших требований 64/ или удостоверение завершения работ, выданное экспертом, назначенным в соответствии с договором между принципалом и бенефициаром 65/, или заявление о полном исполнении обязательств, скрепленное подписью агента бенефициара 66/, или заявление бенефициара в письме, представляющем собой принятие работ в качестве исполненных должным образом и содержащем упоминание о том, что официальный документ, удостоверяющий принятие, будет выдан и высвобождение гарантии исполнения произойдет сразу же после получения финансового и таможенного разрешений 67/.

46. В отличие от этого, критерий будет не выполнен, например, в том случае, когда принципал доказывает лишь факт поставки товаров, но не их приемку бенефициаром или их соответствие договорным требованиям 68/ или когда эксперт, назначенный принципалом, удостоверяет завершение работ и устранение технических дефектов, отмеченных в гарантийный период, но выдача сертификата материально-технического обслуживания невозможна в результате заявления бенефициаром претензии 69/, или когда принципал и бенефициар являются сторонами в переговорах или тяжбе, связанных с возникшими в связи с договором спорами 70/.

47. Критерий может быть менее жестким в тех случаях, когда наличествует не только вероятное завершение работ, но и другие элементы указывают на чрезмерный или обманный характер требования. Например, один итальянский судья счел представленный принципалом подробный документ, удостоверяющий завершение работ, приемлемым, поскольку бенефициар не представил каких-либо обоснованных претензий к качеству работ и его требование платежа очевидно было вызвано отказом принципала произвести некоторые изменения и усовершенствования, не предусмотренные первоначальным контрактом 71/. Этот дополнительный элемент можно назвать элементом "иного риска или цели", и он широко признается в качестве обстоятельства, являющегося злоупотреблением правом 72/.

d) Иной риск или цель

48. Требование платежа в целях, иных чем те, в связи с которыми было выдано обязательство, может рассматриваться как злоупотребление, поскольку оно выходит за рамки цели или риска, которые имели в виду стороны 73/. Требования, выходящие за рамки покрытого риска, могут

63/ Cour d'Appel de Luxembourg, 16 марта 1983 года, Dalloz 1983, I.R. 299.

64/ E.g., Cour de Cassation, 10 июня 1986 года, Dalloz 1987, 17.

65/ E.g., Cour de justice civile de Genève, 12 сентября 1985 года, Dalloz 1986 I.R. 165.

66/ E.g., Pretore Bologna, 28 марта 1981 года, Banca, borsa e titoli di credito 1983 I p.119.

67/ E.g., Pretore Roma, 11 мая 1987 года, Foro padano 1987 I p. 397.

68/ E.g., Pretore Milano, 28 июня 1982 года, Banca, borsa e titoli di credito 1983 II p. 110.

69/ E.g., Tribunale Milano, 30 апреля 1987 года, Banca, borsa e titoli di credito 1988 II p. 3.

70/ E.g., Landgericht Koln, 11 декабря 1981 года, Wertpapier-Mitteilungen 1982, 438.

71/ Tribunale Milano, 12 октября 1985 года, Banca, borsa e titoli di credito 1986 IV p. 430.

72/ E.g., Horn/Wymeersch, ibid. (примечание 39) pp. 495, 500, 503.

73/ E.g., Kleiner, Bankgarantie (4th ed., Zurich 1990) pp.199-200 (по вопросу о двух решениях, вынесенных в Цюрихе).

выдвигаться в различных формах. Например, в намерения бенефициара может входить возвращение заема путем востребования гарантии, выданной для обеспечения платежа за работы 74/, или возмещение убытков, понесенных в рамках сделки, иной чем та, которая обеспечена гарантией 75/, или возмещение на основании гарантии исполнения банковских сборов, взимаемых с бенефициара 76/.

49. Другим видом злоупотребления, представляющим собой частичное злоупотребление, будет являться требование платежа на основании всех гарантий, охватывающих отдельные партии товара в рамках контракта на поставку, при утверждении о неисполнении обязательств только в отношении некоторых партий 77/ или востребование нескольких гарантий исполнения, покрывающих различные сделки, независимо от того, что все такие сделки за исключением одной были должным образом исполнены 78/. Можно отметить, что эта форма частичного злоупотребления была в принципе признана одним английским судом, но было сочтено, что она недостаточно доказана в рассматривавшемся деле: "На основании этого мы заключаем, что, хотя истцы на основании имеющихся материалов представили весомые аргументы в пользу того, что имеются достаточные основания предполагать - несомненно, в отношении некоторых из этих контрактов, - что требования в связи с обеспечением исполнения предъявлены недобросовестно, они не привели достаточных доказательств того, что единственное реалистическое заключение будет сводиться к тому, что требования носят обманный характер" 79/.

50. Еще одной формой злоупотребления, входящей в категорию "иной риск или цель", будет, как это имело место в деле, упомянутом в пункте 47, оказание давления на принципала для получения определенных уступок. Например, бельгийский судья объявил, что требование платежа носит характер злоупотребления, поскольку это требование было использовано в качестве способа добиться от принципала пересмотра цены 80/. Аналогично, австрийский суд признал злоупотреблением угрозу потребовать платеж, направленную на то, чтобы не допустить возбуждения принципалом тяжбы против бенефициара в связи с совершенно иной сделкой 81/. Элемент давления может быть также обнаружен в широко распространенной практике требований "продлить или уплатить".

e) Требование "продлить или уплатить"

51. По имеющейся информации, банковские круги оценивают, что на требования "продлить или уплатить" приходится намного более 90 процентов случаев востребования гарантий по первому требованию; распространены случаи подачи все новых подобных просьб, в результате чего неоднократно продлеваемая дата истечения срока действия переносится на время, значительно более позднее, чем первоначально установленная дата истечения срока действия 82/. Если альтернативное требование платежа представляет собой не простую угрозу и если оно представляется в соответствии с требованиями в том, что касается формы и сопроводительных документов, это требование можно рассматривать в качестве носящего характер злоупотребления, поскольку оно не представляет собой прямого, безусловного требования или поскольку оно противоречиво по своему характеру: либо покрытый риск материализовался - и в этом случае продления не требуется, либо он еще не материализовался - и в этом случае требование выходит

74/ Oberster Gerichtshof, Evidenzblatter (решения OHG) 1982, 23.

75/ E. g., Tribunal de Commerce de Bruxelles, 25 мая 1988 года, Journal des Tribunaux 1988, 460 (запретительный приказ, основывавшийся также и на других основаниях).

76/ Tribunal de Commerce de Paris, 24 января 1984 года, Dalloz 1984 I.R. 203.

77/ Oberster Gerichtshof, 17 марта 1986 года, Recht der Wirtschaft 1986, 340.

78/ Tribunal de Commerce de Bruxelles, 21 октября 1986 года, Revue Droit Commercial Belge 1987, 706 (Приказы о постановлении платежа были отданы в отношении трех из четырех гарантий, причем эти три гарантии охватывали должным образом исполненные сделки).

79/ United Trading Corp. v. Allied Arab Bank Ltd., ibid. (примечание 31), p. 565.

80/ President du Tribunal de Gand, 27 декабря 1983 года, Tijdschtift Belgisch Handelsrecht 1986, 298.

81/ Oberster Gerichtshof, ibid. (примечание 77)

82/ Bertrams, ibid. (примечание 40), p. 207, см. также Stoufflet, ibid. (примечание 44), 280.

за рамки первоначальной цели. Таким образом, в случаях, когда принципал не соглашается с продлением или вообще не подает ответа на соответствующую просьбу, поданное впоследствии после наступления даты истечения срока действия безусловное требование рассматривалось в качестве поданного слишком поздно 83/.

52. Однако подобная точка зрения не применима для решения в целом вопроса о требовании платежа, представляемом совместно с альтернативным требованием о продлении срока действия. В конечном итоге такое требование может быть достаточно обоснованным и быть направлено, например, на то, чтобы предоставить принципалу дополнительное время для завершения исполнения, на то, чтобы дать сторонам основной сделки больше времени для решения споров по контракту, или на то, чтобы позволить бенефициару принять окончательное решение о том, требовать ли платежа и в каком объеме его требовать. Однако это требование также может быть представлено недобросовестно, например, в случаях, когда бенефициар сам сделал исполнение принципалом невозможным или когда причина требования состоит в том, чтобы оказать давление на принципала в интересах получения уступок и, например, получения согласия на продление гарантийного периода или исполнение работ или модификаций, не предусмотренных в первоначальном контракте 84/.

53. Поскольку запрос о продлении по сути адресуется принципалу и поскольку принципалу лучше всего судить о том, носит ли альтернативное требование платежа характер злоупотребления и может ли это злоупотребление быть достоверно доказано, гарант должен незамедлительно по получении запроса "продлить или уплатить" проинформировать принципала; если принципал не соглашается на продление или четко не указывает гаранту, что требование платежа представляет собой злоупотребление правом, гарант должен произвести платеж в течение установленного в юридическом порядке срока (для целей унифицированного закона этот вопрос еще предстоит решить; см. A/CN.9/WG.IV/WP.68, пункты 58-60).

54. Можно отметить, что аналогичный подход используется в проекте унифицированных правил для гарантий по требованию Международной торговой палаты. Статья 26 УПГТ гласит:

> "Если бенефициар запрашивает продление действия гарантии в качестве альтернативы представлению в соответствии с условиями гарантии требования платежа, гарант незамедлительно информирует сторону, давшую гаранту инструкции. Затем гарант приостанавливает платеж по требованию на такое время, которое разумно необходимо для того, чтобы позволить принципалу и бенефициару достичь соглашения о предоставлении такого продления и позволить принципалу принять меры к выдаче такого продления.
>
> Если продление не предоставляется в течение срока, предусмотренного в предыдущем пункте, гарант обязан уплатить по удовлетворяющему условиям требованию бенефициара, не требуя каких-либо дополнительных действий со стороны бенефициара. Гарант не несет какой-либо ответственности (за уплату процентов или иной), если платеж бенефициару задерживается в результате вышеупомянутой процедуры.
>
> Даже если принципал соглашается на такое продление или запрашивает его, оно не предоставляется, если только гарант и предписывающая (предписывающие) сторона (стороны) также соглашаются на это" 85/.

f) Обеспеченное обязательство, которое является несуществующим, не имеющим силы или незаконным или которое не может служить основанием для иска

55. Имеются различные случаи, когда требование платежа можно рассматривать в качестве обманного или носящего характер злоупотребления, даже если принципал очевидно или

83/ Е. g, Cour d'Appel de Paris, 2 апреля 1987 года, Dalloz 1988 Somm. 248, подтверждено решением Кассационного суда от 24 января 1989 года, Dalloz 1989 Somm. 159. Кроме того, Esal (Commodities), Reltor v. Oriental Credit, [1985] 2 Lloyd's Rep. 546.

84/ Е. g, Kozolchyk, ibid. (примечание 55) pp. 31-32; Bertrams, ibid. (примечание 40) p. 207.

85/ Пересмотренный текст Унифицированных правил для гарантий по требованию, ICC Document No. 460/470-1/19 BIS и 460/470-10/1 BIS от 8 февраля 1991 года; этот проект текста представляет собой последний вариант предыдущего проекта Унифицированных правил для гарантий по требованию МТП, который был рассмотрен Рабочей группой на ее двенадцатой сессии (A/CN.9/316).

предположительно не выполнил обеспеченного обязательства. Одним из таких случаев может быть тот, когда на момент предъявления требования срок исполнения еще не наступил 86/, если только не имеет место нарушение контракта до наступления срока его исполнения. Другим таким случаем, который не ограничивается гарантиями исполнения, является тот, когда бенефициар обещает принципалу высвободить гарантию или когда такое высвобождение является частью соглашения об окончательном расчете между принципалом и бенефициаром 87/. Можно отметить, что в случаях, когда бенефициар объявляет об освобождении гаранта от ответственности, необходимости в ссылке на обман или злоупотребление не имеется, поскольку этот акт в рамках отношений между гарантом и бенефициаром прекращает действие обязательства гаранта произвести платеж 88/.

56. Другими обстоятельствами, которыми принципалы, возможно, пожелают воспользоваться, являются случаи недействительности основной сделки или истечения срока исковой или приобретательной давности в отношении обязательства принципала. Хотя десять лет тому назад суды иногда принимали иные решения 89/, в целом суды отводят подобные основания, за исключением случаев, когда отсутствие действительной основной сделки установлено в окончательном решении суда или арбитража 90/. Можно отметить, что это последнее исключение не ограничивается выводом о недействительности, но распространяется на другие решения, которые прекращают обязательство принципала или отрицают его существование 91/.

57. Однако положение в случае, когда основополагающая сделка нарушает публичный порядок или иным образом является незаконной, менее ясно. Хотя представляется общепризнанным, что бенефициар не может требовать платежа, если основная сделка нарушает публичный порядок, не имеется практически никаких прецедентов, которые могли бы служить руководством 92/. Французский комментатор предложил провести различие между явным нарушением публичного порядка - и в этом случае платеж гарантом будет неподобающим образом содействовать осуществлению явно незаконной сделки - и случаями неопределенного или сомнительного нарушения публичного порядка, когда платеж будет соответствовать цели гарантии, заключающейся в изменении процессуального положения сторон 93/. Хотя это разграничение соответствует общему стандарту "явного злоупотребления", можно утверждать, что суд будет применять менее жесткий

86/ E. g., Cour d'Appel de Paris, 2 июня 1982 года, Dalloz 1983 J. 437.

87/ E. g., von Westphalen, Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr (2nd ed., Heidelberg 1989) p. 183; можно отметить, что возражение на основании высвобождения было в принципе признано английским Апелляционным судом в деле Boliventer Oil S.A. v. Chase Manhattan Bank, [1984] 1 Lloyd's Rep. 251; однако было сочтено, что обман с точки зрения недобросовестности доказан не был, поскольку бенефициар мог, обоснованно или необоснованно, считать в существовавших обстоятельствах, что его согласие на высвобождение гарантии было получено в условиях коммерческого давления.

88/ В соответствии со статьей 23 УПГТ "гарантия аннулируется до даты истечения срока действия или наступления события, влекущего за собой такое истечение, по представлении гаранту ... письменного заявления бенефициара об освобождении от ответственности по гарантии, независимо от того, возвращается ли сама гарантия или любые поправки к ней".

89/ E. g., Tribunale Pavia, 17 февраля 1981 года, Foro padano 1982, 88.

90/ E. g., Cour de Cassation, 20 декабря 1982 года, Dalloz 1983 J.365; von Westphalen, ibid. (примечание 87) p. 180 (см. также пункт 32 выше).

91/ E. g., Cour d'Appel de Paris, 13 декабря 1984 года, Dalloz 1985 I.R.239.

92/ E. g., Bertrams, ibid. (примечание 40) p. 317 (в связи с Cour d'Appel de Bruxelles, 18 декабря 1981 года, Revue de la Banque 1982, 99); можно отметить, что английский Апелляционный суд зарезервировал свою позицию в отношении иска, относящегося к представляющему собой штрафную санкцию положению, которое содержится в контракте на основную сделку и которое, согласно английскому праву, является ничтожным (Dodsal PVT Ltd. v. Kingpull Ltd., 1 июля 1985 года, не опубликовано, ссылка в Elland-Goldsmith Garantie Bancaire: L'evolution de la jurisprudence en Angleterre, Revue de droit des affaires internationales 1990, 434).

93/ Vasseur, note, Dalloz 1984, 421.

стандарт и тщательно изучит дело ex officio в целях обеспечения соблюдения касающихся публичного порядка норм судебного органа 94/.

58. Можно отметить, что необходимости ссылаться на концепцию обмана или злоупотребления в случае, когда на действие самой гарантии оказывает влияние нарушение публичного порядка, не имеется, поскольку в этом случае право отказать в платеже вытекает из недействительности обязательства произвести платеж или, как в случае нарушения статьи VIII Бреттонвудского соглашения, из невозможности обеспечить его принудительное исполнение (см. пункты 78 и 79 ниже). Что касается остальных касается остальных случаев незаконности, относящихся исключительно к основной сделке, то особые соображения применяются к обстоятельствам, когда незаконность обусловлена правом страны принципала, отличающимся от права страны гаранта или бенефициара. Поскольку бенефициару обычно не будет известно о действующих в стране принципала нормах, ограничивающих, например, импорт или экспорт либо обмен иностранной валюты, возможная незаконность основной сделки может рассматриваться в качестве одного из рисков, для покрытия которых предназначена гарантия 95/. Если же принципал, тем не менее, пожелает воспользоваться доводом о такой незаконности, то, представляется, будет практически невозможно обосновать или доказать гаранту наличие предполагаемого злоупотребления, учитывая связанные с этим сложные юридические проблемы, в том числе дискуссионный вопрос о воздействии императивных норм иностранного права и вопрос отсутствия каких-либо предшествующих нарушений обязательства ставить бенефициара в известность о существовании юридических препятствий для сделки и ее исполнения.

g) Другие случаи утверждений об оправданном неисполнении

59. Последние соображения в равной мере применимы и к различным другим случаям утверждений принципала об оправданном неисполнении. Поскольку юридические последствия освобождения принципала от его обязательства различаются в зависимости от конкретного контракта и применимого права, возникающие случаи, возможно, целесообразно сгруппировать с учетом фактических ситуаций, на которые ссылается принципал.

60. В первую группу входят обстоятельства, связанные с заключением основной сделки, например ошибка, неправильное толкование или принуждение. Подобные обстоятельства, которые позволят принципалу расторгнуть контракт или, в некоторых правовых системах, приведут eo ipso к недействительности контракта, как это было рассмотрено выше, были признаны в качестве возможной основы для заявления о злоупотреблении; однако случаи вынесения судебных запретов редки, поскольку принципалам не удавалось преодолеть чрезвычайно большую трудность, заключающуюся в установлении - в рамках связанных с предварительным разбирательством ограничений - фактов и их юридических последствий 96/.

61. Во вторую группу входят действия или упущения бенефициара, которые, как это часто утверждают принципалы, дают им право расторгнуть основную сделку или приостановить исполнение. Требование бенефициаром платежа было сочтено носящим характер злоупотребления, например, в случаях, когда сам бенефициар воспрепятствовал исполнению 97/ или в одностороннем порядке расторгнул контракт, не имея на то оснований 98/. Хотя, представляется, прецедентное

94/ E. g., Bundesgerichtshof, 28 апреля 1988 года, Recht der internationalen Wirtschaft 1988, 558.

95/ E. g., Bertrams, ibid. (примечание 40) p. 317.

96/ Bertrams, ibid. (примечание 40) p. 304 (ссылки даются, например, на Rechtbank Amsterdam, 20 декабря 1984 года, Kort Geding, 1985, 21; Rechtbank Haarlem, 21 ноября 1986 года, Kort Geding 1987, 57; DTH Construction v. Steel Authority of India, International Business Lawyer 1986, 175; Cromwell v. Commercial & Energy Bank, 40 UCC Rep.Serv. 1814 (La. 1985); Brown v. United States National Bank, 41 UCC Rep.Serv. 1765 (Neb. 1985)).

97/ E. g., Landgericht Frankfurt, 11 декабря 1979 года, Wertpapier-Mitteilungen 1981, 284 (поставленное оборудование не было ни установлено, ни осмотрено бенефициаром); Rechtbank Zwolle, 26 ноября 1982 года, Kort Geding 1982, 220 (исполнение обязательства о закупке в рамках соглашения об исключительном посредничестве стало невозможным в результате нарушения бенефициаром положения об исключительном праве).

98/ E. g., Tribunal de Commerce de Bruxelles, 15 января 1980 года, Jurisprudence Commerciale Belge, 1980, 147; Tribunal de Commerce de Paris 15 марта 1985 года, Dalloz 1985 I.R. 244.

право не содержит каких-либо ясных руководящих положений в том, что касается обстоятельств, оправдывающих вывод о наличии злоупотребления, в целом можно говорить, что ненадлежащие действия бенефициара должны носить серьезный характер и ставить под угрозу всю сделку или представлять собой нарушение основополагающего обязательства 99/. Как и в отношении других возможных случаев злоупотребления факты, которые, как утверждается, имели место, и их юридические последствия должны быть четко доказаны или установлены, причем, что касается предоставляемых в судебном порядке средств защиты, добиться вынесения запретительных приказов в отношении бенефициаров легче, чем приказов о приостановлении платежа в отношении гарантов, особенно тех, которые выдают косвенные гарантии 100/. Аналогичные соображения применимы к случаям, когда принципал основывает свое право на расторжение контракта или приостановление исполнения на том факте, что бенефициар не уплатил причитающуюся часть цены контракта 101/.

62. В третью группу входят случаи, когда исполнению препятствует не поведение бенефициара, а наступившие впоследствии события, которые квалифицируются в качестве форс-мажорных обстоятельств или непреодолимой силы и которые могут освободить принципалов от их обязательства или дать им право расторгнуть контракт (например, эмбарго, блокирование средств в иностранной валюте и аналогичные виды государственного вмешательства или стихийные бедствия). Ссылка на такое событие в целях доказывания явного злоупотребления потребует не только установления факта этого события и невозможности предсказать или предотвратить его, но также и установления юридической определенности в квалификации этого события в качестве форс-мажорного на основании контракта и применимого права, в том числе в том, что касается его последствий с точки зрения освобождения принципала от его обязательства в соответствии с распределением рисков по контракту, а также отсутствия каких-либо непогашенных обязательств, которые могут подпадать под риск, покрытый гарантией 102/. Представляется почти невозможным, что все эти сложные вопросы можно будет когда-либо с очевидностью или определенностью доказать гаранту, и принципалам весьма редко удавалось в ходе упрощенного разбирательства добиться предоставления судебного средства защиты 103/.

h) Представление подложного или фальсифицированного документа

63. Требование платежа является обманным или носит характер злоупотребления, если оно основывается на противоправном деянии, таком, как представление подложного или фальсифицированного документа. Однако платежи по гарантиям редко ставятся в зависимость от представления документов, даже если включать в это понятие заявления бенефициара о невыполнении обязательств принципалом. Кроме того, любые требуемые документы не будут иметь той же коммерческой ценности, что и коносамент, как это может требоваться на основании традиционного аккредитива, и, таким образом, любые соображения относительно заинтересованности банка в получении документа такой ценности (см. пункты 25 и 26 выше) не применимы к гарантиям или резервным аккредитивам.

64. Можно утверждать, что вышеприведенное основание обманного или носящего характер злоупотребления требования платежа представляет собой, с практической точки зрения, дополнение к ранее рассмотренным случаям в том, что касается следующих процессуальных или доказательных аспектов. В случае, когда бенефициар представляет подложный документ, в платеже должно быть отказано, если сам гарант обнаруживает подлог или если подлог выясняется, например, в результате отказа предполагаемого автора. Когда документ носит характер фальсификации в том, что в нем неправомерно удостоверяется невыполнение обязательства

99/ E. g., Bertrams, ibid. (примечание 40) pp.311-312.

100/ E. g., Rechtbank Leeuwarden, 6 октября 1986 года, Kort Gerding 1986, 476.

101/ Приказы о прекращении платежей выдавались, например Cour d'Appel de Versailles, 1 декабря 1988 года. Dalloz 1989 Somm. 155; Pennsylvania State Const. Inc. v. Cambria Saving & Loan Association, 2 UCC Rep. Serv. 2d 1638 (Pa.1987).

102/ E. g., Bertrams, ibid. (примечание 40) pp. 315-316.

103/ E. g., Tribunal de Commerce de Brexelles, 6 апреля 1982 года, Revue de la Banque 1982, 683; Rechtbank Amsterdam, 18 декабря 1980 года, Schip and Schade 1981, 135; Dynamics Corp. v. Citizens & Southern National Savings Bank, ibid. (примечание 10); судебного запрета не вынесено, например, State Trading Corp. of India v. E.D. & F. Man, The Times 22 июля 1981 года (принципал не доказал, что бенефициар проявил недобросовестность в том, что поверил, что невыполнение обязательств принципалом было необоснованным).

принципалом, бремя доказывания злоупотребления будет ограничиваться случаем невыполнения, как он указывается в этом документе. Например, если требование платежа по гарантии в связи с проведением торгов основывается на заявлении о том, что получивший контракт участник торгов не обеспечил требуемой гарантии исполнения, то единственным фактом, который требуется доказать или установить с определенностью является выдача требуемой гарантии исполнения; бенефициар лишится возможности в будущем обосновать свое требование отказом принципала подписать выданный контракт. Напротив, в случаях, когда бенефициар востребует выплачиваемую по простому требованию гарантию в связи с проведением торгов, доказывание злоупотребления с точки зрения отсутствия каких-либо допустимых или приемлемых оснований будет включать доказывание того факта, что принципал либо не получил контракта, либо согласился с контрактом, отвечающим условиям торгов. Таким образом, преимущество требования о подаче бенефициаром заявления заключается не только в создании психологического барьера в результате "принуждения его ко лжи", но и в сокращении базы "приемлемых оснований", в частности в случаях, когда в заявлении требуется указать те аспекты, по которым принципал не выполнил свои обязательства.

i) Особые соображения, связанные со встречными гарантиями

65. Вышеуказанные возможные случаи обмана или злоупотреблений, связанные с основной сделкой между принципалом и бенефициаром, могут обосновать возражение против платежа со стороны любого гаранта, который выдал или подтвердил гарантию этому бенефициару, независимо от того, является ли такая гарантия прямой гарантией, выданной по просьбе принципала, или косвенной гарантией, выданной по инструкциям предписывающей стороны, действующей по просьбе принципала. Однако, если косвенная гарантия встречно гарантируется предписывающей стороной, то в связи с возможным возражением против платежа со стороны встречного гаранта (далее в тексте "первый банк") на основании обмана или злоупотребления возникают особые соображения.

66. Причина этому заключается в том факте, что бенефициар встречной гарантии является лицом, выдавшим косвенную гарантию (далее в тексте - "второй банк"), а не тем бенефициаром, который рассматривался выше и который связан с принципалом основной сделкой. Любой обман или злоупотребление со стороны этого последнего бенефициара (далее в тексте - "конечный бенефициар") будет являться обманом или злоупотреблением третьей стороны и, таким образом, не будет иметь прямой связи со взаимоотношениями между первым и вторым банком. А вопрос об обмане или злоупотреблении в качестве возражения против платежа на основании встречной гарантии должен решаться исключительно в рамках этих взаимоотношений при учете цели, заключающейся в том, чтобы предоставить второму банку возмещение в соответствии с условиями встречной гарантии.

67. Например, если условием платежа первого банка является представление вторым банком заявления о том, что конечный бенефициар потребовал платежа от второго банка, представление ложного заявления, если его ложный характер очевиден или понятен для первого банка, будет являться основанием для возражения против платежа. Вышесказанное применимо и к случаю, который, вероятно, является менее распространенным и при котором платеж первым банком должен быть осуществлен по получении от второго банка удостоверения того, что он уже уплатил конечному бенефициару.

68. Намного более сложными являются те случаи, когда в качестве обманного или носящего характер злоупотребления может рассматриваться поведение конечного бенефициара. Хотя в целом признается, что в случае сговора между конечным бенефициаром и вторым банком первый банк может отказать в платеже при условии, что сговор является очевидным 104/, вопрос о том, применяется ли, помимо редких случаев сговора, и при каких обстоятельствах исключение на основе обмана к встречным гарантиям, решается по-разному. Представляется, что в некоторых судебных решениях не признается исключение на основе обмана, помимо случаев сговора 105/, а в других отмечается тенденция к противоположной крайности и признается обоснованность ссылки на обман со стороны конечного бенефициара без рассмотрения вопроса о позиции второго банка и, в частности, о том, было ли ему известно об этом обмане в тот момент, когда он потребовал возмещения от первого банка 106/. Наиболее широко распространенная судебная практика

104/ E. g., Cour de Cassation, 11 декабря 1985 года, Dalloz 1986, 214; Bundesgerichtshof, 12 марта 1984 года, Wertpapier-Mitteilungen 1984, 689.

105/ E. g., Cour d'Appel de Paris, 21 января 1987 года, Dalloz 1987 I.R. 176.

106/ E. g., Landgericht Dortmund 9 июля 1980 года, Wertpapier-Mitteilungen 1981, 280; Cour d'Appel de Paris, 2 июня 1982 года, Dalloz 1983, 437; Cour d'Appel de Paris, 18 ноября 1986 года, Dalloz 1988, Somm. 247.

находится между двумя крайними решениями и строится на основании критерия, который может быть назван критерием "двойного злоупотребления"" 107/: первый банк может отказать в платеже, если очевидно, что второму банку до платежа конечному бенефициару было известно об обмане или злоупотреблении со стороны конечного бенефициара 108/.

69. Злоупотребление со стороны второго банка будет заключаться в том, что он требует возмещения, несмотря на тот факт, что он имел право - и нес соответствующую обязанность перед предписывающей стороной - отказать конечному бенефициару в платеже. Таким образом, в данном случае требуется установить не только ненадлежащее поведение или другое связанное с обманом или злоупотреблением со стороны бенефициара основание и факт, что второму банку было известно об этом, но также и юридические последствия, связанные с квалификацией соответствующего деяния в качестве обмана или злоупотребления и с вытекающей отсюда обязанностью второго банка отказать в платеже.

70. Что касается юридических последствий, то решение этого вопроса осложняется тем фактом, что может возникнуть необходимость в применении различных законов и в ясном осознании первым банком результатов применения этих законов. По всей вероятности, вопрос о признании обмана или злоупотребления со стороны конечного бенефициара должен решаться на основании закона государства, где расположено коммерческое предприятие второго банка, и, таким образом, с точки зрения первого банка и принципала, на основании иностранного закона, оценить действие которого весьма трудно. Вопрос о том, лежит ли на втором банке обязанность проявлять осмотрительность в отношении первого банка (и, возможно, косвенно в отношении принципала), может решаться на основании того же иностранного закона или закона государства, где находится коммерческое предприятие первого банка, что частично зависит от того, может ли эта обязанность основываться на договоре или деликте (см. пункты 98 и 99 ниже).

71. На основании исследования почти шестидесяти решений по делам о (предполагаемом) обмане в связи с косвенными гарантиями был сделан вывод о том, что "суды весьма редко берут на себя труд по рассмотрению вопросов частного международного права" и что "те суды, которые вскользь отметили, что гарантии регулируются иностранным законом, очевидно, применили свои собственные, но не обязательно местные, понятия обмана" 109/. Был также сделан вывод о том, что норма, требующая свидетельства о том, что второму банку было известно об обмане со стороны конечного бенефициара, хотя ее последовательно придерживаются английские суды, в прецедентном континентальном праве укоренилась не столь прочно, как в теоретических трудах по правовым вопросам. В то время как в некоторых решениях заключение о том, что второму банку было известно о соответствующем факте, основывалось на прочных доказательствах 110/, другие суды, как представляется, никоим образом не рассматривали позицию второго банка, а иные, признав доказанность обмана со стороны конечного бенефициара, выводили осведомленность второго банка из фактов, которые не всегда достоверно или неоспоримо доказывались 111/.

72. Можно утверждать, что включение в унифицированный закон положения, устанавливающего связь между обманом или злоупотреблением со стороны конечного бенефициара и обязательством первого банка произвести платеж, явится особенно ценным вкладом в установление желательного юридического единообразия и определенности. Помимо установления такой связи, включая требование к исключению на основании обмана во взаимоотношениях между первым и вторым банком, необходимо будет также рассмотреть сложные процессуальные вопросы, связанные с возможным вынесением судебных запретов в отношении первого и второго банков (см. ниже, пункты 90-114).

107/ E. g., von Westphalen, ibid. (примечание 87) p. 252.

108/ E. g., Bundesgerichtshof, ibid. (примечание 104); Cour de Cassation, 10 июня 1986 года, Dalloz 1987, 17.

109/ Bertrams, ibid., (примечание 40), p.351.

110/ E. g., Cour de justice civile de Genève, 12 сентября 1985 года, Dalloz 1986 I.R. 165 (свидетельством осведомленности явился выданный в отношении второго банка приказ местного суда о приостановлении платежа); Landgericht Düsseldorf, 9 августа 1984 года, Recht der internationalen Wirtschaft 1985, 77 (свидетельством осведомленности явилось получение вторым банком копии арбитражного решения, предписывающего бенефициару возвратить гарантию).

111/ Bertrams, ibid., (примечание 40), p.353, 355.

C. Предварительные заключения

73. Хотелось бы выразить надежду, что вышеприведенное рассмотрение обмана, злоупотребления и аналогичных концепций, а также вопроса об их применении судами в различных правовых системах окажет, несмотря на свой фрагментарный и общий характер, помощь работе Рабочей группы. Хотя с очевидностью выяснилось наличие существенных расхождений, имеется также заметное сходство между отдельными правовыми системами, в которых суды, особенно в течение последнего десятилетия, выработали и уточнили правовые положения, касающиеся исключения на основании обмана в связи с независимыми гарантиями и резервными аккредитивами 112/. Однако даже в рамках отдельной правовой системы можно обнаружить больше расхождений и более значительную неопределенность, чем если рассматривать все решения при всем присущем им фактическом и процессуальном разнообразии. Прежде всего следует отметить, что существует и множество других правовых систем, в которых суды еще не имели возможности выработать и уточнить соответствующие правовые положения.

74. По всем этим причинам Рабочая группа, возможно, пожелает подготовить касающиеся исключения на основании обмана положения, которые устанавливали бы юридическую определенность и единообразие. В своих поисках приемлемых решений она могла бы исходить из требований или критериев, выработанных в некоторых правовых системах. Однако можно утверждать, что предпочтение одному критерию перед другим или выбор более жесткого требования, а не более гибкого не сводится к решению вопроса о том, что правильно, а что неверно, а в сущности зависит от того, какую конкретную сферу действия исключения на основании обмана следует предусмотреть в свете коллизии интересов соответствующих сторон. Кроме того, здесь важно не столько конкретное требование, сколько весь комплекс норм об исключении на основании обмана, как об этом свидетельствует довольно широкое признание случаев злоупотребления в системах гражданского права, которое компенсируется или ограничивается такими требованиями, как "явный" или "очевидный" характер, или требование "безусловной доказанности".

75. В целях разработки приемлемого положения об исключении на основании обмана Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть следующие вопросы:

1. Какое поведение бенефициара или другие факты составляют обман или злоупотребление?

   a) Следует ли общее определение ограничивать каким-либо субъективным критерием (например, злой умысел, нечестность, недобросовестность) или же в соответствии с преобладающей судебной практикой оно должно основываться на объективных критериях, которые гораздо легче установить (например, отсутствие благовидного основания, цели требования выходят за рамки страхуемого риска)?

   b) Должно ли общее определение сопровождаться перечнем случаев, которые могут быть квалифицированы как основа для обмана или злоупотребления (включая все или некоторые случаи, рассмотренные в пунктах 39-70) и, если да, должен ли такой перечень содержать примеры или быть исчерпывающим?

2. Каковы существенные критерии доказательства?

   a) Что касается степени осведомленности, дающей гаранту право отказывать в платеже, то должны ли использоваться какие-либо из вышеупомянутых условий (например, очевидный, определенный, очевидный для всех, явный или установленный на основании бесспорных доказательств) или же может быть найден другой соответствующий термин?

   b) Должен ли такой критерий использоваться лишь в вопросах отказа гаранта по его собственной инициативе или же он должен применяться к судебным решениям, предписывающим гаранту осуществить платеж или ограничивающим право бенефициара требовать или получать платеж? (Этот вопрос можно было бы соответствующим образом рассмотреть после обсуждения процессуальных аспектов судебных запретов, см. пункты 90-114 ниже).

3. Какие особые соображения применяются в отношении исключения на основании обмана, предоставляемого встречному гаранту в случае обмана или злоупотребления со стороны конечного бенефициара?

112/ E. g., Horn/Wymeersch, ibid. (примечание 39) p.529.

a) Имеет ли такой обман или злоупотребление существенное значение, в отсутствие какого-либо сговора между конечным бенефициаром и вторым банком?

b) Если же имеет, то какими должны быть требования для признания поведения конечного бенефициара в качестве основы для исключения на основании обмана, предоставляемого первому банку/встречному гаранту (например, осведомленность второго банка, признанное право второго банка отказывать в платеже, обязанность второго банка отказать в платеже, уверенность второго банка в отношении способности обосновать предыдущие вопросы в ходе любого разбирательства с конечным бенефициаром, осведомленность первого банка по всем вышеизложенным вопросам)?

4. В отношении каких лиц не могут применяться меры правовой защиты в случае обмана?

a) Пользуется ли такой защитой невиновный бенефициар и, если да, при каких обстоятельствах?

b) Что касается других лиц (например, индоссанта, защищенного держателя векселя), является ли, например, подход, предложенный Специальной группой по статье 5 ЕТК (см. пункт 18 выше) приемлемым для унифицированного закона?

II. ПРОЧИЕ ВОЗРАЖЕНИЯ ПРОТИВ ПЛАТЕЖА

A. Недействительность, возможность оспаривания или невозможность принудительного исполнения платежного обязательства

76. Если требование предъявляется в соответствии с условиями гарантийного письма и платежное обязательство не аннулируется в результате прекращения, освобождения от ответственности или освобождения от обязательства до истечения срока его действия, могут возникать другие основания для отказа от платежа помимо рассмотренного выше исключения на основании обмана. Главным основанием для отказа от платежа может быть отсутствие юридической силы или возможность оспаривания обязательства гаранта в соответствии с правом, применимым по вопросам действительности по существу. Такого рода правовые последствия могут являться результатом действий бенефициара (например, физического принуждения, обмана, введения в заблуждение) или же фактов, зависящих от гаранта (например, ошибка) 113/.

77. В зависимости от конкретного применимого права такие правовые последствия могут также определяться тем фактом, что платежное обязательство или его исполнение может противоречить публичной политике, нарушать юридический запрет, противоречить моральным нормам или по аналогичным причинам являться противоправным 114/. В то же время в других судебных системах по меньшей мере некоторые из этих причин могут приводить не к утрате юридической силы, а к невозможности принудительного осуществления данного платежного обязательства или же невозможности его исполнения с различными последствиями. Примером такого случая может быть нарушение национального закона о денежном обращении, если гарантия подлежит уплате в местной валюте, или закона о валютных операциях, если она подлежит уплате в иностранной валюте. В связи с этим можно отметить, что любое ограничение или запрещение валютных операций, не позволяющее гаранту получить возмещение от принципала, не будет иметь отношения к платежному обязательству гаранта так же, как, например, неплатежеспособность принципала 115/.

78. Другим примером, который встречался в практике судов, является нарушение пункта 2(b) статьи VIII Бреттонвудского соглашения 116/. Как отмечалось ранее (см. пункты 57 и 58 выше), если такое нарушение затрагивает лишь основную сделку (например, платежное обязательство по договору о купле-продаже или по договору на строительство), оно может явиться источником

113/ E.g. von Westphalen, ibid., (примечание 87) г. 175; Richter, ibid. (примечание 46) р. 225.

114/ Idem.

115/ E.g. von Westphalen, ibid. (примечание 87) г. 179; Richter, ibid. (примечание 46) г. 224.

116/ Соответствующая часть статьи VIII(2)(b) гласит следующее: "Контракты на валютные сделки, которые предусматривают платежи в валюте какого-либо Государства-члена и которые противоречат правилам валютного контроля данного Государства-члена, применяемым или принятым в соответствии с настоящим Соглашением, не могут быть осуществлены на территории какого-либо Государства-члена".

злоупотребления при востребовании платежа по гарантии. Тем не менее, если такое нарушение данного соглашения распространяется на обязательство гаранта, в платеже будет отказано, поскольку такое обязательство рассматривается как юридически недействительное или не могущее быть принудительно осуществленным 117/.

79. В соответствии с решением Палаты лордов это относится и к товарным аккредитивам, даже если основной договор купли-продажи, квалифицируемый в определенной части как "скрытая валютная сделка", не является противозаконным в соответствии с правом государства, в котором он подлежит осуществлению в результате оплаты по аккредитиву (в данном случае - право Англии); кроме того, было отмечено, что "банк, если ему было известно ... о такой валютной сделке участвующего покупателя, вполне мог отказаться от платежа ..., однако ... ничто в праве Англии не препятствует добровольному платежу такого банка ..." 118/. Что касается последнего заключения, то можно отметить, что суды в других правовых системах могут вынести иное решение и признать в таких обстоятельствах обязанность банка отказать в платеже 119/.

B. Зачет требований гаранта

80. Возможность предъявления требования бенефициару путем зачета требования может быть рассмотрена в данном случае в качестве возражения против платежа, даже несмотря на то, что такое действие не является отрицанием правомерности требования бенефициара, а может рассматриваться в качестве метода погашения задолженности. При обсуждении вопроса о приемлемости зачета требований следует проводить разграничение между требованиями самого гаранта и любыми другими требованиями, которые переданы ему принципалом и которые, как правило, будут связаны с основной сделкой.

81. Если начать с требования последнего вида, то преобладающим подходом в судебной практике является недопущение зачета требований гарантом, даже если соблюдаются общие условия для зачета требований, т.е. требование подлежит оплате и является определенным или неоспоримым 120/. Тем не менее в некоторых случаях суды выносили иное решение 121/. В связи с этим можно отметить, что тот факт, что принципал имеет бесспорное или определенное требование, вытекающее из основной сделки и не переуступленное гаранту, рассматривается, зачастую наряду с исполнением договорного обязательства принципала, в качестве возможной основы для обмана или злоупотребления 122/.

82. Если теперь перейти к требованиям самого гаранта, то первое разъяснение, которое в определенной степени сужает рамки данной проблемы, состоит в необходимости указать на значимость любого положения, которое либо разрешает, либо запрещает зачет требований гарантом. Положения, в которых прямо предусматривается возможность зачета требований, по-видимому, довольно редко встречаются в гарантиях или резервных аккредитивах; тем не менее они могут содержаться в других банковских договорах, включая общие условия, например, между вторым банком и конечным бенефициаром в случае косвенной гарантии или в случае встречной гарантии между первым и вторым банком. Что касается последнего из этих взаимоотношений, то можно отметить, что вопрос о зачете требований должен решаться в соответствии с международной банковской практикой 123/. Положения, прямо запрещающие зачет требований гарантом,

---

117/ E.g. von Westphalen, ibid. (примечание 87) p. 181.

118/ UCM (Investments) v. Royal Bank of Canada, ibid. (примечание 33) pp. 729-730.

119/ E.g. von Westphalen, ibid. (примечание 87) p. 181.

120/ E.g. Bundesgerichtshof, 14 октября 1982 года, Wertpapier-Mitteilungen 1982, 1324; Rechtbank Haarlem, 9 января 1987, Kort Geding 1987, 85.

121/ E.g. Rechtbank Amsterdam, 7 марта 1985 года, Kort Geding 1985, 87.

122/ E.g. von Sestphalen, ibid. (примечание 87) pp. 396-397; Bertrams, ibid. (примечание 40) r. 322

123/ Bertrams, ibid. (примечание 40) p. 271 (где указывается на проблему, связанную с тем, что в настоящее время, по-видимому, не существует установившейся практики, и с тем, что право, регулирующее зачет требований, зачастую трудно определить, поскольку встречное требование и требование о возмещении могут регулироваться различными законами).

по-видимому, встречаются довольно редко. Возможность того, что запрет вытекает из таких общих формулировок, как "исключающие любые возражения" или "без каких-либо условий или возражений", представляется по меньшей мере сомнительной; в данном случае ответ, по-видимому, должен быть таким же, как и в случае любой другой гарантии, подлежащей уплате по первому требованию.

83. Решение, которое предлагается судами и правоведами, отнюдь не является однозначным. Одни выступают за запрещение зачета требований, поскольку гарант при выполнении своих обязанностей, которые основаны на просьбе принципала или предписывающей стороны, не должен руководствоваться собственными интересами и поскольку бенефициар с учетом страховой и платежной функции гарантий по первому требованию имеет право на получение фактического платежа 124/. Кроме того, разрешение зачета требований может привести к тому, что бенефициары будут неохотно брать гарантии у банков, с которыми они связаны договорами, или же к принятию неудовлетворенным бенефициаром ответных мер против принципала.

84. Другое мнение, зачастую основанное на общеправовых нормах, касающихся приемлемости зачета требований, состоит в том, чтобы разрешать гаранту исполнять его платежное обязательство путем зачета его собственных требований, поскольку платежные функции гарантий не имеют отношения к вопросу о зачете требований и связаны лишь с вопросами обмана или злоупотребления 125/. Аналогичное обоснование было дано одним английским судьей по делу о системе финансовых сделок, предусматривающих открытие резервного аккредитива: "Этому делу присущи две характерные особенности. Во-первых, резервный аккредитив был открыт для конкретной цели финансирования обязательств по поставке сухих грузов, и поэтому было бы абсолютно несправедливым, если бы банку не было разрешено осуществить зачет в отношении текущих требований, которые возникают непосредственно из этой же сделки. Во-вторых, это заранее оцененный зачет, и было бы противоестественно, если бы такой зачет нельзя было бы осуществить по аккредитиву и в то же время можно было бы осуществить по векселю, который является аналогичным документом, поскольку вексель также практически равноценен наличным деньгам" 126/.

85. Промежуточный вариант состоит в разрешении зачета лишь в определенных обстоятельствах. При этом утверждается, например, что общее запрещение зачета, основанное на подразумеваемом соглашении об исключении, не будет применяться в тех случаях, когда бенефициар оказывается несостоятельным должником и банк, по-видимому, не в состоянии будет иным путем реализовать свое требование 127/. Верховный суд Германии вынес решение о том, что зачет требований является допустимым в случае платежной гарантии, которая обеспечивает уплату цены закупленного товара, поскольку такая гарантия прежде всего выполняет обеспечительную функцию и, помимо этого, нет каких-либо оснований предполагать, что бенефициару будут предоставлены более благоприятные условия по сравнению с теми условиями, которые он имел бы в случае регулярного выполнения обязательства по уплате закупочной цены, которая предусматривает исполнение обязательств путем зачета требований 128/. Суд отметил, что зачет требований может быть не разрешен в случае других гарантий, в частности гарантий исполнения, поскольку это может способствовать выполнению функции ликвидности, предусматривающей предоставление бенефициару беспрепятственного доступа к средствам для исправления дефектов 129/.

124/ E.g. Landgericht Frankfurt, 21 сентября 1983 года, Wertpapier-Mitteilungen 1984, 86; Richter, ibid. (примечание 46) r. 225; Bertrams, ibid. (примечание 40) pp. 269-270.

125/ E.g. Tribunal de Commerce de Bruxelles, 18 апреля 1985 года, Revue Droit Commercial Belge, 1985, 729; Kleiner, ibid. (примечание 73) p. 198.

126/ The Hong Kong and Shanghai Banking Corp. v. Kloeckner & Co. A.G., Q.B., [1989] 2 Lloyd's Rep. 323, 331 (per Hirst J.).

127/ Oberlandesgericht Frankfurt, 26 июня 1984 года, Wertpapier-Mitteilungen, 1984, 1021.

128/ Bundesgerichtshof, 22 апреля 1985 года, Wertpapier-Mitteilungen, 1985, 685 (это решение касается того же дела, что и принятые в Германии решения, упомянутые в примечаниях 124 и 127).

129/ Von Westphalen, ibid. (примечание 87) p. 178, автор придерживается мнения о том, что зачет требований следует исключить по всем таким другим гарантиям, поскольку они всегда выполняют функцию ликвидности.

C. Предварительные заключения

86. Обсуждения в Рабочей группе, как представляется, отнюдь не обязательно должны быть направлены на нахождение приемлемых решений вышеизложенных вопросов о недействительности, возможности оспаривания или невозможности принудительного исполнения; первоочередное внимание следует скорее уделить предварительному вопросу о том, могут ли такого рода проблемы вообще регулироваться в унифицированном законе. Следует напомнить, что на двенадцатой сессии Рабочей группы "было высказано мнение о том, что эту сложную область следует скорее регулировать с помощью существующих норм общего договорного права. Последующее обсуждение показало, что одни аспекты этой проблемы, возможно, в большей степени заслуживают отражения в унифицированном законе, чем другие" (A/CN.9/316, пункт 157). Так, например, "выражались сомнения по поводу возможности должного урегулирования в унифицированном законе проблем, возникающих в результате наличия в национальных правовых системах "абсолютно императивных" правовых принципов, и предлагалось, чтобы, по крайней мере в этом отношении, унифицированный закон ограничивался выполнением гарантии. Другое предложение заключалось, что в унифицированном законе следует указать определенные случаи, в которых по-прежнему будет применяться национальное законодательство" (A/CN.9/316, пункт 160).

87. Если начать с последнего предложения, то можно отметить, что общая или конкретная ссылка на другие возможные возражения против платежа будет уместна или даже необходима, с тем чтобы избежать неправильного понимания основной нормы унифицированного закона о том, что гарант обязан уплатить по требованию в соответствии с гарантийным письмом, если исключение на основании обмана неприменимо.

88. Что касается основного вопроса о том, должен ли унифицированный закон регулировать другие возражения против платежа или по меньшей мере некоторые из них, то Рабочая группа, возможно, пожелает использовать в качестве общих принципов приводимые ниже соображения. Рабочая группа, возможно, пожелает применить подход, использованный в других правовых текстах, подготовленных в результате работы Комиссии, и воздержаться от рассмотрения вопросов о действительности или возможности оспоривания, упомянутых в пункте 76, или, например, вопроса о невозможности исполнения вследствие неплатежеспособности или из-за наличия аналогичных препятствий. Рабочая группа, возможно, пожелает также воздержаться от рассмотрения вопросов, по которым, хотя они и имеют отношение к предмету унифицированного закона, не может быть легко найдено приемлемое решение на общемировой основе, например, по вопросам последствий положений публичного порядка и, в частности, вышеупомянутых "абсолютно императивных" правовых принципов (пункт 86).

89. Тем не менее Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть те вопросы, которые имеют непосредственное отношение к предмету унифицированного закона (например, вопрос о валютном контроле). Определенность и единообразие, по-видимому, особенно необходимы в отношении тех вопросов, по которым выносились различные решения и в связи с которыми общеправовые нормы не учитывают, как представляется, надлежащим образом конкретный характер независимого обязательства гаранта. К последней категории, по-видимому, относятся вопросы, связанные с обязанностью отказать в платеже по обязательству, которое не может быть осуществлено в принудительном порядке (см. пункты 77-79 выше), и вопрос о зачете требований гаранта (см. пункты 80-85 выше).

III. СУДЕБНЫЕ ЗАПРЕТЫ И ДРУГИЕ СУДЕБНЫЕ МЕРЫ

90. Как отмечалось в различных ссылках при обсуждении исключения на основании обмана (например, в пунктах 19-21, 27, 38 и 61), вопрос о явном обмане или злоупотреблении имеет значение не только с учетом решения гаранта по вопросу о том, должен или не должен он платить бенефициару, но также, причем гораздо чаще, с учетом освобождения от обязательства, которого принципал пытается добиться в суде. Принципал может стремиться получить освобождение от платежа, обратившись в суд с просьбой вынести решение, запрещающее гаранту осуществлять платеж, или же решение, запрещающее бенефициару требовать платеж или получать платеж; принципал может также попытаться предотвратить платеж, обратившись с просьбой о наложении ареста на требование бенефициара или о блокировании средств.

91. Перед обсуждением процедурных аспектов такого рода судебных мер можно отметить, что вопрос об обмане или злоупотреблении может иметь значение также и при других процессуальных условиях. Например, исключение на основании обмана может стать предметом иска, возбуждаемого бенефициаром в связи с противоправным отказом от платежа со стороны гаранта, включая предварительное распоряжение осуществить платеж, или же иска о возмещении процентов или других потерь в случае задержки платежа. Исключение на основании обмана может также иметь значение в судебном разбирательстве между принципалом и гарантом, когда вопрос о возмещении может зависеть от того, был ли платеж гаранта оправдан, несмотря на обвинения в обмане или

злоупотреблении. Такое разбирательство может оказаться более сложным в том случае, когда гарант осуществил платеж, несмотря на распоряжение о приостановлении платежа, или когда гарант выполнил распоряжение о приостановлении платежа, которое впоследствии было пересмотрено по аппеляции или же аннулировано в ходе основного разбирательства 130/.

A. Судебные запреты в отношении платежа

1. Требования и другие процессуальные аспекты судебных запретов в целом

92. В процессуальном праве многих правовых систем и безусловно всех тех, по которым приводились судебные решения при обсуждении исключения на основании обмана, предусматривается возможность судебных запретов или аналогичных предварительных мер в чрезвычайных случаях (например, "preliminary injunction" в Англии, "ordonnance de référe" во Франции, "einstweilige Verfügung" в Германии, "kort geding" в Нидерландах, "provvedimento di urgenza" в Италии). Процедуры, применяемые в отдельных странах - а в федеральных государствах, часто в отдельных субъектах федерации - в отношении такого рода мер, существенно различаются по таким вопросам, как ожидаемая продолжительность разбирательства или действие предварительных судебных запретов, возможность вынесения судебного запрета при наличии одной стороны в случае особой срочности или приемлемости определенных доказательств (например, письменных показаний под присягой).

93. Однако для целей последующего обсуждения достаточно видеть сходство основных требований в отношении вынесения судебных запретов в различных правовых системах. Так, например, суды Соединенных Штатов, как правило, требуют, как говорилось выше (пункт 20), документарных свидетельств в подтверждение обстоятельств рассматриваемого дела, в подтверждение риска причинения невосполнимого ущерба и в подтверждение распределения ущерба, решительно склоняющего дело в пользу стороны, испрашивающей предварительное судебное решение в свою защиту 131/, и иногда также данные о существовании публичного интереса 132/. Аналогичным образом, в Италии для вынесения судебного запрета в соответствии со статьей 700 Гражданско-процессуального кодекса необходимо доказать вероятность решения дела в пользу истца при его рассмотрении по существу, также факт неизбежного и невосполнимого ущерба 133/. Можно привести еще один пример, когда для вынесения судебного запрета в Германии в соответствии со статьей 935 или 940 Гражданского процессуального кодекса необходимо доказать вероятность права или правового положения истца и факт нанесения серьезного ущерба. При определении невосполнимого или серьезного ущерба суды, как правило, принимают во внимание такие соображения, которые в странах общего права рассматриваются в рамках таких понятий, как "распределение ущерба", "распределение преимуществ" или "публичный интерес".

94. Таким образом, хотя судебные запреты общеизвестны и основаны по существу на аналогичных требованиях в различных правовых системах, отношение судов к вопросу о вынесении судебных запретов в пользу принципала далеко не единообразно. Как будет показано ниже, при рассмотрении решений судов с учетом различных требований в связи с независимыми гарантиями и резервными аккредитивами, позиции судов могут быть различными, начиная от общего отказа (недавно в Германии) или явного нежелания (в Англии) и противоречивого отношения (например, в Швейцарии) до в той или иной степени более благоприятного отношения (в других правовых системах).

2. Особые соображения в отношении приказов о приостановлении платежа

95. Для того, чтобы сразу же решить менее сложную проблему, можно поставить вопрос о том, может ли судебный запрет выноситься, несмотря на тот факт, что бенефициар еще не востребовал платеж. Хотя суды в ряде случаев отказывались выносить судебный запрет в таких обстоятельствах, считая его преждевременным в отсутствие настоятельной необходимости, преобладающая в деятельности судов практика разрешения судебных запретов является, по-видимому, предпочтительной позицией, по меньшей мере в том случае, если бенефициар заявил

130/ Более подробно см. e.g, Vasseur, ibid. (примечание 42) pp. 370-371; Richter, ibid. (примечание 46) 284-287; von Westphalen, ibid. (примечание 87) p. 293.

131/ E.g. Caulfield v. Board of Education, 583 F. 2d 605 (2d Cir. 1978).

132/ E.g. Harris Corp. v. National Iranian Radio and Television, 691 F. 2d 1344 (11th Cir. 1982); см. также Task Force Report (примечание 4) pp. 69-71.

133/ E.g. Costa, ibid. (примечание 41) pp. 203-205.

о своем желании или угрожает востребовать гарантию 134/. Заинтересованность принципала в том, чтобы как можно раньше добиться судебного запрета, особенно очевидна в тех правовых системах, где гарант не обязан уведомлять принципала о получении требования, если это не предусмотрено в соглашении (например, во Франции 135/, в Англии 136/; в Соединенных Штатах, где по этим причинам был создан институт так называемых судебных запретов по уведомлению 137/). Тем не менее судебный запрет на ранних этапах не следует полностью отвергать, даже если гарант обязан уведомить принципала, как это предусматривается в статье 17 УПГТ (и отмечается в пунктах 61, 63 документа A/CN.9/WG.II/WP.68).

96. Если теперь перейти к рассмотрению основного вопроса о трактовании судами вышеупомянутых принципиальных требований вынесения судебного запрета, можно отметить, что суды зачастую не учитывают всех требований при удовлетворении ходатайства о судебном запрете и еще меньше склонны это делать при отказе в судебном запрете. Кроме того, суды зачастую дают свои обоснования, не увязывая их с тем или иным конкретным требованием. Как показывает подавляющее большинство судебных решений, упоминавшихся при рассмотрении исключений на основании обмана, наиболее важным вопросом, определяющим судьбу заявления принципала об освобождении от ответственности на основании судебного запрета, по-видимому, является вопрос о том, был ли доказан факт явного или очевидного обмана или злоупотребления. Как отмечалось выше (например, в пунктах 19-21, 27, 38 и 71), в ходе предварительного разбирательства основное внимание сосредоточено на доказывании суду, а не на вопросе об осведомленности гаранта, который имеет принципиальное значение для принятия гарантом решения об осуществлении или неосуществлении платежа.

a) Основание для иска из неизбежного нарушения обязательства

97. Национальное процессуальное право, касающееся судебных запретов, по существу соответствует следующему заявлению английских судей: "Суды обычно могут вмешиваться лишь посредством судебного запрета для предотвращения предполагаемого нарушения юридического обязательства ответчика в пользу истца или посредством дополнительного освобождения от ответственности той стороны разбирательства, которая подтвердит основание для иска против другой стороны" 138/; "право на временный судебный запрет является лишь дополнительным правом, вытекающим из ранее существовавшего основания для иска" 139/. Если принципал просит вынести приказ о приостановлении гарантом платежа на основании обмана или злоупотребления бенефициара, основанием для иска может служить лишь требование против гаранта воздерживаться от уплаты на основании злоупотребления, поскольку в противном случае он нарушит обязательство перед принципалом 140/.

98. Соответствующая обязанность гаранта главным образом вытекает из соглашения о возмещении или аналогичного банковского договора с принципалом и рассматривается как фидуциарная обязанность или дополнительная обязанность соблюдать осторожность 141/. Обязанность гаранта

134/ E.g. Bertrams, ibid. (примечание 40) pp. 337-338.

135/ Vasseur, ibid. (примечание 42) p. 370.

136/ E.g. Esal (Commodities) Ltd. Reltor Ltd. v. Oriental Credit, ibid. (примечание 83), за исключением случаев, когда характер отношений указывает на наличие определенного подразумеваемого соглашения.

137/ E.g. Stromberg Carlson Corp. v. Bank Melli, 467 F. Supp. 530 (S.D.N.Y. 1979).

138/ United Trading v. Allied Arab Bank, C.A., [1985] 2 Lloyd's Rep. 559 (per Ackner, L.J.).

139/ The Siskina, H.L., [1978] 1 Lloyd's Rep. 6 (per Lord Diplock).

140/ E.g. Bertrams, ibid. (примечание 40) p. 339; см., однако, Richter, ibid. (примечание 46) pp. 279-280; со ссылкой на одно из решений швейцарского суда (BGE 100 II 151), упоминается возможность вынесения из основания для иска против бенефициара судебного запрета в отношении гаранта, выступающего третьей стороной, в частности, поскольку принципал связан с такой третьей стороной договорными взаимоотношениями, которые имеют непосредственное отношение к основной сделке.

141/ E.g. Landgericht Frankfurt, 11 декабря 1979 года, Wertpapier-Mitteilungen 1981, 284; von Westphalen, ibid. (примечание 87) пп. 262, 270.

защищать финансовые интересы принципала в случае, если востребование бенефициаром гарантии представляет собой явное злоупотребление, подкрепляется соображением о том, что бенефициар не имеет права на получение платежа, поскольку злоупотребление по существу означает ограничение его права и превращает такое право в лишенную конкретного содержания формальную правовую позицию 142/.

99. Если в случае косвенной гарантии принципал стремится получить приказ о приостановлении платежа в отношении второго банка, основание для иска не может вытекать из договорного обязательства, поскольку между этим банком и принципалом не существует каких-либо договорных взаимоотношений. В данном случае речь может идти об обязанности проявлять осторожность, вытекающей из того, что небрежность рассматривается в качестве нарушения, как это было признано в решении одного английского суда: "Представляется обоснованным, что банк обязан перед стороной, которая несет конечную ответственность в данной цепочке обязательств, проявлять осторожность в отношении платежа по гарантии исполнения, если, по имеющейся у него информации, имеется явное доказательство того, что требование бенефициара носит обманный характер, поскольку именно эта сторона, расположенная в конце цепочки обязательств, может в конечном счете понести ущерб" 143/.

100. Наличие обязанности воздерживаться от платежа по требованию, представляющему собой злоупотребление, отвергалось в целом ряде решений на основании того, что нарушение обязанности может заключаться в требовании выплаты возмещения или в дебетовании счета принципала, но не в самом акте платежа бенефициару и что принципалу не наносится какого-либо ущерба, поскольку гарант не имеет права на получение возмещения, если он осуществил платеж по требованию, которое представляет собой явное злоупотребление 144/. Еще одно соображение, лежащее в основе таких решений, прежде всего связано с независимым характером обязательства гаранта и положением банка.

b) Невосстановимый ущерб и распределение преимуществ

101. Решения, упомянутые в предыдущем пункте, исходят из принципа "сначала уплати, затем оспаривай", а также из абстрактного или независимого характера обязательства гаранта и основаны на том, что гарант должен самостоятельно ("автономно") принять решение о том, осуществлять или не осуществлять платеж, не руководствуясь при этом инструкциями принципала. Судебный запрет против гаранта будет затрагивать взаимоотношения, стороной которых принципал не является, и такой судебный запрет будет противоречить интересам бенефициара, который не участвует в предварительном разбирательстве и таким образом не в состоянии привести свою аргументацию.

102. Вышеуказанные соображения были выдвинуты в некоторых других судах в обоснование необходимости максимальной осторожности в ходе предварительного разбирательства. Один английский судья, например, отнюдь не отрицая обязанности гаранта отказать в платеже по требованию, носящему характер явного обмана, счел запретительные судебные приказы нецелесообразной мерой, поскольку они затрагивали обязательства банка и поскольку принципал в случае невыполнения таких обязанностей мог защитить свои интересы, потребовав от банка возмещения ущерба 145/. Дополнительными соображениями, которые выдвигались в других решениях, а также в комментариях правоведов, является возможная угроза международной репутации банка, возможность ответных мер против иностранных отделений, а также возможность принятия иностранными судами решений, приводящих к коллизии норм права.

103. Тот факт, что большинство судов, включая суды Германии, Бельгии и Англии, как правило, не отрицают возможность вынесения приказов о приостановлении платежа, отнюдь не означает, что они считают все вышеизложенные соображения несущественными. В зависимости от конкретных

142/ E.g. Bundesgerichtshof, 12 марта 1984 года, Wertpapier-Mitteilungen 1984, 684.

143/ United Trading v. Allied Arab Bank, C.A., [1985] 2 Lloyd's Rep. 560 (per Ackner, L.J.).

144/ Oberlandesgericht Stuttgart, 11 февраля 1981 года, Wertpapier-Mitteilungen 1981, 631; Oberlandesgericht Frankfurt, 27 апреля 1987 года, Wertpapier-Mitteilungen 1988, 1480; аналогичные решения в Tribunal de Commerce de Bruxelles, 7 ноября 1988 года, Dalloz 1989 Somm. 148.

145/ R.D. Harbottle (Mercantile) Ltd. v. National Westminster Bank Ltd., Q.B., [1977] 2 All.E.R. 862 (per Kerr, J.).

обстоятельств соответствующих случаев некоторые из этих соображений способствовали вынесению решений об отказе в судебном запрете, в частности в случаях, связанных с косвенными гарантиями. Тем не менее эти соображения не рассматривались в качестве оправдывающих категорический отказ в вынесении запретительного судебного решения. Основополагающим доводом является тот же довод, который упоминался в отношении оснований для иска (см. пункты 99-100 выше), а именно наличие факта обмана или злоупотребления.

104. Независимый характер обязательства гаранта - подобно признанию исключения на основании обмана в материальном праве - не является непреодолимым препятствием, когда возникает проблема процессуальной защиты. О соответствии с нормами материального права свидетельствует единообразие судебной практики по вопросу об отказе в вынесении приказов о приостановлении платежа на основании всех других фактов, относящихся к основной сделке, помимо фактов, признанных в качестве основы для установления явного обмана или злоупотребления.

105. Что касается положения банка и любых возможных отрицательных последствий для его репутации, то было признано, что гарант оказывается перед определенной дилеммой, поскольку, с одной стороны, ему необходимо выполнить обязательство перед бенефициаром, а с другой стороны - учитывать интересы принципала. Тем не менее в случае явного обмана или злоупотребления было бы нецелесообразно и несправедливо односторонне защищать интересы бенефициара или же предоставлять гаранту для поддержки его репутации автономные полномочия в отношении осуществления платежа, несмотря на наличие бесспорных доказательств обмана или злоупотребления со стороны бенефициара 146/. Как отметил один английский судья (см. пункт 23 выше), "неправомерное использование для целей обмана" аккредитивов и гарантий исполнения "не может отвечать интересам международной торговли или банковского дела в целом". Кроме того, судебный приказ о приостановлении платежа наносит репутации банка меньший ущерб, чем решение самого банка не осуществлять платеж.

106. Что касается утверждения о том, что принципал якобы не заинтересован в приостановлении платежа, поскольку он не несет ущерба в случае неправомерного платежа (см. пункт 100 выше), то в ответ выдвигаются следующие соображения 147/. Ущерб принципалу наносится еще до того, как гарант просит выплатить возмещение, поскольку сам факт платежа бенефициару отрицательно влияет на правовое положение принципала. Если принципал, например, имеет счет у гаранта, то в результате дебетования этого счета стороны меняются своими ролями в процедурном плане. Принципал оказывается в таком же неблагоприятном с процессуальной точки зрения положении в любом разбирательстве о возмещении ущерба со стороны гаранта. В любом случае, если принципал впоследствии сможет доказать факт обмана или злоупотребления со стороны бенефициара, однако не докажет, что банк был об этом осведомлен, принципал понесет ущерб, которого можно было бы избежать 148/.

107. Что касается выше изложенного возражения (пункт 101), связанного с тем, что бенефициар не участвует в предварительном разбирательстве в отношении приказа о приостановлении платежа, то можно отметить, что по меньшей мере один суд вынес решение об отсутствии правового интереса принципала до тех пор, пока он не начал параллельное предварительное разбирательство против бенефициара 149/, и что, по некоторым данным, преобладающей практикой в Нидерландах является требование о вынесении судебных запретов как против гаранта, так и против бенефициара 150/. Хотя неучастие бенефициара, как правило, не рассматривается в качестве категорического возражения в отношении предварительного разбирательства против гаранта, оно может приобрести существенное значение при оценке доказательств, представленных принципалом. В одном английском деле, которое упоминалось ранее (пункты 23, 49 и 99), суд, например, не счел себя вправе выносить сколько-нибудь жесткое определение о виновности на основании молчания бенефициара, поскольку такое молчание могло быть обусловлено вполне понятным желанием не передавать дело на рассмотрение какого-либо другого суда, помимо суда, указанного по основной сделке 151/.

146/ E.g. von Westphalen ibid. (примечание 87) pp. 286-288.

147/ Ibid. pp. 292-294.

148/ E.g. Bertrams, ibid. (примечание 40) p. 345.

149/ Landgericht Dortmund, 5 апреля 1988 года, Wertpapier-Mitteilungen 1988, 1695.

150/ Bertrams, ibid. (примечание 40) p. 347.

151/ United Trading v. Allied Arab Bank, C.A. [1985] 2 Lloyd's Rep. 565 (per Ackner, L.J.).

B. Запретительные приказы против бенефициара

108. Судебные приказы, запрещающие бенефициару требовать или получать платеж или обязующие его отзывать свое требование, не вызывают, как представляется, каких-либо особых возражений 152/. Хотя необходимо признавать независимый характер обязательства гаранта, вышеизложенные соображения, касающиеся положения банка и его взаимоотношений с принципалом, не имеют отношения к такого рода приказам, ограничивающим права.

109. Тем не менее следует упомянуть два процессуальных момента, вытекающих из того факта, что коммерческое предприятие бенефициара расположено в какой-либо другой стране помимо страны принципала. Поскольку обычно суды в месте коммерческих предприятий или местожительства стороны, против которой испрашивается судебный запрет, являются вполне компетентными с точки зрения таких мер 153/, представляется сомнительным, что за запретительным приказом можно обратиться в суд другой страны; это, по-видимому, возможно по меньшей мере в некоторых правовых системах, где в соответствии с вышеупомянутой процедурой (пункт 107) представляется просьба о вынесении судебного запрета против гаранта и против бенефициара, выступающего в качестве соответчиков.

110. Второй момент, который также возникает в связи с приказом о приостановлении платежа, вынесенном в отношении иностранного гаранта, состоит в том, будет ли суд, если он вообще обладает соответствующей компетенцией, воздерживаться от вынесения судебного запрета на основании того, что его признание за рубежом маловероятно. В процессуальном праве и в практике судов различных правовых систем существуют, как представляется, значительные различия 154/ не только в отношении значения иностранного признания по таким вопросам, как правовой интерес принципала или распределение преимуществ, но также по таким конкретным вопросам, как возможность вынесения судебного запрета без каких-либо санкций, которые в любом случае не могут быть осуществлены в принудительном порядке за рубежом 155/.

C. Наложение ареста и аналогичные меры

111. Принципал может попытаться не дать бенефициару получить выгоду от обмана или злоупотребления за счет наложения ареста на его платежное требование против гаранта. Не вдаваясь на данном этапе в детали различных процессуальных требований для принятия такого рода мер в различных правовых системах, можно отметить, что такие попытки редко приводили к успеху.

112. Хотя просьба о наложении ареста, как правило, отклоняется на тех же основаниях, что и просьба о вынесении приказа о приостановлении платежа, т.е. на основании того, что принципал не доказал факт явного обмана или злоупотребления в качестве основания для своего требования, реализацию которого он стремится обеспечить за счет наложения ареста на платежное требование бенефициара или за счет блокирования средств, препятствия, наиболее часто возникающие в различных правовых системах, как правило, носят более общий характер. Суд, например, может исходить из того, что принципал, как и в соответствующих случаях с товарными аккредитивами, косвенно отказался от права предотвратить исполнение обязательства гаранта путем наложения ареста 156/, или же просьба принципала о наложении ареста может рассматриваться как неизбежно лишенная какого-либо основания, поскольку платежное требование, на которое он просит наложить арест, является, исходя из утверждений самого принципала, несуществующим или лишенным силы или же поскольку, исходя из тех же утверждений, принципал не может предъявлять каких-либо требований бенефициару о возмещении ущерба 157/.

152/ E.g. Bertrams, ibid. (примечание 40) p. 338.

153/ E.g. Richter, ibid. (примечание 46) p. 283.

154/ E.g. Bertrams, ibid. (примечание 40) pp. 349-350, 360-361.

155/ E.g. von Westphalen ibid. (примечание 87) pp. 305-306.

156/ E.g. Vasseur, ibid. (примечание 42) p. 377.

157/ E.g. von Westphalen ibid. (примечание 87) pp. 309-317.

D. Предварительные заключения

113. Можно отметить, что унифицированный закон, по-видимому, не сможет выполнить функции по обеспечению определенности и единообразия правовых норм, если исключение на основании обмана будет рассматриваться в нем лишь с точки зрения материального права без учета вопросов судебных запретов и аналогичных судебных мер; тем не менее, по-видимому, нет необходимости рассматривать вопрос о блокировании обязательств. Первый довод в пользу этого связан с тем фактом, что, как отмечалось выше (пункт 90), вопрос об обмане или злоупотреблении имеет прежде всего практическое значение для предварительного разбирательства. Между тем, второй довод, имеющий не менее важное значение, может быть связан с необходимостью рассмотрения довольно сложной взаимосвязи между факультативным отказом от платежа со стороны гаранта и участием судов при вынесении судебных запретов, о котором упоминалось ранее (например в пункте 28) и которое рассматривается в разделе 5-114 ЕТК (пункт 12).

114. При разработке соответствующих положений унифицированного закона Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание следующие соображения. Хотя могут возникнуть сомнения в отношении целесообразности попыток добиться определенной унификации в области процессуального права, эти сомнения, по-видимому, следует преодолеть в целях обеспечения определенности и единообразия в применения гарантийных писем как подлинно международных документов. Для достижения этой цели необходимо разработать положения по таким вопросам, как критерии доказательства и приемлемые средства доказывания, основания для иска в качестве основы судебных запретов, соображения, определяющие риск нанесения серьезного ущерба и распределение преимуществ или аналогичные факторы, целесообразность требования от принципала обеспечения или выплаты суду суммы, являющейся предметом спора. Кроме того, необходимо рассмотреть вопросы о компетенции судов и признании судебных запретов, причем это может быть сделано в связи с рассмотрением положений о коллизии норм права и юрисдикции (A/CN.9/WG.II/WP.71).

2. Независимые гарантии и резервные аккредитивы: дальнейшее обсуждение вопросов, относящихся к унифицированному закону: коллизия норм права и юрисдикция: записка секретариата (A/CN.9/WG.II/ WP.71) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

	Пункты	Страница
ВВЕДЕНИЕ	1-4	589
I. ВОЗМОЖНЫЕ КОЛЛИЗИОННЫЕ НОРМЫ	5-43	589
A. Отличие от нормы о территориальной сфере применения	5-9	589
B. Взаимоотношения, регулируемые коллизионными нормами	10-12	590
C. Определение применимого права	13-35	591
1. Свобода сторон выбирать применимое право	16-21	591
2. Определение применимого права в отсутствие выбора сторон	22-35	593
a) Основной критерий: место коммерческого предприятия гаранта	23-27	593
b) Возможные уточнения для случаев, связанных с участием нескольких банков	28-35	594
D. Сфера действия применимого права	36-43	596
II. ЮРИСДИКЦИЯ	44-58	598
A. Положение об арбитраже или суде	46-50	598
B. Определение юрисдикции в отсутствие выбора сторон	51-55	599
C. Возможность расширения нормы о юрисдикции для охвата принципала	56-58	600

ВВЕДЕНИЕ

1. Настоящая записка о коллизии норм права и юрисдикции является четвертой в серии записок, посвященных рассмотрению возможных вопросов, относящихся к унифицированному закону о независимых гарантиях и резервных аккредитивах. В третьей записке, которая также представляется на рассмотрение Рабочей группы в ходе ее пятнадцатой сессии, рассматриваются вопросы обмана и других возражений против платежа, запретов и других судебных мер (A/CN.9/WG.II/WP.70). Вопросы, рассматриваемые в первой записке, т.е. основная сфера применения унифицированного закона, автономия сторон и ее пределы и правила толкования (A/CN.9/WG.II/WP.65) были обсуждены Рабочей группой в ходе ее тринадцатой сессии (A/CN.9/330). Вопросы, рассматриваемые во второй записке, т.е. внесение поправок, передача прав, истечение срока действия и обязательства гаранта (A/CN.9/WG/II/WP.68) были обсуждены Рабочей группой в ходе ее четырнадцатой сессии (A/CN.9/342).

2. На своей двенадцатой сессии (A/CN.9/316, пункты 163-171) Рабочая группа отметила, что в контексте вопроса о международных гарантиях и товарных аккредитивах могут возникать вопросы о применимом праве и юрисдикции. Хотя высказывались отдельные сомнения, Рабочая группа согласилась, что в унифицированном законе в дополнение к вопросу об определении его собственной территориальной сферы применения должен быть рассмотрен вопрос о применимом праве. Рабочая группа рассмотрела также основу и сферу действия положений об урегулировании споров. В отношении необходимости регламентировать в унифицированном законе вопрос о юрисдикции суда в тех случаях, когда в гарантии не содержится ни положения об арбитраже, ни положения о выборе суда, мнения в Рабочей группе разделились.

3. Рабочая группа согласилась, что вопросы, касающиеся применимого права, арбитража и юрисдикции суда, требуют дальнейшего рассмотрения и изучения. Поскольку затрагиваются трудные вопросы коллизии норм права, было предложено, чтобы секретариат в ходе своей подготовительной работы проконсультировался с Конференцией по международному частному праву в Гааге.

4. С учетом этого предложения в консультации с заместителем Генерального секретаря Гаагской конференции была подготовлена настоящая записка 1/. Эта записка основана на выводах и предварительных заключениях двенадцатой сессии Рабочей группы, и в ней учтены результаты проведенных ранее на этой сессии обсуждений Рабочей группы (A/CN.9/316, пункты 111-120) по соответствующим статьям проекта унифицированных правил для гарантий МТП (УПГ).

I. ВОЗМОЖНЫЕ КОЛЛИЗИОННЫЕ НОРМЫ

A. Отличие от нормы о территориальной сфере применения

5. В ходе обсуждения проекта статьи 1 унифицированного закона на четырнадцатой сессии Рабочей группы было отмечено, что решение о территориальной сфере применения унифицированного закона будет в некоторых отношениях зависеть от того, будет ли унифицированный закон в конечном итоге принят в форме конвенции или в форме типового закона. В последнем случае этот вопрос может быть решен с помощью коллизионных норм, которые, вероятно, будут включены в типовой закон (A/CN.9/342, пункт 16). Можно добавить, что коллизионные нормы могут быть включены в унифицированный закон даже в том случае, если он будет принят в форме конвенции.

6. Поскольку еще не решено, будет ли унифицированный закон в конечном итоге принят в форме конвенции или же в форме типового закона, необходимо учитывать оба варианта при рассмотрении вопроса о целесообразности включения в унифицированный закон коллизионных оговорок и,

---

1/ Секретариат выражает свою признательность заместителю Генерального секретаря, который любезно согласился высказать свои замечания и рекомендации, несмотря на имевшиеся у него оговорки относительно включения коллизионных норм в текст унифицированного закона, по меньшей мере в связи с тем, что он будет приниматься в виде типового закона. По его мнению, лишь отдельная конвенция о праве, применимом к банковским гарантиям и резервным аккредитивам, могла бы достаточно подробно регулировать те многообразные вопросы, которые связаны, в частности, с положениями о методах и пределах выбора права и с четким определением сферы действия применимого права. Исходя из практически универсально признанной коллизионной привязки (т.е. местонахождение коммерческого предприятия гаранта), он считает, что вопрос о применимом праве необходимо и целесообразно будет регулировать лишь в том случае, если будет использована, как он предлагает, другая коллизионная привязка, учитывающая общие социально-экономические условия договорных взаимоотношений, по которым предоставляется гарантия (см. пункт 35).

возможно, в дополнение к этому, нормы о территориальной сфере применения. При рассмотрении этих вопросов следует учитывать различия в целях и действии положений коллизионного права и нормы о территориальной сфере применения.

7. В отличие от коллизионных положений действие нормы о территориальной сфере применения ограничено в двух отношениях. Во-первых, такая норма охватывает лишь те фактические международные ситуации, которые территориально связаны с соответствующим государством, т.е. с договаривающимся государством или государствами в случае конвенции или государством, принимающим законодательство, основанное на типовом законе. Именно ввиду такого действия норма о территориальной сфере применения менее характерна и оправдана в типовом законе, чем в конвенции. Во-вторых, норма о территориальной сфере применения касается исключительно положений юридического текста, частью которого она является.

8. В отличие от этого коллизионная норма, во-первых, предназначена для регулирования всех фактических международных ситуаций соответствующего характера, независимо от того, связаны ли они территориально с государством, применяющим такую норму. Поскольку те фактические ситуации, которые территориально связаны с данным государством, охватываются данной нормой, было бы нецелесообразно включать в типовой закон в дополнение к всеобъемлющей коллизионной норме норму о его территориальной сфере применения. Во-вторых, коллизионная норма, включенная в унифицированный закон, отнюдь не обязательно будет применяться лишь в отношении вопросов, которые регламентируются в унифицированном законе, а скорее будет охватывать все вопросы, которые в самой коллизионной норме определяются в качестве так называемой области или сферы действия применимого права.

9. В связи с этим можно напомнить, что при рассмотрении существовавшей в то время статьи 27 проекта ЮПГ ("Если в гарантии не предусматривается иное, применимым правом является право местонахождения коммерческого предприятия гаранта...") было высказано мнение о том, что толкование вопроса о применимом праве в данном проекте статьи является неполным и неточным, и поднимались вопросы о том, какие отношения, возникающие в связи с гарантией, охватываются положениями данной статьи (A/CN.9/316, пункты 112 и 113).

B. Взаимоотношения, регламентируемые колизионными нормами

10. Что касается взаимоотношений, для которых в унифицированный закон можно включить коллизионные нормы, то, по-видимому, абсолютно ясно, что основное внимание следует уделить взаимоотношениям между гарантом и бенефициаром. Эти взаимоотношения могут возникать в соответствии с прямым гарантийным письмом (выданным по просьбе принципала) или в соответствии с косвенным гарантийным письмом (выданным по поручению предписывающей стороны, действующей по просьбе принципала). Другие взаимоотношения между гарантом и бенефициаром, которые нуждаются в регламентации, возникают между встречным гарантом и его бенефициаром, который сам выдает гарантийное письмо конечному бенефициару. Коллизионные нормы для взаимоотношений между гарантом и бенефициаром будут применяться также и в отношении подтверждающего гаранта и гарантов по множественным или синдицированным гарантийным письмам, причем применительно к этим случаям следует рассмотреть вопрос о целесообразности включения в типовой закон четкого положения по данному вопросу. Возможность включения коллизионных норм по всем таким видам гарантов в одно положение в значительной степени зависит от целесообразности применения в отношении всех таких видов гарантов, в отсутствие выбора права заинтересованными сторонами, одной и той же коллизионной привязки (например, местонахождение коммерческого предприятия гаранта) (см. пункты 22-34 ниже).

11. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности включения в унифицированный закон коллизионной нормы по любым другим взаимоотношениям, например между принципалом и гарантом, принципалом и предписывающей стороной, предписывающей стороной и гарантом (помимо их взаимоотношений по встречному гарантийному письму) или гарантом-эмитентом и подтверждающим гарантом, или даже по основным взаимоотношениям между принципалом и конечным бенефициаром. Если какое-либо из этих взаимоотношений (например, взаимоотношения между принципалом и гарантом) будет регламентироваться положениями существа унифицированного закона, то представляется целесообразным включить также и коллизионную норму для таких взаимоотношений. Как отмечалось выше (см. пункт 8 выше), взаимоотношения и вопросы, охваченные коллизионной нормой, отнюдь не обязательно должны совпадать с взаимоотношениями и вопросами, которые регламентируются в существенных положениях унифицированного закона. Тем не менее может показаться странным, если в унифицированном законе будет содержаться коллизионная норма, касающаяся взаимоотношений, которые не регламентируются положениями существа, в отсутствие каких-либо специальных доводов в пользу ее включения. Такими доводами может служить наличие серьезных проблем, связанных с коллизией норм права в рамках

таких взаимоотношений, или же стремление унифицировать коллизионную норму либо для двух видов взаимоотношений между одними и теми же сторонами (например, по встречному гарантийному письму и гарантийному соглашению между предписывающей стороной и гарантом; см. пункты 28 и 29 ниже), либо даже для всех вышеупомянутых взаимоотношений, с тем чтобы охватить во всей совокупности социально-экономическую ситуацию, элементом которой является данное гарантийное письмо (см. пункт 35 ниже).

12. После того как Рабочая группа примет решение о взаимоотношениях, на которые должны распространяться коллизионные нормы в унифицированном законе, она, возможно, пожелает обсудить и решить вопрос о том, какое право должно считаться применимым, а затем определить сферу действия такого права (см. пункты 36-43 ниже).

C. Определение применимого права

13. Что касается определения применимого права, то на своей двенадцатой сессии Рабочая группа согласилась, что будущие положения унифицированного закона должны состоять из двух элементов: признание автономии сторон в отношении выбора применимого права и определение применимого права в случае, если стороны не достигнут согласия (A/CN.9/316, пункт 164).

14. Эти два элемента, как представляется, содержатся в нынешнем тексте положения УПГТ о коллизии норм права. Статья 27 проекта гласит следующее:

> "Если в гарантии или во встречной гарантии не предусматривается иное, основным правом является право страны местонахождения коммерческого предприятия гаранта или предписывающей стороны (в зависимости от конкретного случая), или, если гарант или предписывающая сторона имеет более одного коммерческого предприятия, право страны местонахождения отделения, выдавшего гарантию или встречную гарантию" 2/.

15. Тем не менее вследствие договорного характера УПГТ действие этой нормы существенно отличается от действия положения унифицированного закона, даже если они и содержат идентичные формулировки. Поскольку УПГТ являются договорными нормами, второй элемент не обеспечивает окончательного определения применимого права, предоставляя лишь дополнительную возможность выбора (по аналогии с общими условиями или стандартными формами) в случае, если стороны не смогут сделать конкретного выбора. Другое отличие состоит в том, что также вследствие договорного характера УПГТ любой выбор будет подпадать под действие права, которое ограничивает автономию сторон или устанавливает требования в отношении формы или методов достижения сторонами соглашения. В отличие от этого унифицированный закон вследствие своего статутного характера будет обеспечивать окончательное определение и может устанавливать любые такие ограничения или требования.

1. Свобода сторон выбирать применимое право

16. На своей двенадцатой сессии Рабочая группа достигла согласия, что любое будущее правило, касающееся автономии сторон, должно предусматривать, будет ли выбранное сторонами право иметь отношение к сделке по гарантии или аккредитиву, или свобода выбора будет неограниченной (A/CN.9/316, пункт 166). В пользу требования о наличии такой связи свидетельствуют некоторые законы стран общего права и римского права, в соответствии с которыми автономия сторон, как правило, ограничивается требованием в отношении наличия определенной связи (например разумного отношения) с данными договорными взаимоотношениями 3/.

2/ Пересмотренный текст Унифицированных правил для гарантий по требованию, документы МТП № 460/470-1/19 BIS и 460/470-10/1 BIS от 8 февраля 1991 года; этот текст является самым последним вариантом существовавшего ранее проекта Унифицированных правил для гарантий МТП, который был рассмотрен Рабочей группой на ее двенадцатой сессии (A/CN.9/316).

3/ Pelichet, Garanties bancaires et conflits de lois, Revue de droit des affaires internationales 1990, 338 (упоминаются законы Испании, Польши и Португалии и дается ссылка на прецедентное право Соединенных Штатов и других стран общего права).

17. Тем не менее более широкое распространение в последнее время получила позиция в пользу неограниченной автономии сторон, о чем свидетельствует, например, Конвенция о праве, применимом к договорным обязательствам (Рим, 1980 год). Первое предложение статьи 3(1) этой Конвенции гласит следующее: "Договор регулируется правом, выбираемым сторонами". Столь либеральная позиция представляется особенно убедительной в отношении гарантийного письма как международного торгового или финансового документа, независимо от того, классифицируется ли он как взаимный или односторонний договор или же как договор за печатью в соответствии с торговым правом. Кроме того, на практике вряд ли возникнет существенная потребность в ограничении автономии сторон, поскольку весьма маловероятно, что гарант будет включать в гарантийное письмо положение о таком выборе права, которое не будет иметь какого-либо отношения к данной конкретной сделке.

18. Другие вопросы, которые необходимо учитывать при разработке соответствующей нормы об автономии сторон, связаны с формой и методами выбора права сторонами. На двенадцатой сессии внимание было обращено на вопрос о влиянии концепции или характера гарантий в том смысле, что трудно обеспечить согласованный выбор, если гарантия представляет собой одностороннее обязательство, даже если гарант включил в нее положение о выборе права на основании просьбы или с согласия бенефициара или принципала. В ответ было заявлено, что положение о выборе права, по крайней мере с практической точки зрения, в той или иной гарантии должно действовать без необходимости исследования характера и происхождения данной гарантии (A/CN.9/316, пункт 166). Можно отметить, что даже с правовой точки зрения не существует каких-либо серьезных препятствий включению положения о выборе права в гарантийное письмо, даже если обязательство гаранта квалифицируется как одностороннее. В любом случае положение о выборе права является лишь одним из условий гарантийного письма и, как правило, отнюдь не самым важным. Поэтому его следует рассматривать так же, как и гарантийное письмо в целом, вопрос о составлении которого обсуждался Рабочей группой при рассмотрении проекта статьи 7 (A/CN.9/342, пункты 62-67).

19. Другой вопрос, который необходимо рассмотреть, заключается в том, следует ли признавать лишь явно выраженный выбор, или же такой выбор может подразумеваться или определяться, исходя из условий гарантийного письма или же связанных с ним обстоятельств. В Римской конвенции 1980 года в связи с этим предусматривается, что "такой выбор должен быть выражен или вытекать с разумной определенностью из условий договора или обстоятельств дела" (статья 3(1)). Аналогичным образом статья 7(1) Гаагской конвенции 1986 года о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, предусматривает, что "соглашение сторон о таком выборе должно быть явно выражено или прямо вытекать из условий договора и поведения сторон, рассматриваемых в их совокупности". В предшествующей конвенции 1955 года был применен еще более ограниченный подход, и в статье 2 предусматривалось, что указание на такой выбор "должно быть прямо выражено или же недвусмысленно вытекать из положений договора".

20. Еще один возможный подход был использован - в несколько иных условиях, предусматривающих исключение применения Конвенции, - в статье 6 Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров ("Стороны могут исключить применение настоящей Конвенции..."). Хотя такая формулировка не предусматривает конкретного положения, в связи с ней тем не менее может возникнуть неопределенность в двух отношениях. В отличие от положений, упомянутых в качестве примера в пункте 19, она не содержит каких-либо указаний на то, какого рода подразумеваемый или иным образом прямо не выраженный выбор будет признаваться, и может быть даже неправильно истолкована, как требующая конкретного положения. Вторая из этих проблем может, в частности, возникнуть, если будет использован подход, изложенный в проекте статьи 27 УПГТ ("Если в гарантии не предусмотрено иное...").

21. Независимо от того, какой подход будет согласован Рабочей группой, можно было бы рассмотреть вопрос о включении в унифицированный закон указания на то, что ни одно положение о выборе права по другим взаимоотношениям (например, между принципалом и гарантом, принципалом и бенефициаром, принципалом и предписывающей стороной или предписывающей стороной и гарантом) не имеет отношения к вопросу о праве, применимом к взаимоотношениям между гарантом и бенефициаром. Такое указание, хотя оно и не является обязательным с технической точки зрения, могло бы содействовать более четкой констатации независимости гарантийного письма в контексте коллизионного права. Если такого рода разъясняющее указание будет сочтено целесообразным, оно не должно ограничиваться вопросом выбора права сторонами, а должно охватывать также определение применимого права на основе соответствующего объективного критерия или коллизионной привязки.

2. Определение применимого права в отсутствие выбора сторон

22. Что касается возможного содержания нормы, определяющей применимое право в случае, если стороны не достигнут согласия, то на двенадцатой сессии было отмечено, что самым общим решением представляется выбор законодательства страны гаранта. Было предложено следовать этому подходу в унифицированном законе; однако следует подумать о том, удовлетворяет ли это решение интересам всех сторон при всех обстоятельствах (A/CN.9/316, пункт 167).

a) Основной критерий: место коммерческого предприятия гаранта

23. В настоящее время практически не существует каких-либо статутных норм коллизионного права, касающихся непосредственно банковских гарантий или резервных аккредитивов. Одним из редких исключений является Закон о коллизии норм права Югославии 1982 года. Статья 20(17) этого закона гласит следующее:

"В отсутствие выбора применимого права сторонами и если обстоятельства дела не указывают на какое-либо другое право, договор о независимой банковской гарантии регулируется законом той страны, в которой в момент заключения контракта находится коммерческое предприятие гаранта".

24. Другим примером является статья 117 Федерального закона Швейцарии 1987 года о международном частном праве, которая гласит следующее:

"1. В отсутствие выбора права договор регулируется правом страны, с которой он наиболее тесно связан.

2. Предполагается, что наиболее тесная связь существует с той страной, где сторона, которая должна осуществить исполнение главного обязательства, имеет постоянное местожительство или, если договор заключается в ходе профессиональной или коммерческой деятельности, свое коммерческое предприятие.

3. Исполнением главного обязательства является, в частности:

.....

e) в договорах о гарантиях или поручительстве, исполнение обязательства гарантом или поручителем".

25. В большинстве правовых систем аналогичный результат дают коллизионные нормы, которые применяются в целом к договорам или обязательствам. Несмотря на различия критериев или концепций (например, наиболее тесная связь, главное обязательство или его исполнение, профессиональная деятельность, исполнение или выполнение условий договора (lex solutionis)), решение данного вопроса применительно к взаимоотношениям гаранта и бенефициара практически повсеместно одинаково: право страны местонахождения коммерческого предприятия гаранта 4/.

26. Тем не менее наблюдается меньшее единообразие применительно к взаимоотношениям между встречным гарантом и гарантом, а также в тех случаях, когда банк-корреспондент выступает в качестве авизирующего банка или посредника в платежах. Такие ситуации, которые могут потребовать исключений или уточнений, рассматриваются позже (см. пункты 28-34 ниже).

27. Во всех обстоятельствах, когда требуется коллизионная привязка, она должна быть применимой в тех случаях, когда гарант имеет более одного коммерческого предприятия. В данном случае статья 27 УПГТ предусматривает, что преобладающим правом является "право страны местонахождения отделения, выдавшего гарантию..." (см. пункт 14 выше). Если такое же решение будет принято в унифицированном законе, термин "отделение", по-видимому, не будет использоваться, поскольку он может быть неправильно истолкован, по меньшей мере на английском языке, как исключающий главную контору или основное коммерческое предприятие гаранта. Вместо этого можно было бы ссылаться на "местонахождение коммерческого предприятия, где было выдано гарантийное письмо".

4/ Более подробно см. Pelichet, ibid., pp. 338-345.

b) Возможные уточнения для случаев, связанных с участием нескольких банков

28. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, нуждается ли вышеизложенная основная норма в уточнении в тех случаях, когда помимо одного гаранта в сделке участвует второй банк либо в качестве другого гаранта, либо в качестве авизирующего банка, либо в качестве посредника в платежах. Наиболее широкое распространение получили случаи выдачи косвенных гарантийных писем, т.е. писем, по которым предписывающая сторона предоставляет встречную гарантию. Поскольку коммерческие предприятия гаранта и встречного гаранта/предписывающей стороны, как правило, расположены в различных государствах, эти два гарантийные письма будут регулироваться различными законами, в которых может применяться различный режим, например в отношении наступления момента истечения срока действия или других условий, определяющих соответствие требования конечного бенефициара условиям гарантии. Другим источником затруднений может оказаться тот факт, что отдельное соглашение о компенсации или возмещении убытков, хотя оно непосредственно служит той же цели, что и встречное гарантийное письмо, как правило, регулируется правом эмитента косвенного гарантийного письма как получателя инструкций в силу норм коллизионного права в отношении договоров или посреднических услуг.

29. Предложения, направленные на то, чтобы избежать таких затруднений путем применения одного права, например права эмитента косвенного гарантийного письма 5/, не получили широкой поддержки главным образом из-за того, что применение более одного права рассматривается в качестве неизбежного следствия независимого характера обязательства встречного гаранта 6/. Хотя цель подобного обязательства состоит в том, чтобы гарантировать эмитенту косвенного гарантийного письма возмещение суммы его платежа по соответствующему условиям гарантии требованию конечного бенефициара, право, определяющее соответствие такого требования, имеет лишь косвенное значение (как факт) для решения вопроса о платежном обязательстве встречного гаранта в соответствии с правом, применимым к встречному гарантийному письму. Если заключено отдельное соглашение о компенсации или возмещении расходов, эмитент косвенного гарантийного письма в любом случае будет иметь два основания для исков против встречного гаранта/предписывающей стороны, причем зачастую различного содержания, например в отношении суммы возмещения. Можно отметить также, что любой банк, желающий применять одно право, может получить такой результат за счет соответствующего положения о выборе права. Наконец, разработка унифицированного закона и его принятие многими государствами будет способствовать уменьшению числа нерешенных проблем.

30. Переходя теперь к менее частым ситуациям, когда авизирующий банк в другом государстве выступает в качестве подтверждающего гаранта, авизирующего или уведомляющего банка или посредника в платежах, можно сослаться на последний обзор английских прецедентов, связанных с вопросами коллизионного права применительно к товарным аккредитивам, резервным аккредитивам и банковским гарантиям 7/. Автор приходит к выводу о том, что существует весьма сильная презумпция того, что за исключением взаимоотношений между заявителем и банком-эмитентом, все аспекты аккредитива регулируются правом того места, где авизирующий банк осуществляет свои коммерческие операции; эта презумпция не применяется в том случае, если право авизирующего банка исключается в положении о выборе права или с учетом обстоятельств сделки.

5/ E.g., Bertrams, Bank Guarantees in International Trade (Amsterdam 1990) p. 380; Richter, Standby Letter of Credit (Zürich 1990) p. 98.

6/ E.g., Dohm, Bankgarantien im internationalen Handel (Bern 1985) p. 145; Kleiner, Bankgarantie (4th ed., Zürich 1990) p. 252.

7/ Schmitthoff, Conflict of laws issues relating to letters of credit: an English perspective, in: Current Problems of International Trade Financing (2nd ed. by Ho/Chan, Singapore 1990) pp. 103-114. В этом же издании в статье Gopal, English courts and choice of law in irrevocable documentary letters of credit (pp. 115-136) дается критическая оценка решений судов Англии и отмечается последовательное применение принципа lex fori.

31. В случае, когда авизирующий банк подтверждает обязательство гаранта-эмитента, применение другого права может привести к тому, что платежное обязательство гаранта-эмитента будет рассматриваться иначе, чем обязательство подтверждающего гаранта, даже если оно будет выражено идентичными формулировками. Любое такое различие можно расценивать как нежелательное с учетом того факта, что в отличие от встречного гарантийного письма в данном случае оба платежных обязательства взяты в пользу одного и того же бенефициара. Поэтому, если стремиться к применению одного права, то преимуществом вышеупомянутой презумпции в пользу права авизирующего/подтверждающего гаранта будет указание на ту страну, где платеж наиболее вероятно будет востребован, а также приведение права, регулирующего оба платежных обязательства в соответствие с тем правом, которое наиболее вероятно будет регулировать межбанковские отношения. Тем не менее можно еще раз отметить, что применение более одного права является следствием независимого характера обязательств, что банки могут избежать этого в результате применения соответствующего положения о выборе права и что унифицированный закон, как ожидается, позволит смягчить нерешенные проблемы.

32. Следует отметить, что еще меньше оправдано применение в отношении обязательства гаранта-эмитента права авизирующего банка, который лишь извещает или уведомляет о гарантийном письме. Вопрос, который тем не менее можно было бы рассмотреть, состоит в том, должен ли унифицированный закон содержать отдельную норму о праве, применимом к вопросам, касающимся обязательств авизирующего банка, или же по меньшей мере определять, подпадают ли эти вопросы под действие права, применимого к гарантийному письму (см. пункт 38 ниже).

33. Иными соображениями можно руководствоваться в тех случаях, когда получение и рассмотрение платежного поручения, а также осуществление платежа от имени гаранта-эмитента поручено какому-либо второму банку. Такая ситуация, по-видимому, лежит в основе тех английских прецедентов в отношении неподтверждающих авизирующих банков, на которых основана вышеупомянутая презумпция в пользу права авизирующего банка (в одном из наиболее показательных случаев, взятых за основу в ходе обзора, банк, через который предполагалось осуществить платеж, фактически не являлся авизирующим банком 8/). Основной довод состоял в том, что место, где банк обязан выполнить свое обязательство в соответствии с аккредитивом, определяет надлежащее право, применимое к данному аккредитиву 9/. Как было отмечено в одном деле о банковской гарантии, связанном с судебным запретом, и с точки зрения плательщика, и с точки зрения эмитента платеж в одной стране может существенно отличаться от платежа в другой стране 10/.

34. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли делать какие-либо выводы для норм коллизионного права из очевидного значения места платежа, которое в конечном счете является местом исполнения главного обязательства по гарантийному письму. В случае положительного ответа одним из возможных вариантов могло бы быть, согласно вышеизложенной презумпции, объявление права места платежа правом, применимым к гарантийному письму; это может быть сделано либо на основе исключения из основной нормы для тех редких случаев, когда платеж должен быть осуществлен в каком-либо другом государстве помимо государства, где расположено коммерческое предприятие гаранта, либо на основе принятия вместо вышеупомянутой основной нормы общей нормы, касающейся места платежа, поскольку оно совпадает с местом коммерческого предприятия гаранта (и с местом выдачи гарантийного письма) практически во всех случаях, за исключением лишь наиболее нехарактерных. Другой возможный вариант состоит в исключении вопросов, касающихся платежа, в том числе вопросов о получении и рассмотрении требования, из сферы действия права, применимого к гарантийному письму, и распространение на эти вопросы другого права, а именно права государства, где должен быть осуществлен платеж. Такой вариант, однако, можно расценить как нежелательный, поскольку он приводит к дроблению прав и обязательств по гарантийному письму на две части, регулируемые не одним правом.

8/ Power Curber International Ltd. v. National Bank of Kuwait S.A.K., C.A. [1981] 2 Lloyd's Rep. 394.

9/ E.g., Offshore International S.A. v. Banko Central S.A., C.A. [1976] 2 Lloyd's Rep. 402.

10/ The "Bhoja Trader", C.A. [1981] 2 Lloyd's Rep. 258 (per L.J. Donaldson).

35. Наконец, можно отметить, что цель вышеизложенной презумпции состояла в том, чтобы одно право регулировало все отношения по сделке, связанной с гарантийным письмом, за исключением отношений между заявителем и банком-эмитентом. В связи с этим можно упомянуть еще более общее предложение. Исходя из того, что применение более одного права к социально-экономической ситуации, которая, несомненно, составляет единое целое, является нежелательным и может стать источником проблем, было предложено регулировать основную сделку и различные банковские гарантии в соответствии с одним и тем же правом 11/. В качестве возможной основы определения такого права была взята статья 4(5) Римской конвенции 1980 года, в соответствии с которой презумпцию в пользу места коммерческого предприятия той стороны, которая должна исполнить главное обязательство, следует игнорировать, если обстоятельства в их совокупности свидетельствуют о том, что договор более тесно связан с другой страной. Таким образом, как утверждалось, можно найти определенный центр тяжести, определенную социально-экономическую функцию всех договорных отношений, которая будет обеспечивать основу для их включения в сферу действия одного права 12/. Тем не менее, даже если не учитывать существенную неопределенность в отношении применения такого рода комплексного подхода, следует вновь (см. выше, пункт 29) отметить, что это может поставить под сомнение независимый характер обязательства каждого отдельного гаранта, что стороны, желающие применять одно право в отношении всех элементов сделки, могут достичь такого результата за счет соответствующего положения о выборе права и что унифицированный закон, как ожидается, позволит достичь определенных улучшений благодаря уменьшению различий между национальными законами.

D. Сфера действия применимого права

36. Если исходить из того, что Рабочая группа отдаст предпочтение коллизионной норме, которая будет распространяться лишь на взаимоотношения между гарантом и бенефициаром (включая взаимоотношения между встречными гарантами, подтверждающими гарантами или синдицированными гарантами и их соответствующими бенефициарами; см. выше, пункт 10), то приводимый ниже анализ, вероятно, поможет Рабочей группе определить сферу действия или охват применимого права. Хотя вопросы, относящиеся к сфере действия применимого права отнюдь не обязательно будут совпадать с теми вопросами, которые рассматриваются в существенных положениях унифицированного закона (см. пункт 8 выше), существенные положения можно использовать в качестве основы для рассмотрения тех категорий вопросов, которые, как ожидается, будут решаться и регулироваться в соответствии с применимым правом, определенным в коллизионной норме.

37. Таким образом, применимое право должно распространяться на вопросы, связанные с составлением и изменением гарантийного письма, включая вопросы формы и срока действия; тем не менее оно не будет распространяться на вопросы, касающиеся правоспособности сторон или полномочий отдельных лиц связывать кого-либо обязательствами или выступать от имени других лиц. Применимое право будет определять значение и последствия положения об истечении срока действия, а также любые другие условия, содержащиеся в гарантийном письме. Оно позволит также определять возможность передачи прав бенефициара, включая вопрос об освобождении гаранта от обязательств после осуществления платежа индоссатору.

38. Применимое право должно, в частности, отвечать на вопросы, которые возникают на более важном этапе существования гарантийного письма, т.е. в момент, когда бенефициар требует осуществить платеж. Оно будет регулировать оценку соответствия такого требования условиям гарантийного письма, а также устанавливать режим обязательств гаранта в отношении рассмотрения такого требования, включая проверку всех необходимых документов. Что касается режима рассмотрения, то можно было бы, тем не менее, рассмотреть возможность исключения данного вопроса из сферы действия применимого права в тех случаях, когда такое рассмотрение должно проводиться в каком-либо другом государстве, поскольку лица, проверяющие документы, могут быть не готовы обрабатывать документы в соответствии с каким-либо другим правом, помимо их собственного (см. пункт 32 выше). Идея исключения вопросов, связанных с режимами проверки, из сферы действия применимого права и их привязке к месту проверки была реализована, например, в статье 13 Гаагской конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров 1986 года ("Если прямо не предусмотрено иное, в отношении способов и процессуальных требований инспекции товаров применяется право государства, где проводится такая инспекция").

11/ Pelichet, ibid. (примечание 3) стр. 345-348, со ссылкой на ранее выдвинутое предложение, Stoofflet, L'ouverture de credit bancaire en droit international privé, Clunet 1966, 582, и Bonelli, La Convention de Rome du 19 juin 1980 et la loi applicables aux opérations bancaires, Revue de droit des affaires internationales 1985, p. 389.

12/ Pelichet, ibid., p. 347.

39. Следует отметить, что применимое право должно регулировать также вопрос о том, включают ли обязательства гаранта обязанность уведомлять принципала о платежном требовании при отсутствии положения об этом в договоре с принципалом 13/. Тот факт, что этот вопрос затрагивает интересы принципала не следует рассматривать в качестве повода для его исключения из сферы применения; ведь аналогичные проблемы возникают в связи со многими другими вопросами, касающимися обязательств гаранта, например в связи с проверкой соответствия требования условиям гарантийного письма или выдвижением обоснованных возражений против платежа.

40. Что касается возражений против платежа, то применимое право могло бы определять виды допустимых возражений и любые ограничения или требования в отношении их выдвижения, хотя к такой ситуации может косвенно иметь отношение другой закон, как, например, в некоторых случаях очевидного злоупотребления или обмана (которые рассматриваются в документе A/CN.9/WG.II/WP.70). Аналогичными соображениями, как представляется, следует руководствоваться и в отношении вопроса о допустимости зачета требований, который с технической точки зрения не представляет собой возражения против платежа, а являются методом оплаты признанного требования (который рассматривается в документе A/CN.9/ WG.II/WP.70). Тем не менее некоторые возражения против платежа и другие требования, влияющие на платеж (например, кредитные или валютные ограничения или другие вопросы публичного порядка), могут быть выдвинуты на основании других законов помимо права, применимого к гарантийному письму 14/.

41. Наконец, применимое право будет регулировать такие вопросы, как право бенефициара требовать выплаты процентов в случае задержки платежа или же возмещения ущерба в случае необоснованного невыполнения его требования. Одновременно оно будет регулировать и такие вопросы, как право гаранта выдвигать требования к бенефициару о возвращении его платежа в случае необоснованности платежа или же определенной суммы, ошибочно выплаченной сверх причитающейся суммы. Оба комплекса этих вопросов, независимо от того, будут ли они учтены в положениях существа унифицированного закона, должны попадать в сферу действия применимого права, определенного в положениях унифицированного закона о коллизии норм права.

42. С учетом вышеизложенных замечаний по соответствующим вопросам Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о методах формулирования сферы действия применимого права в соответствующей коллизионной норме унифицированного закона. Один из подходов, который был применен в законе Югославии и УПГТ (см. пункты 14 и 23 выше), мог бы состоять попросту в использовании формулировки "право, регулирующее гарантийное письмо". Тем не менее могут возникнуть сомнения в отношении возможности учесть в подобной формулировке всю сложность данного вопроса и обеспечить достаточную ясность для тех, кто будет применять коллизионную норму унифицированного закона.

43. Другой подход мог бы основываться на колизионной норме, использованной в проекте статьи 18 типового закона о международных кредитовых переводах, в которой сфера его применения определяется формулировкой "права и обязательства, вытекающие из платежного поручения" при одном исключении для вопроса о том, обладал ли фактический отправитель платежного поручения полномочиями обязать предполагаемого отправителя 15/. Если применить

13/ E.g., von Westphalen, Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr (2nd ed., Heidelberg 1990) p. 330.

14/ Von Westphalen, ibid. pp. 330-334.

15/ Проект статьи 18 (A/CN.9/344, приложение) гласит следующее:

"1) Права и обязательства, вытекающие из платежного поручения, регулируются правом, избираемым сторонами. В отсутствие соглашения применяется право государства банка-получателя.

2) Второе предложение пункта 1 не влияет на определение того, какое право регулирует решение вопроса о том, обладал ли фактический отправитель платежного поручения полномочиями обязать предполагаемого отправителя, для целей статьи 4(1).

3) Для целей настоящей статьи:

a) если государство состоит из нескольких территориальных единиц, в которых действуют различные нормы права, каждая территориальная единица считается отдельным государством, и

b) отделения и отдельные конторы одного банка в разных государствах являются отдельными банками".

аналогичный подход в унифицированном законе, то необходимо будет сделать ссылку на "права и обязательства, вытекающие из гарантийного письма", с возможными исключениями для вопросов, не попадающих в сферу действия применимого права (например, правоспособность сторон, полномочия представителей или, возможно, проверка документов за границей), и с учетом возможных разъяснений относительно включения вопросов, которые, по мнению некоторых, могут не попадать в сферу действия применимого права (например, выдача и изменение, обязанность уведомлять принципала, зачет платежного требования).

II. ЮРИСДИКЦИЯ

44. Рабочая группа, возможно, пожелает принять в качестве основы для обсуждения вопросов, касающихся урегулирования споров и, в частности, юрисдикции, последний проект статьи 28 УПГТ. Проект статьи 28 о юрисдикции гласит следующее:

> "Если в гарантии или встречной гарантии не предусматривается иное, любые споры между гарантом и бенефициаром, касающиеся гарантии, или между встречным гарантом и гарантом, касающиеся встречной гарантии, подлежат урегулированию исключительно компетентными судами страны местонахождения коммерческого предприятия гаранта или встречного гаранта (в зависимости от конкретного случая) или, если гарант или встречный гарант имеет более одного коммерческого предприятия, компетентным судом той страны, где расположено отделение, выдавшее гарантию или встречную гарантию" 16/.

45. Как уже отмечалось в отношении проекта статьи 27 УПГТ (см. пункты 14 и 15 выше), действие такой нормы существенно отличается от действия положения унифицированного закона, даже если оба имеют идентичную формулировку. Поскольку УПГТ представляют собой договорные нормы, ссылка на исключительную юрисдикцию компетентного суда страны гаранта обеспечивает лишь дополнительную возможность для выбора суда в отсутствие конкретного выбора сторон, и в любом случае такой выбор будет регулироваться нормами процессуального права, которые могут предусматривать определенные ограничения или требования. В отличие от этого любое положение о юрисдикции в унифицированном законе будет представлять собой правовое определение юрисдикции или отсутствия юрисдикции судов в государствах, принимающих унифицированный закон. В связи с этим можно также отметить, что любое положение, являясь элементом закона места рассмотрения дела, имеет более ограниченный охват, чем норма коллизионного права с ее универсальным охватом (см. пункт 8 выше).

A. Положение об арбитраже или суде

46. В условной оговорке в проекте статьи 28 УПГВ ("Если в гарантии не предусматривается иное...") прямо не определяется, распространяется ли она лишь на выбор суда или юрисдикции, или же, как можно предположить, охватывает также арбитражную оговорку. Когда Рабочая группа рассматривала эту условную оговорку в контексте предыдущего варианта этого проекта статьи, было высказано мнение, что ее формулировку следует изменить следующим образом: "Если в гарантии не предусматривается арбитраж или компетентный суд..." (A/CN.9/316, пункт 119).

47. Для целей обеспечения определенности условную оговорку в норме о юрисдикции, по-видимому, следует формулировать по аналогии с предложением Рабочей группы, хотя арбитражные оговорки в банковских гарантиях и резервных аккредитивах, за исключением синдицированных гарантий, встречаются достаточно редко 17/. Хотя арбитражное разбирательство не всегда является соответствующим методом урегулирования споров, возникающих в связи с гарантийным письмом, особенно с точки зрения принятия оперативных решений и предварительных мер защиты, принять соответствующее решение должны сами заинтересованные стороны.

16/ Пересмотренный текст Унифицированных правил для гарантий по требованию (примечание 2).

17/ E.g., Dohm, ibid.(примечание 6) pp. 143, 146.

48. Что касается выбора арбитража или юрисдикции суда, были высказаны замечания, аналогичные тем, которые были сделаны в ходе двенадцатой сессии Рабочей группы при рассмотрении положений о выборе права в связи с отсутствием определенности относительно основы соглашения сторон, если гарантия является односторонним обязательством (A/CN.9/316, пункт 169). Решение, предложенное в отношении положения о выборе права (см. пункт 18 выше) следует применять в данном случае аналогичным образом.

49. Остается рассмотреть вопрос о том, следует ли в унифицированном законе, с учетом его статутного характера, рассматривать вопросы, касающиеся юридической силы и действия положения о выборе суда, особенно положения, в котором содержится лишь ссылка на суды государства X или на конкретный суд, расположенный в государстве X. Может возникнуть, например, вопрос о том, представляет ли такое положение исключительную юрисдикцию выбранному суду независимо от того, является ли данный суд в противном случае компетентным, или же оно лишь предоставляет суду, который в противном случае не был бы компетентным, юрисдикцию, которая будет совпадать с юрисдикцией другого суда. Другой вопрос состоит в том, может ли положение о выборе суда применяться в отношении промежуточных или предварительных мер, которые имеют особое значение применительно к гарантийным письмам. В связи с этим можно отметить, что в статье 6(4) Гаагской конвенции о выборе суда 1965 года предусматривается, что "каждый суд помимо выбранного суда или судов отказывается от юрисдикции, за исключением юрисдикции .... для целей предварительных или защитных мер". Особый режим предоставляется также в отношении предварительных или защитных мер в соответствии со статьей 24 Конвенции о юрисдикции и исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам (Брюссель, 1968 год), в которой в отношении таких мер признается юрисдикция судов государства в соответствии с его внутренним правом, даже если по Конвенции суды другого государства компетентны принимать решения по вопросам существа данного дела в ходе основного разбирательства. Кроме того, может возникнуть вопрос о компетенции суда, выбранного для урегулирования споров в рамках конкретных отношений, проводить разбирательство, затрагивающее интересы какой-либо третьей страны, выступающей в качестве соответчика или лица, в отношении которого принимается какая-либо предварительная мера.

50. Можно сделать вывод о том, что эти и аналогичные вопросы, касающиеся положений о выборе суда, не должны рассматриваться в унифицированном законе с учетом основной цели унифицированного закона, а также того факта, что закон в случае его принятия станет элементом соответствующей правовой системы, которая, как следует ожидать, будет предусматривать соответствующие ответы на эти вопросы. Тем не менее в связи с некоторыми такими вопросами может возникнуть иная ситуация, если юрисдикцию суда необходимо будет определять в соответствии со статутом в отсутствие выбора сторон.

B. Определение юрисдикции в отсутствие выбора сторон

51. На своей двенадцатой сессии Рабочая группа обсудила проблему целесообразности рассмотрения вопроса о юрисдикции суда в тех случаях, когда гарантия не содержит ни оговорки об арбитраже, ни оговорки о выборе суда. Согласно одной точке зрения, следует попытаться согласовать приемлемое положение о юрисдикции суда. Согласно другой точке зрения, этот вопрос не должен рассматриваться в унифицированном законе (A/CN.9/316, пункт 170). Расхождение мнений в Рабочей группе, по-видимому, связано с вопросом о необходимости или целесообразности включения в унифицированный закон какого-либо положения о юрисдикции вообще, а не с вопросом о юрисдикции конкретного суда в том смысле, как это предусматривается в проекте статьи 28 УПГТ.

52. Фактически представляется целесообразным наделить юрисдикцией суды того государства, где расположено соответствующее коммерческое предприятие гаранта (по аналогии с основной привязкой для коллизионной нормы; см. пункты 23-27 выше). Как отмечается в весьма обширном обзоре прецедентного права многих стран "бенефициары и вторые банки-эмитенты неизменно обращались с исками о взыскании платежа в суды стран (первого) банка, которые повсеместно признаются в качестве надлежащих судов" 18/. Юрисдикция судов государства, в котором расположено коммерческое предприятие гаранта, соответствует основополагающему принципу, закрепленному, например, в статье 2 Брюссельской конвенции 1968 года ("... лица, проживающие в одном из договаривающихся государств, независимо от их гражданства, отвечают по искам в судах данного государства"). Такая юрисдикция зачастую оправдана также и на основании места исполнения соответствующего обязательства (такая юрисдикция признается, например, в качестве специальной юрисдикции в статье 5(1) Брюссельской конвенции 1968 года).

18/ Bertrams, ibid. (примечание 5) p. 373.

53. В то же время юрисдикционные нормы национального права, основанные на аналогичных принципах, иногда указывают на суды страны бенефициара, например в случае иска гаранта против бенефициара или в случае, когда место платежа расположено в стране бенефициара. Поэтому можно было бы рассмотреть вопрос о включении в унифицированный закон положений, направленных на обеспечение исключительной юрисдикции судов в стране гаранта, поскольку в противном случае юрисдикцией в подобных случаях будут обладать суды страны бенефициара. Достижению этой цели могло бы также способствовать включение еще одной нормы, в соответствии с которой суды любого государства помимо государства гаранта отказываются от юрисдикции, если только стороны не выбрали его суды. Если объединить эту норму с позитивной нормой в пользу страны гаранта, то положение унифицированного закона, которое войдет в качестве элемента lex fori в право принимающего государства, может быть сформулировано следующим образом:

"1) Суды [данного] [Договаривающегося] государства осуществляют юрисдикцию лишь, если:

a) коммерческое предприятие гаранта расположено на территории данного государства, за исключением случаев, когда в гарантийном письме предусматривается арбитражное разбирательство или исключительная юрисдикция судов другого государства;

или

b) гарантийное письмо возлагает юрисдикцию на суды данного государства.

2) Юрисдикция, возложенная на суды [данного] [Договаривающегося] государства в соответствии с положениями пункта 1 настоящей статьи, является исключительной, если гарантийное письмо не содержит положения о неисключительном выборе суда".

54. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос об уточнении этого положения с целью разъяснения сферы юрисдикции суда. В таком положении может, например, регламентироваться вопрос о том, распространяется ли возложенная в соответствии с ним юрисдикция на споры между гарантом и бенефициаром (как это, например, предусматривается в проекте статьи 28 УПГТ) или же некоторые виды споров (например, требования из деликта) будут исключены. Как отмечалось в связи с положениями о выборе суда (см. пункт 49 выше), можно было бы рассмотреть вопрос о том, распространяется ли предоставленная таким образом юрисдикция на предварительные меры и будет ли осуществляться юрисдикция в отношении какой-либо третьей стороны, например встречного гаранта или подтверждающего гаранта, выступающего в качестве соответчика или субъекта судебного запрета.

55. Даже если в унифицированном законе на все эти вопросы будут даны ответы, предусматривающие широкую сферу юрисдикции, окончательная сфера юрисдикции будет все же ограниченной, представляя собой лишь определенную часть возможной сферы вовлечения суда в сделки, связанные с гарантийными письмами. Основным ограничивающим фактором является то, что норма о юрисдикции регулирует лишь взаимоотношения между гарантом и бенефициаром (в том числе между встречным гарантом и гарантом) и таким образом не распространяется на лицо, которое наиболее вероятно будет возбуждать иски, т.е. принципала (или, возможно, предписывающую сторону).

C. Возможность расширения нормы о юрисдикции для охвата принципала

56. Таким образом, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос относительно расширения нормы о юрисдикции, с тем чтобы она охватывала по меньшей мере некоторые разбирательства с участием принципала (например, судебные запреты в отношении платежей гаранта или встречного гаранта, запретительные судебные приказы против бенефициара и гаранта в соответствии с косвенным гарантийным письмом). Такое расширение позволит повысить эффективность данной нормы. В то же время эта задача может оказаться весьма сложной и трудной с учетом многообразия возможных фактических ситуаций и различных видов взаимоотношений. Достаточно упомянуть лишь несколько вопросов, которые, возможно, необходимо будет рассмотреть, например, вопрос о том, должны ли суды государства, в котором выдается косвенное гарантийное письмо, осуществлять юрисдикцию по ходатайству иностранного принципала о вынесении запрета на платеж; могут ли суды государства встречного гаранта налагать такого рода запрет в отношении иностранного гаранта (второго банка-эмитента) и будут ли какие-либо

суды за пределами страны бенефициара компетентны отдавать запретительные судебные приказы в отношении бенефициара и, в частности, обладают ли суды государства эмитента прямого гарантийного письма юрисдикцией в отношении иностранного бенефициара, выступающего в качестве соответчика по делу, возбужденному по иску принципала.

57. По таким вопросам, имеющим важное практическое значение, национальные законы и судебные решения не всегда дают достаточно четкие, не говоря уже об унифицированных, ответы. Поэтому представляется желательным и полезным распространить действие нормы о юрисдикции на разбирательства с участием принципала, хотя это и может затруднить нахождение приемлемых решений для унифицированного закона. Можно сослаться на тот факт, что в случае расширения сферы действия этой нормы неизбежно будет возникать вопрос о юрисдикции в отношении иностранцев, поскольку коммерческое предприятие эмитента международного гарантийного письма, как правило, расположено за пределами государства принципала (в случае косвенного гарантийного письма) или бенефициара (в случае прямого гарантийного письма); если норма о юрисдикции будет регулировать лишь взаимоотношения между гарантом и бенефициаром, потребность в такой норме будет гораздо меньше, поскольку обе стороны, как правило, действуют в одной и той же стране.

58. В заключение следует отметить, что соответствующее решение будет в значительной степени зависеть от того, будет ли унифицированный закон содержать положения, касающиеся процессуальных требований для вынесения судебных запретов или других судебных мер (рассматриваемых в документе A/CN.9/WG.II/WP.70). Если такие положения будут включены, то расширенная норма о юрисдикции, охватывающая наиболее вероятного автора ходатайства о принятии судебных мер, будет дополнять эти положения и способствовать достижению одной цели, а именно обеспечению надежных и единообразных процессуальных рамок. Это в свою очередь будет дополнять с процессуальной точки зрения существенные положения унифицированного закона, направленные на обеспечение равных условий для всех сторон, участвующих в сделках с гарантийными письмами.

IV. ПРАВОВЫЕ ВОПРОСЫ ЭЛЕКТРОННОГО ОБМЕНА ДАННЫМИ

Электронный обмен данными: доклад Генерального секретаря (A/CN.9/350) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

	Пункты	Страница
ВВЕДЕНИЕ	1-9	604
I. ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ РАЗЛИЧНЫХ ОРГАНИЗАЦИЙ В НАСТОЯЩЕЕ ВРЕМЯ	10-11	605
A. Комиссия Европейских сообществ	12-26	606
1. Работа, проделанная в рамках программы ТЕДИС 1	12-24	606
2. Дальнейшая работа в рамках программы ТЕДИС 2	25-26	607
B. Рабочая группа по упрощению процедур международной торговли (WP.4)	27-44	608
1. Обзор программы действий	28-30	608
2. Перечень проектов, принятый WP.4	31-44	609
a) Соглашения об обмене данными	32-34	609
b) Юридический раздел ООН/СОВД	35	610
c) Оборотные документы	36-37	610
d) Международная торговля - национальные барьеры, связанные с юридическими аспектами и коммерческой практикой	38-39	610
e) Подтверждение подлинности документов, передаваемых с помощью электронного оборудования; определение сообщений, передаваемых с помощью электронного оборудования, и "подписей" на них	40-41	611
f) Координация деятельности с другими органами	42-44	611
C. Международная торговая палата (МТП)	45-48	611
D. Международный комитет железнодорожного транспорта (СИТ)	49-51	612
E. Международный союз автомобильного транспорта (МСАТ)	52-53	612
F. Международный морской комитет (ММК)	54	612
G. Доклад "Юридической группы по информационным технологиям" (Франция)	55-60	613
II. СОГЛАШЕНИЯ ОБ ОБМЕНЕ ДАННЫМИ	61-108	614
A. Требование письменной формы	67-91	616
1. Определение сообщений ЭДИ как письменных документов	68-76	616
a) Общее определение ЭДИ как бумажного документа	69	616
b) Определение юридически важных сообщений ЭДИ	70-76	616

Содержание (продолжение)

	Пункты	Страница
2. Отказ от прав в связи с сообщением ЭДИ	77-78	617
3. Доказательственная сила сообщений ЭДИ	79-91	618
a) Договорные правила о приемлемости доказательств	79-83	618
b) Требование подлинника	84-85	619
c) Удостоверение подлинности сообщений ЭДИ	86-89	619
d) Доказательственная сила компьютерных записей	90-91	620
B. Прочие юридические вопросы, касающиеся составления контрактов	92-108	621
1. Подтверждение получения сообщений	92	621
2. Согласие, оферта и акцепт	93-94	621
3. Общие условия	95-96	621
4. Время и место составления контракта	97-100	622
5. Ответственность за непередачу или ошибку в передаче сообщения	101-103	622
6. Документы, дающие права на товары	104-108	623
III. РАБОТА, КОТОРУЮ МОЖЕТ ПРОВЕСТИ КОМИССИЯ	109-113	625
A. Стандартное соглашение о передаче сообщений	109-111	625
B. Другая работа	112-113	625

ВВЕДЕНИЕ

1. На своей семнадцатой сессии в 1984 году Комиссия решила включить в свою программу работы в качестве первоочередного пункта вопрос о правовых последствиях автоматической обработки данных в международной торговле 1/.

2. На своей восемнадцатой сессии в 1985 году Комиссия рассмотрела доклад секретариата о юридической ценности записей ЭВМ (A/CN.9/265). В этом докладе был сделан вывод о том, что на глобальном уровне использование хранящихся в ЭВМ данных в качестве доказательства при судебных разбирательствах сопряжено с гораздо меньшим числом проблем, чем можно было бы ожидать. В докладе отмечалось, что гораздо более серьезным юридическим препятствием для использования ЭВМ и каналов связи между ЭВМ в международной торговле являются требования о том, чтобы документы были подписаны или чтобы документы были оформлены на бумаге. После обсуждения этого доклада Комиссия приняла рекомендацию, включающую следующие основные положения:

"Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли,

a) рекомендует правительствам:

i) рассмотреть правовые нормы, затрагивающие использование записей на ЭВМ в качестве доказательства при судебных разбирательствах, с тем чтобы устранить ненужные препятствия для их допустимости, убедиться в соответствии этих норм достижениям в области технологии и предоставить судам надлежащие средства для оценки достоверности данных, содержащихся в этих записях;

ii) рассмотреть правовые требования о письменной форме определенных торговых сделок или торговых документов, независимо от того, является ли эта форма условием, обеспечивающим исковую силу или действительность сделки или документа, с тем чтобы допустить, когда это целесообразно, возможность регистрации сделок или документов и их передачи в форме, пригодной для ЭВМ;

iii) рассмотреть правовые требования, касающиеся подписи от руки или других предназначенных для бумаг способов удостоверения торговых документов, с тем чтобы допустить, когда это целесообразно, использование электронных средств удостоверения документов;

iv) рассмотреть правовые требования о письменной форме и подписании от руки документов, представляемых правительствам, с тем чтобы разрешить, когда это целесообразно, представлять такие документы в форме, пригодной для ЭВМ, тем административным службам, которые приобрели необходимое оборудование и установили необходимые процедуры;

b) рекомендует международным организациям, разрабатывающим правовые тексты, относящиеся к торговле, принимать во внимание настоящую рекомендацию при принятии таких текстов и, где это целесообразно, рассмотреть вопрос об изменении существующих правовых текстов в соответствии с настоящей рекомендацией" 2/.

3. Эта рекомендация (далее в тексте - Рекомендация ЮНСИТРАЛ 1985 года) была одобрена Генеральной Ассамблеей в пункте 5(b) резолюции 40/71 от 11 декабря 1985 года, который гласил следующее:

"Генеральная Ассамблея,

... призывает правительства и международные организации принять, где это необходимо, меры в соответствии с рекомендацией Комиссии в целях обеспечения правовых гарантий в контексте самого широкого возможного применения автоматической обработки данных в международной торговле; ...".

4. На своей девятнадцатой и двадцатой сессиях (соответственно в 1986 и 1987 годах) Комиссия рассмотрела еще два доклада по правовым аспектам автоматической обработки данных (A/CN.9/279 и A/CN.9/292), в которых описывалась и анализировалась работа международных организаций, занимающихся относящимися к этой области вопросами.

5. На своей двадцать первой сессии (1988 год) Комиссия рассмотрела предложение относительно изучения необходимости разработки правовых принципов, применимых к составлению международных коммерческих контрактов электронным способом, в особенности с помощью видеотерминалов. Было

отмечено, что в настоящее время не существует какой-либо отработанной правовой структуры в такой важной и быстро развивающейся области, как составление контрактов с помощью электронных средств, и что будущая работа по этому вопросу может содействовать заполнению правовых пробелов и устранению неопределенностей и проблем, с которыми приходится сталкиваться на практике. Комиссия просила секретариат подготовить предварительное исследование по этой теме 3/.

6. На своей двадцать третьей сессии (1990 год) Комиссия рассмотрела запрошенный ею доклад, который был озаглавлен "Предварительное исследование по правовым вопросам, касающимся составления контрактов электронным способом" (A/CN.9/333). В этом докладе отмечалось, что в предыдущих докладах эта тема рассматривалась под общей рубрикой "автоматическая обработка данных" (АОД), но что в последние годы для описания использования ЭВМ в коммерческих целях получило общее распространение применение термина "электронный обмен данными" (ЭДИ).

7. В этом докладе резюмировалась работа, которая была проведена в Европейских сообществах и в Соединенных Штатах Америки в связи с требованием о наличии письменного документа, а также с другими вопросами, которые, как было установлено, возникают в связи с составлением контрактов электронным способом. Были рассмотрены усилия, направленные на решение некоторых из этих проблем с помощью использования типовых соглашений о передаче сообщений. В докладе содержится предложение о том, что секретариат, возможно, следует попросить представить дополнительный доклад на следующей сессии Комиссии с указанием произошедших за год в других организациях изменений, касающихся юридических вопросов, возникающих в связи с ЭДИ. Было также высказано предложение о том, что в докладе, возможно, будут также проанализированы действующие и предлагаемые типовые соглашения о передаче сообщений с целью выработки рекомендаций относительно возможности всемирного использования типового соглашения и, в случае существования такой возможности, относительно того, следует ли Комиссии приступить к его подготовке.

8. Комиссия просила секретариат продолжить изучение правовых вопросов, касающихся составления контрактов электронным способом, и подготовить предложенный доклад к двадцать четвертой сессии Комиссии. Комиссия высказалась за то, чтобы этот доклад обеспечивал ей ту основу, которая позволила бы ей на этом этапе принять решение о возможных направлениях деятельности Комиссии в этой области 4/.

9. Настоящий доклад разделен на три части. В первой части описывается работа, проделанная за последнее время другими организациями в связи с юридическими аспектами ЭДИ. Во второй части рассматриваются и кратко сопоставляются способы решения юридических вопросов в различных соглашениях о передаче сообщений, в типовых правилах или других документах договорного характера, которые были подготовлены для применения пользователями ЭДИ. В третьей части содержится краткое рассмотрение вопросов, по которым Комиссия может провести работу в области ЭДИ.

I. ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ РАЗЛИЧНЫХ ОРГАНИЗАЦИЙ В НАСТОЯЩЕЕ ВРЕМЯ

10. Все международные организации, о работе которых сообщается в этой части доклада, расположены в Европе, хотя членами некоторых из них являются и неевропейские страны. Это является отражением того факта, что использование ЭДИ в целях международной торговли наиболее активно развивается в Европе и Северной Америке. Однако можно предположить, что новые моменты, появившиеся в Европе, будут в ближайшем будущем восприняты в других частях мира.

11. Можно также указать, что за исключением Международного морского комитета (ММК) международные организации, о работе которых сообщается в первой части доклада, не уделяют первоочередного внимания унификации юридических норм. В основном эти организации занимаются техническими и административными вопросами ЭДИ. Возможны такие ситуации, когда международная организация занимается вопросами ЭДИ в силу того, что ее мандат охватывает проблемы телесвязи в целом. Так, например, дело обстоит в случае программы ТЕДИС, которая осуществляется в рамках Генерального управления № XIII (Телесвязь, отрасли информатики и инновация) Комиссии Европейских сообществ. Также возможна ситуация, когда международная организация занимается развитием ЭДИ в результате того воздействия, которое оказывают новые методы связи на упрощение международной торговли. Так, например, обстоит дело в случае Международной торговой палаты и Рабочей группы по упрощению процедур международной торговли (WP.4) Европейской экономической комиссии Организации Объединенных Наций. Возможна и еще одна ситуация, когда международная организация занимается вопросами возможного воздействия ЭДИ на коммерческую практику в связи с каким-либо конкретным видом экономической деятельности. Так дело обстоит в случае Международного комитета железнодорожного транспорта и Международного союза автомобильного транспорта. Эти организации разработали программы по юридическим вопросам в качестве дополнения к своей основной деятельности.

A. Комиссия Европейских сообществ

1. Работа, проделанная в рамках программы ТЕДИС 1

12. Первый этап программы ТЕДИС (системы электронного обмена торговыми данными) был осуществлен Комиссией Европейских сообществ в 1988 и 1989 годах (см. A/CN.9/333, пункт 15). Решение по рассмотрению юридических вопросов в рамках программы ТЕДИС основывалось на той предпосылке, что юридический статус сообщений ЭДИ, их договорная и доказательная сила будут представлять собой важнейшие факторы с точки зрения развития ЭДИ как в коммерческом, так и в публичном секторе. Таким образом, первым направлением деятельности ТЕДИС в этой области было определение юридических вопросов, которые могут создавать препятствия для ЭДИ.

13. В докладе о деятельности ТЕДИС, представленном в июле 1990 года, в качестве препятствий для ЭДИ определялись различные юридические требования, вытекающие из правил или практики, которые, в свою очередь, в основном основывались на господствующем признании письменной формы и собственноручной подписи. В докладе о деятельности отмечалось, что все обязательства по выдаче, передаче или сохранению документов, составленных на бумаге, или требования подписи являются очевидными препятствиями для ЭДИ 5/.

14. Комиссия Европейских сообществ запросила подготовку исследования по вопросу о юридических обязательствах по выдаче, передаче или сохранению документов, составленных на бумаге или снабженных собственноручной подписью, в государствах-членах. Это исследование, озаглавленное "ТЕДИС - юридическая позиция государств-членов по вопросам электронного обмена данными" (далее в тексте - исследование ТЕДИС), было распространено в 1990 году и в настоящее время его текст имеется на английском и французском языках 6/.

15. Содержание исследования ТЕДИС кратко рассматривается в пунктах 15-41 документа A/CN.9/333. При рассмотрении законодательства государств - членов Европейского сообщества в исследовании использовались два подхода: "вертикальный" подход, связанный с анализом законодательства каждого государства-члена; и "горизонтальный" подход, предусматривающий анализ ограничений, существующих в различных правовых системах и связанных с обязательством составлять на бумаге письменные документы, снабженные подписью.

16. Анализ был ориентирован на рассмотрение этих последних требований, и в качестве приоритетной проблемы было определено господствующее распространение письменной формы и собственноручной подписи. Было отмечено, что в таких областях, как перевозки, способы платежа или урегулирование юридических споров требуется наличие подтверждающих бумажных документов, что представляет собой основное препятствие развитию ЭДИ.

17. Исследование ТЕДИС позволило разработать типологию существующих в настоящее время ограничений. Эти ограничения в основном относятся к трем видам:

- ограничения, связанные с устанавливаемыми в ряде областей права, часто различными способами в каждом из государств-членов, обязательствами по составлению, выдаче, отправлению или хранению подписанных бумажных документов в силу причин, касающихся вопросов действительности соответствующего юридического документа или доказательной силой данных, содержащихся в нем;

- препятствия, которые связаны с относящимися к вопросам доказывания требованиями и которые могут рассматриваться либо с точки зрения "континентального" права, либо общего права; было обращено внимание на трудный для регистрации характер информации, передаваемой через ЭДИ, и связанную с этим сложность в доказывании того, обмен какой информацией был действительно произведен;

- трудности, связанные с определением конкретного времени и места заключения или завершения сделок, заключаемых с помощью ЭДИ.

18. В докладе делается вывод о том, что основное препятствие на пути использования ЭДИ создается требованием о необходимости письменных доказательств, в первую очередь в областях перевозок (оборотные коносаменты), методов платежа (чек, вексель, аккредитив) и урегулирования споров (хотя международные соглашения позволили решить некоторые проблемы в этой области).

19. Учитывая соглашения, достигнутые государствами - членами ЕАСТ, было запланировано распространить анализ и на опыт этих стран. Соответствующий доклад должен быть представлен в конце 1991 года.

20. В рамках программы ТЕДИС проводилась координация некоторых направлений работы различных юридических рабочих групп, созданных в Европе для работы по проблемам, связанным с ЭДИ. Например, представители программы ТЕДИС принимали участие в совещаниях, проводившихся юридической консультативной группой Ассоциации ЭДИ в Соединенном Королевстве (СК-АЭДИ) в связи с подготовкой "Типового соглашения об обмене", завершенной в 1989 году. В настоящее время Комиссия в сотрудничестве с экспертами-юристами, работающими в юридических рабочих группах в рамках секторальных проектов и в рамках СК-АЭДИ, занимается подготовкой проекта стандартного соглашения.

21. И наконец, Комиссия Европейских сообществ планирует опубликовать в ближайшем будущем предметные доклады по следующим вопросам: составление контрактов; ответственность операторов сетей; доверенные третьи стороны и аналогичные услуги.

22. Составление контрактов. Предполагается, что в докладе по этому вопросу будет проанализировано воздействие ЭДИ на составление контрактов и будут сделаны предложения о реформах или изменениях в праве. В докладе будут рассмотрены юридические аспекты контрактов, составленных с помощью ЭДИ (с точки зрения передачи, посредством электронной связи между ЭВМ, упорядоченных данных на основе утвержденных стандартных сообщений). Предполагается, что в докладе будет уделено, в частности, внимание следующим вопросам: принципы, определяющие время и место составления контракта; воздействие участия одного или нескольких посредников (услуги, связанные с добавленной стоимостью, расчетные палаты и т.д.) на эти два фактора (время и место составления); вопрос о передаче общих условий контракта; и отзывность оферт. Анализ будет проведен на основе сравнительно-правового подхода. Ожидается, что доклад будет распространен до конца 1991 года.

23. Ответственность операторов сетей. В докладе по этому вопросу будет проанализировано положение операторов сетей (в государственном и частном секторах), поставщиков сетей и сторон, предоставляющих услуги, в том, что касается их ответственности за передачу сообщений ЭДИ, и будут сделаны предложения относительно возможной необходимости согласования на европейском уровне. В ходе анализа будет также предпринята попытка установить, в какой степени предприятия несут или будут нести риски, связанные с передачей сообщений ЭДИ, такие как задержки, ошибки, упущения, мошенничество и т.д. и, в частности, в какой степени убытки, возникающие в результате этих рисков, будут возложены на них или могут быть возложены на третьи стороны. В случае необходимости будут сделаны предложения, направленные на улучшение положения и на содействие установлению наилучшей сбалансированности.

24. Доверенные третьи стороны и аналогичные услуги. В докладе по этому вопросу будет проведено исследование органов, которые уже существуют в Европе или которые предполагается создать для выполнения функций доверенной третьей стороны, а именно для ведения надежной регистрации сообщений ЭДИ. В докладе будут описываться или определяться модели, которые могут быть предусмотрены для таких доверенных третьих сторон, и масштабы, в которых они будут удовлетворять юридические потребности пользователей, в особенности в том, что касается последующего использования электронных данных в качестве доказательств. Требуемые характеристики моделей будут изучены и определены на основе планируемых функций.

2. Дальнейшая работа в рамках программы ТЕДИС 2 7/

25. Комиссия Европейских сообществ подготовила программу работы на второй этап программы ТЕДИС, и в настоящий момент эта программа работы находится в процессе окончательного утверждения. Планируется, что этот второй этап охватит период в 36 месяцев, и в предварительном порядке установлено, что он начнется 1 июля 1991 года. Меры юридического характера, которые должны быть приняты в ходе второго этапа реализации программы ТЕДИС, будут непосредственно связаны с осуществлением "безбумажной торговли".

26. Дается следующее описание программы работы:

> "Будет уделено дальнейшее внимание проблемам, связанным со структурой контрактов, ответственностью операторов сетей и внешними удостоверяющими органами или аналогичными службами (электронная юридическая вспомогательная служба). Будет принято решение о потребностях в унификации или приспособлении законодательных положений.
>
> К 1991 году будет завершена подготовка типового соглашения, которое создаст юридическую основу для ЭДИ. Это также послужит ориентиром для европейских фирм и, возможно, операторов сетей.
>
> Имеются значительные трудности в том, что касается силы и юридического статуса сообщений ЭДИ и упразднения материальной формы важнейших с точки зрения торгового права документов, таких как коносаменты, аккредитивы и т.д. В возможно более короткие сроки

следует подготовить анализ этого вопроса, что позволит после проведения надлежащего обсуждения подготовить соответствующие юридические документы".

B. Рабочая группа по упрощению процедур международной торговли (WP.4)

27. В марте 1990 года Рабочая группа по упрощению процедур международной торговли (WP.4) Европейской экономической комиссии Организации Объединенных Наций

"просила своих докладчиков по правовым вопросам разработать в сотрудничестве со специальной группой подробную программу действий по правовым аспектам обмена внешнеторговыми данными с указанием приоритетов и предложений относительно средств, необходимых для выполнения этой программы. В состав специальной группы войдут представители Румынии, Соединенного Королевства, Соединенных Штатов Америки, Франции, Швейцарии, ЮНСИТРАЛ, Европейского экономического сообщества и Международной торговой палаты. Новая Зеландия будет участвовать в подготовке программы действий заочно". (См. TRADE/WP.4/171, пункт 19).

Секретариат ЮНСИТРАЛ принял участие в двух совещаниях специальной группы и в совещаниях Рабочей группы.

1. Обзор программы действий

28. На тридцать третьей сессии Рабочей группы в марте 1991 года была принята программа действий по коммерческим и правовым аспектам упрощения торговли. В этом документе (TRADE/WP.4/R.697) содержится обзор положения, предлагается структура деятельности и содержатся описания конкретных проектов и задач, образующих программу действий. К этому документу также приложен перечень соответствующих документов, подготовленных ранее WP.4. Некоторые важные пункты этой программы действий воспроизводятся ниже.

"Основная задача WP.4 заключается в совершенствовании функционирования механизма международной торговли с целью упрощения торговли и уменьшения связанных с ней расходов. Неэффективность функционирования порождается не только причинами административного характера; кроме того, она связана с деятельностью банков, перевозчиков, страховых компаний, портов и других организаций, а также даже самих коммерческих сторон.

В ходе определения природы существующих вопросов было установлено, что должное внимание уделяется коммерческой и государственной практике, а также выявлено, каким образом законодательство (будь то коммерческое, национальное или международное) воздействует на такую практику. Так обстоит дело, в особенности, в отношении использования таких новых методов, как ЭДИ, и "правовых проблем", которые воспринимают лица, участвующие в коммерческой и государственной (регулирующей) практической деятельности.

ЭДИ является таким значительным изменением в практике, что некоторые пользователи начинают воспринимать такие "проблемы", которые фактически могут и не возникать, и поэтому признается, что некоторые проблемы могут требовать лишь повышения уровня информированности об изменениях в коммерческой практике, а не поиска новых решений в области права.

С самим по себе ЭДИ связаны другие предрассудки. Некоторые эксперты предлагают присваивать защитные атрибуты "документам" ЭДИ, чего никогда не делалось в случае эквивалентных бумажных документов (например, некоторые мнения в отношении обеспечения конфиденциальности документов являются такими, что в случае необходимости можно было бы задаться вопросом о том, почему все документы не пересылаются с помощью заказных писем). Иначе говоря, в большинстве случаев именно функция коммерческой/государственной документации (например, заказ на поставку, документ об импортной очистке) представляет важность с точки зрения требуемого уровня обеспечения конфиденциальности документации, а не носителя информации (например, бумажные документы, факсимильная связь, ЭДИ).

Последний рассмотренный вопрос заключается в том, что по крайней мере в странах общего права необходимо признать факт наличия уже в настоящее время множества соответствующих юридических прецедентов, при этом на протяжении многих лет широко использовались свидетельства, связанные с электронной документацией и ее предыдущими эквивалентными документами (телеграфные средства передачи сообщений широко использовались на протяжении еще более длительного периода времени, и коммерческие коды находили широкое применение в 20-60-х годах).

По мнению докладчиков и участников специальной группы, эти соображения отражают высказываемые в настоящее время мнения, вступающие в противоречие друг с другом, в отношении того, приводит ли использование ЭДИ к возникновению проблем в области материального права. Вместе с тем с международной торговлей, в отличие от внутренней торговли, связаны дополнительные проблемы, некоторые из которых относятся к международным договорам и конвенциям или могут решаться с их помощью".

29. В соответствии с программой работы в своей деятельности WP.4 будет стремиться достичь следующей цели: "повышение информированности, обеспечение координации, концентрация усилий и принятие мер". В программе предлагается, что:

"Для достижения своих целей Рабочей группе необходимо руководствоваться следующими факторами:

- пользователям должна предоставляться консультативная помощь в области воздействия использования ЭДИ на коммерческую и государственную практику;

- информация о том, что в некоторых случаях не возникает сложностей юридического характера, играет такую же важную роль, как предоставление юридических решений в других случаях;

- по всей видимости, необходимо уделять особое внимание поиску юридических решений в рамках национальных юридических систем гражданского права и международных конвенций, в которые, возможно, потребуется внести конкретные поправки;

- любое юридическое решение должно являться приемлемым для стран с юридическими системами общего и гражданского права.

Перед Рабочей группой всегда стояла задача координации деятельности в области упрощения процедур международной торговли. На практике она, как правило, выполняла работу самостоятельно только в тех случаях, когда отсутствовали какие-либо более компетентные органы. В качестве примеров других организаций, которые являлись соответствующими органами в отношении некоторых проектов, можно указать СТС (в области согласованной системы), МТП (в области ЮНСИД), ЮНСИТРАЛ (в области доказательства подлинности) и МПС [Международная палата судоходства]/ИАТА [Международная ассоциация воздушного транспорта] (в области стандартной транспортной документации) и т.д. В будущем необходимо продолжить координацию деятельности".

30. В качестве вывода из обзора программы действий Рабочая группа приняла следующий круг мер, связанных с осуществлением всего объема деятельности в области коммерческих и правовых аспектов упрощения торговли:

"устранить любые ограничения в международной торговле, заключающиеся в проблемах, характер которых связан с правовыми аспектами и/или коммерческой практикой (с уделением особого внимания использованию ЭДИ), путем координации деятельности со всеми заинтересованными сторонами и, в случае необходимости, осуществления конкретных проектов".

2. Перечень проектов, принятый WP.4

31. Программа действий, принятая Рабочей группой, включает ряд проектов. Краткое описание этих проектов дается ниже.

а) Соглашения об обмене данными

32. Цель проекта состоит в том, чтобы "обеспечить разумное согласование соглашений об обмене данными и разработку приемлемого на международном уровне варианта для факультативного использования". В программе действий также устанавливается, что:

"Для обеспечения эффективности любого метода связи требуется установление определенного порядка. Такой порядок обеспечивается, как правило, за счет применения общепринятых правил поведения. В контексте ЭДИ такими правилами являются соглашения об обмене данными, заключаемые для ряда пользователей (например, ОДЕТТЕ), национальных организаций (например, СК-АЭДИ; Американская ассоциация адвокатов) и на региональном уровне (например, ЕЭС). Подобно Единообразным правилам поведения для обмена внешнеторговыми данными по телесвязи МТП (ЮНСИД), которые являются наиболее показательным примером в этом отношении, эти соглашения, как правило, применяются только к обмену данными, а не к основным коммерческим контрактам между сторонами.

Вместе с тем эти соглашения во многих случаях предусматривают различные решения в отношении рассматриваемых тем и нередко затрагивают вопросы, конкретно относящиеся к установленным потребностям для финансирующей отрасли промышленности, организации, страны или региона. Поэтому с учетом большого числа существующих соглашений и различия их условий в международной торговле могут возникать препятствия, связанные с отсутствием приемлемой на международном уровне формы соглашения, которую можно было бы утвердить с целью использования в коммерческой практике".

33. Проект включает следующие два элемента:

- "продолжение изучения осуществляемой в настоящее время деятельности, мониторинг разработки дополнительных соглашений, и

- разработка соглашения об обмене данными (подлежащее использованию во всей его полноте), которое следует рекомендовать для факультативного использования на международном уровне".

34. Рабочая группа постановила рассматривать этот проект, который планируется завершить к 1995 году, в качестве "самого первоочередного".

b) Юридический раздел ООН/СОВД

35. Данный проект имеет целью включить в ООН/СОВД (Справочник по обмену внешнеторговыми данными) раздел о правовых аспектах ЭДИ, включая правила ЮНСИД МТП. В раздел о правовых аспектах предполагается включить следующие вопросы: вступительное замечание о ЮНСИД; текст ЮНСИД; общее заявление, касающееся оценки соглашений об обмене данными и таких сопутствующих документов, как руководство для пользователей.

c) Оборотные документы

36. Цель проекта заключается в уменьшении препятствий в международной торговле, связанных с коммерческой практикой передачи прав путем использования таких оборотных документов, как коносаменты.

37. В описание проекта включены следующие элементы:

- Обзор и координация принятых ранее мер по достижению обращаемости электронных документов, а также мер по устранению оборотных бумажных документов (например, коносаментов) из коммерческой практики.

- Содействие принятию коммерческой практики, в рамках которой не требуется использования оборотных документов в международной торговле.

- Разработка, при необходимости, процедурных норм и принципов (приемлемых для использования в различных секторах коммерческой деятельности), которые позволяют обеспечить в случае их использования обращаемость электронных "документов", передаваемых в связи с международной торговлей.

d) Международная торговля - национальные барьеры, связанные с юридическими аспектами и коммерческой практикой

38. Цель проекта заключается в подготовке одного или нескольких докладов, исследований или аналитических исследований, предназначенных для:

- "Определения существующих барьеров, связанных с юридическими аспектами и коммерческой практикой (включая применение международных конвенций).

- Мониторинга текущих ответных мер по устранению таких барьеров, а также оценки и внесения предложений в отношении особых решений, касающихся их пригодности для других стран; по мере признания важности таможенного законодательства и практики для международной торговли и платежных операций и с учетом опыта, накопленного в области регулирующей таможенной деятельности, особое внимание следует уделять таможенному законодательству и практике.

- Предоставления информации и результатов анализа выгод для других международных организаций, занимающихся рассмотрением реформы законодательства или изменений в правилах и обычаях (например, ЮНСИТРАЛ и МТП)".

39. С тем, чтобы выполнить вышеуказанные цели, Рабочая группа приняла решение о следующем:

- "Разработка вопросника, предоставляемого для использования участникам Рабочей группы в качестве формата для анализа и предоставления информации в области национальных барьеров, которые могут существовать в отношении применения электронного обмена данными и аналогичных технологий по упрощению международной торговли. Такие барьеры могут носить законодательный или регулирующий характер, возникать в рамках юридической системы прецедентного права или появляться в результате существования правил и обычаев в рамках отраслей промышленности или сообщества.

- Получение ответов и подготовка аналитических докладов, включая рекомендации в отношении барьеров в международной торговле, упрощаемой путем использования электронного обмена данными и соответствующих технологий".

e) Подтверждение подлинности документов, передаваемых с помощью электронного оборудования; определение сообщений, передаваемых с помощью электронного оборудования, и "подписей" на них.

40. Целью проекта является:

"обеспечение для электронных сообщений и "подписей" такого же уровня юридической и коммерческой приемлемости, как в настоящее время для бумажных документов".

41. Для достижения данной цели Рабочая группа приняла решение о следующем:

"разработка в целях возможного принятия на национальном уровне единых определений таких терминов, как "запись", "документ, "подпись", и других соответствующих терминов, которые будут включать сообщения, передаваемые с помощью электронного обмена данными, а также соответствующих процедур, предназначенных для удостоверения подлинности этих сообщений в юридическом и коммерческом контексте и обеспечения соответствующего уровня их конфиденциальности".

f) Координация деятельности с другими органами

42. Целью проекта является:

"обеспечение координации деятельности WP.4 и других международных органов, включая органы системы Организации Объединенных Наций, в области коммерческих и правовых аспектов упрощения международной торговли".

43. Для достижения этой цели Рабочая группа приняла решение о следующем:

"подготовка для Рабочей группы периодических докладов, посвященных соответствующим проектам и деятельности других международных организаций и органов, и обеспечение соответствующей координации деятельности в отношении осуществления проектов, содержащихся в программе действий".

44. На заседании Рабочей группы, на котором была принята программа работы, представитель секретариата ЮНСИТРАЛ напомнил о том, что Генеральная Ассамблея предоставила Комиссии общий мандат по координации деятельности по вопросам, касающимся права международной торговли. Он отметил также, что отдельные результаты работы, которая будет осуществляться в рамках программы действий Рабочей группы, могли бы быть с пользой для дела учтены ЮНСИТРАЛ, и что если в результате такой работы потребуется рассмотреть правовые аспекты, то было бы более целесообразным рассмотреть их не в рамках Рабочей группы, а в рамках одной из рабочих групп ЮНСИТРАЛ.

C. Международная торговая палата (МТП)

45. В 1990 году МТП решила создать "Объединенную рабочую группу по юридическим и коммерческим аспектам ЭДИ". Согласно мандату, предоставленному этой Рабочей группе, она изучает деятельность по правовым вопросам, осуществляемую другими организациями, такими как Группа ТЕДИС, ООН/ЕЭК WP.4, ЮНСИТРАЛ и Международная ассоциация обмена данными (МАОД), с целью выработки "общей позиции, которая может быть позже представлена соответствующим правительственным организациям и организациям частного сектора". Одной из целей создания Рабочей группы было также "наблюдение за деятельностью в области ЭДИ для содействия рассмотрению вопросов, имеющих особое значение для международной коммерческой практики, путем тесного сотрудничества с другими организациями, занимающимися проблемами ЭДИ" 8/.

46. Первое совещание Объединенной рабочей группы состоялось в декабре 1990 года. Было решено создать Юридический комитет с целью рассмотрения правовых вопросов, возникающих в рамках ЭДИ. Перед Юридическим комитетом была также поставлена задача "определять, в какой степени МТП будет поддерживать различную международную правовую деятельность, а также какая работа с точки зрения подготовки унифицированных правил, типовых договоров или правовых руководств должна осуществляться МТП" 9/.

47. В работе этого совещания принял участие секретариат ЮНСИТРАЛ, который кратко информировал о работе, проделанной Комиссией в области электронного перевода средств, юридической ценности записей ЭВМ и подготовительной работы по ЭДИ. Председатель Объединенной рабочей группы отметил, что положение "в связи с устаревшими национальными законодательствами" обострилось "до крайней степени" и что, возможно, "международным организациям пора рекомендовать изменить соответствующие конкретные национальные законодательные положения и указать пути осуществления таких изменений" 10/.

48. На совещании, состоявшемся в апреле 1991 года, Объединенная рабочая группа МТП напомнила, что "вызывает сожаление, что в соответствии с национальными законодательствами многих государств для некоторых юридических сделок по-прежнему требуются собственноручно подписанные бумажные документы". Было отмечено также, что:

> "с учетом того, что фирмы нуждаются в надежной правовой основе для практического использования ЭДИ, различные занимающиеся вопросами ЭДИ организации должны осуществлять совместную деятельность, для того чтобы разрабатывать для коммерческих кругов надлежащие правовые механизмы, проводить исследования и оказывать консультативную помощь, особенно в том, что касается необходимости в четком и универсально признанном стандартном соглашении об обмене данными" 11/.

D. Международный комитет железнодорожного транспорта (СИТ)

49. Железнодорожные и другие транспортные предприятия, охватываемые Конвенцией о международных железнодорожных перевозках (КМЖП) и особенно Единообразными правилами, касающимися договора международной железнодорожной перевозки (МГК), поставили задачу заменить бумажные железнодорожные транспортные накладные, предусмотренные в правилах МГК, электронной документацией. Предполагается, что новая система, получившая название ДОСИМЕЛ (электронная документация МГК), будет готова к введению в действие в 1993 году.

50. СИТ опубликовал предварительный доклад под названием "Основополагающий юридический доклад ДОСИМЕЛ" (март 1991 года), в котором перечисляется ряд правовых вопросов, которые предстоит решить железнодорожному сектору. В докладе отмечается ряд вопросов, связанных с договорным правом, такие как составление транспортного договора, изменение договора в ходе перевозки, барьеры, препятствующие перевозке или доставке груза, и требования в отношении груза. В докладе также перечисляется ряд конкретных вопросов "электронного права", такие как защита данных, регистрация данных, доказательственная сила данных, хранение и ответственность. В докладе отмечаются правила ЮНСИД и ряд типовых соглашений об обмене данными, которые учитываются в исследовательской работе, проводимой СИТ по юридическим вопросам.

51. Секретариат будет внимательно следить за работой по юридическим вопросам в рамках этого проекта.

E. Международный союз автомобильного транспорта (МСАТ)

52. МСАТ также осуществляет подготовку стандартного соглашения по ЭДИ для использования предприятиями автомобильного транспорта и пользователями автомобильных транспортных услуг. В рамках предварительных исследований осуществляется подготовка сравнительного анализа законодательств всех государств - членов Конвенции о договоре о международной дорожной перевозке грузов (КДПГ), и лишь после завершения данного анализа будет подготовлен проект соглашения о передаче сообщений.

53. Секретариат будет также следить за юридическими изменениями в рамках этого проекта.

F. Международный морской комитет (ММК)

54. На своей тридцать четвертой конференции (Париж, июнь 1990 года) ММК принял текст "Правил ММК для электронных коносаментов" (см. документ A/CN.9/333, пункт 89), в дальнейшем именуемые как Правила ММК (см. пункт 69 и пункты 104-108 ниже). Во введении к этим Правилам напоминается, что предпочтение следует отдавать не оборотным коносаментам, а необоротным

морским накладным и что "необоротные морские накладные могут быть легко заменены сообщениями между заинтересованными сторонами, передаваемыми электронным способом" 12/. Вместе с тем отмечается также, что коносаменты, переданные электронным способом, будут иметь важную функцию при продаже товаров в пути.

C. Доклад "Юридической группы по информационным технологиям" (Франция)

55. Французское правительство запросило исследование по вопросу о французском доказательственном праве и о том, каким образом необходимо его изменить (или подтвердить), с тем чтобы обеспечить налаживание безбумажных юридических отношений. Результаты данного исследования были опубликованы в конце 1990 года Юридической группой по информационным технологиям (ЮГИТ) в докладе под названием "Общество без бумаги?" (в дальнейшем упоминаемый как доклад ЮГИТ) 13/. Доклад ЮГИТ не ограничивается рассмотрением аспектов торгового права и даже вопросами ЭДИ. В нем рассматриваются также вопросы и проблемы, которые типичны для передачи сообщений электронным способом применительно к потребительским сделкам. Хотя в нем в основном рассматриваются действующие правила лишь в одной правовой системе, некоторые из общих выводов, представленных в нем, заслуживают упоминания в настоящем документе. Доклад ЮГИТ является полезной попыткой правительства определить, какие изменения следует внести в статутное доказательственное право, с тем чтобы охватить будущие изменения в области электроники. В этом отношении его можно сравнить с приблизительно аналогичными исследованиями, проведенными другими органами в других странах (например, органами по упрощению процедур торговли, ассоциациями адвокатов).

56. В своих выводах доклад ЮГИТ устраняет широко распространенную обеспокоенность тем, что, возможно, с точки зрения норм о доказательствах, ЭДИ развивается в нормативном вакууме. В нем отмечается, что хотя существует очень незначительное число законодательных норм, специально разработанных для регулирования доказательств в контексте ЭДИ 14/, вопрос о доказательственной силе сообщений ЭДИ косвенным образом рассматривается в общих нормах о доказательствах, некоторые из которых были незначительно изменены с целью устранения ряда опасений, связанных с ЭДИ.

57. Важным примером такого общего законодательного акта во Франции является Статут о доказательстве юридических актов 1980 года (Loi du 12 juillet 1980 relative à la preuve des actes juridiques). Статут 1980 года имел целью обеспечить юридическое признание новых видов доказательств и, в частности, фотодокументов и микроформ подлинных бумажных документов. В соответствии с данным правоведами толкованием, статут допускает в качестве свидетельства и компьютерные записи. Основанием для такого толкования явился новый текст статьи 1348 Гражданского кодекса, в соответствии с которой доказательственную силу имеют копии, когда не имеется в наличии подлинника и когда копия является "не только верной, но и также надежной" ("fidèle" et "durable"). В статуте говорится, что "любое нестираемое воспроизведение подлинника, закрепленное на носителе информации, считается надежным, если более невозможно изменить занесенную на носитель информацию". Без сомнения, данное положение имело целью охватить ситуации, когда копия хранится в форме электронных данных, а бумажный подлинник уничтожен. Вместе с тем, необходимо отметить, что в 1980 году очень незначительное число электронных средств отвечали требованию о "невозможности изменения занесенной на носитель информации". Одиннадцать лет спустя, хотя и был достигнут значительный прогресс в технологии цифровой записи и были разработаны системы, известные как "WORM" (однократная запись, многократное прочтение), большинство электронных документов по-прежнему не отвечает данному требованию.

58. Что касается прецедентного права, то в докладе ЮГИТ отмечается, что лишь очень незначительное число дел было представлено на рассмотрение судов. Можно напомнить, что аналогичный вывод содержался в докладе Американской ассоциации адвокатов (ААА) об электронной коммерческой практике, обсуждавшемся в докладе, представленном на двадцать третьей сессии Комиссии (см. документ A/CN.9/333, пункт 44). Причина отсутствия прецедентного права может заключаться в том, что ЭДИ в настоящее время используется главным образом торговыми партнерами с установившимися долгосрочными отношениями. С учетом этого судебное разбирательство, возможно, рассматривается как неприемлемое средство разрешения споров. В докладе ААА также подчеркивается тот факт, что судебное разбирательство и юридические решения, которые могут быть приняты судами, рассматриваются пользователями ЭДИ как исключительно непредсказуемые. Поэтому стороны, поддерживающие отношения на основе ЭДИ, для разрешения своих возможных споров стараются использовать договорные решения.

59. Что касается конкретных соглашений о передаче сообщений, которые могут быть заключены сторонами, то в докладе ЮГИТ отмечается, что хотя многие такие соглашения уже были подготовлены во Франции, признаков, указывающих на преобладание единой договорной основы, нет. Очевидная причина многообразия договорных структур заключается в том, что такие

соглашения "приспосабливаются" для удовлетворения различных потребностей групп пользователей, к которым они применяются. Хотя в докладе ЮГИТ возражений в отношении использования таких соглашений нет, высказывается озабоченность в связи с опасностью несовместимости различных юридических ситуаций, вытекающих из различных соглашений. В докладе ЮГИТ высказывается еще одна серьезная озабоченность, заключающаяся в том, что соглашения о передаче сообщений не должны нарушать баланса возможностей сторон, находящихся в неравном экономическом положении, в ущерб более слабой стороне. Опять же можно отметить, что аналогичная обеспокоенность была выражена в докладе ААА 15/ и что она серьезно повлияла на выработку соглашения ААА.

60. Что касается изменений, которые необходимо внести в статутное доказательственное право, то первая рекомендация доклада ЮГИТ заключается в том, чтобы не предпринимать никаких попыток изменить законодательство до тех пор, пока не будет известна более подробная информация об условиях, при которых электронные сообщения и записи, создаваемые с целью обеспечения доказательственной силы, будут допускаться в качестве доказательств судами на основании действующего законодательства. Предлагается также не вносить законодательных изменений до тех пор, пока не будет известна более подробная информация о принципиальных решениях, ожидаемых от международных организаций. Другое предложение заключается в том, чтобы не вносить никаких изменений в основополагающие юридические принципы, касающиеся доказательств. В соответствии с докладом эти основополагающие принципы следует подтвердить с уделением особого внимания ответственности стороны, которая контролирует систему. В докладе ЮГИТ отмечается, что поскольку в ближайшем будущем, по всей видимости, произойдут дальнейшие технологические изменения, не следует предпринимать мер по подготовке "технологического статута", в котором юридически приемлемые способы сообщения определялись бы со ссылкой на технические стандарты.

II. СОГЛАШЕНИЯ ОБ ОБМЕНЕ ДАННЫМИ

61. С целью преодоления проблем, которые в настоящее время можно рассматривать как создаваемые недостаточным и недостаточно определенным регулированием вопросов ЭДИ в рамках систем статутного права и прецедентного права, в настоящее время в различных секторах коммерческой деятельности разрабатываются договорные соглашения об обмене данными (см. пункты 87-89 документа A/CN.9/333). Такое развитие договорных отношений имеет особо важное значение, когда на его основе разрабатываются правила, касающиеся доказательств в рамках ЭДИ.

62. Различные концепции типового соглашения об осуществлении ЭДИ между торговыми партнерами отражены в различных соглашениях, которые были рассмотрены секретариатом. Эти типовые соглашения являются также отражением различных потребностей различных категорий пользователей ЭДИ или потенциальных пользователей. Вместе с тем, можно отметить, что многие из этих типовых соглашений имеют ряд аналогичных характерных особенностей и что в большинстве из них делается прямая или косвенная ссылка на Правила ЮНСИД (см. пункты 82-86 документа A/CN.9/333).

63. В рамках ЭДИ число имеющихся типовых соглашений и других моделей договорных механизмов быстро растет. В настоящее время на различных уровнях международными организациями и национальными органами по упрощению процедур торговли или частными учреждениями разрабатывается значительное число таких типовых соглашений. Ряд таких типовых соглашений подготавливается для удовлетворения потребностей международной торговли, другие предполагается использовать в чисто национальном контексте. Можно провести еще одно разграничение между типовыми соглашениями, в которых рассматриваются юридические вопросы ЭДИ в целом, и соглашениями, которые ограничиваются рядом конкретных юридических вопросов. Вполне очевидно, что не все такие действующие документы попали в поле зрения секретариата. Кроме того, те типовые правила и соглашения, которые были приняты во внимание при подготовке настоящего доклада, носят в некоторой степени неоднородный характер. Необходимо также отметить, что некоторые из ряда соглашений об обмене данными, которые были специально подготовлены для использования на международном уровне, окончательно еще не доработаны (см. пункт 64 ниже). Поэтому представляется, что на этом этапе Комиссия, возможно, не в состоянии провести всеобъемлющий сравнительный анализ содержания таких соглашений. В настоящем докладе представлен лишь краткий обзор нескольких договорных механизмов, с тем чтобы сообщить Комиссии о тех юридических вопросах, которые, по всей видимости, будут рассматриваться в рамках договорной основы, о потребности в таких соглашениях о передаче сообщений и о сфере действия договорного права в области ЭДИ.

64. Секретариат рассмотрел следующие двенадцать важнейших соглашений об обмене данными и руководящих принципов коммерческих взаимоотношений в рамках ЭДИ:

Типовые соглашения, подготовленные для использования на национальном уровне:

- "Стандартное соглашение об электронном обмене данными Ассоциации ЭДИ" (далее в тексте - Соглашение СК-АЭДИ), подготовленное Ассоциацией ЭДИ Соединенного Королевства (2-е издание, август 1990 года);

- "Типовое соглашение торговых партнеров об электронном обмене данными" (далее в тексте - Соглашение ААА), подготовленное Американской ассоциацией адвокатов (июнь 1990 года);

- Типовое соглашение об ЭДИ (далее в тексте - Соглашение СИРЕДИТ), подготовленное Международным исследовательским и учебным центром права в области информатики и телесвязи (Франция, 1990 год);

- "Стандартное соглашение об ЭДИ" (далее в тексте - Соглашение НЗЕДИА), подготовленное Ассоциацией электронного обмена данными Новой Зеландии (Новая Зеландия, 1990 год);

- "Соглашение между торговыми партнерами об электронном обмене данными" (далее в тексте - Соглашение ЭДИКК), подготовленное Канадским советом по ЭДИ (Канада, 1990 год);

- Стандартное соглашение об обмене данными (далее в тексте - Квебекское соглашение), подготовленное министерством связи провинции Квебек (Канада, 1990 год);

- проект типового соглашения об обмене данными (далее в тексте - проект соглашения СИТПРОСА), подготовленный Организацией по упрощению процедур международной торговли в Южной Африке (март 1991 года);

Международные типовые соглашения, охватывающие вопросы ЭДИ в целом:

- проект "Европейского типового соглашения об ЭДИ ТЕДИС" (далее в тексте - проект соглашения ТЕДИС), подготовленный Комиссией Европейских сообществ (декабрь 1990 года);

- "Типовое соглашение о передаче данных в международной торговле" (далее в тексте - Соглашение ФИНПРО/СЭВ), согласованное Финляндской Республикой и государствами - членами СЭВ (1991 год);

Международные типовые соглашения, ограниченные рядом конкретных юридических вопросов:

- проект "Руководящих принципов, касающихся соглашений об обмене данными между таможенной службой и торговыми предприятиями и руководств для пользователей ЭДИ" (далее в тексте - проект руководящих принципов СТС), подготовленный Советом таможенного сотрудничества (март 1990 года) 16/;

- Руководящие принципы для соглашений об обмене данными (далее в тексте - Руководящие принципы ОДЕТТЕ), подготовленные Организацией по обмену данными через средства телесвязи в Европе (1990 год);

- "Правила ММК для электронных коносаментов", принятые Международным морским комитетом (ММК) в июне 1990 года (см. пункт 54 выше).

65. В этих различных типовых правилах устанавливаются различные подходы в отношении юридических вопросов, которые связаны с составлением контрактов электронным способом и которые были рассмотрены секретариатом в предварительном исследовании (A/CN.9/333). Кроме того, их структура часто является отражением различных правовых систем, из которых они вытекают.

66. Вместе с тем, необходимо отметить, что все эти типовые соглашения, правила и руководящие принципы носят договорный характер и могут вступать в силу лишь по согласию договаривающихся сторон. На такую характерную особенность прямо указывается в статье 1 правил ММК ("Эти правила применяются в случае согласия сторон"). Такое положение дел приводит к возникновению проблем в тех случаях, когда в соответствии с применимым правом сторонам не разрешается отходить от положений статутного права. Вместе с тем, основная проблема заключается в том, что положения договора не могут регулировать права и обязанности лиц, не являющихся сторонами данного договора. Договорные положения могут быть уместными и даже необходимыми для решения

юридических вопросов передачи сообщений по каналам ЭДИ в рамках закрытой системы, однако они вряд ли будут регулировать те же вопросы, когда они возникнут в открытых условиях. В связи с этим договорные решения юридических вопросов ЭДИ необходимо рассматривать в качестве первого шага, который может помочь разрешить многие имеющиеся практические проблемы и лучше понять вопросы, которые в будущем потребуют подготовки юридических документов.

A. Требование письменной формы

67. Во многих случаях типовые соглашения содержат положения, имеющие целью преодолеть проблемы, которые могут возникнуть в связи с действительностью и исковой силой юридических актов (в частности контрактов) в результате того, что эти акты составляются на основе обмена сообщениями по каналам ЭДИ, а не на основе обычных письменных документов. Можно отметить, что ни в одном таком договорном положении не предпринимаются попытки рассматривать те категории договоров, которые в соответствии с определенными правовыми системами необходимо заключать в определенной форме, как правило в форме письменного документа, подлинность которого удостоверяется государственным учреждением (см. документ A/CN.9/333, пункты 23-25). Что касается коммерческих контрактов, то в нескольких типовых соглашениях, рассмотренных секретариатом, используется один или оба из двух упомянутых ниже подходов для урегулирования вопроса о юридически обязательной силе сообщений ЭДИ.

1. Определение сообщений ЭДИ как письменных документов

68. Авторы многих типовых соглашений считают необходимым указать с помощью различных определений, что сообщения ЭДИ и бумажные документы должны рассматриваться на равной основе. Иногда это формулируется как "стратегия определения" 17/, направленная на установление юридической силы сообщений ЭДИ.

a) Общее определение ЭДИ как бумажного документа

69. Вероятно, наиболее широкое использование общих определений можно встретить в Правилах ММК. Например, в соответствии со статьей 4(d) предусматривается, что большая часть информации, содержащейся в сообщении о получении, включая описание груза, дату и место получения груза, дату и место отправки груза и ссылку на условия перевозки перевозчика, "имеет такую же силу и последствия, как и сообщение о получении, содержащееся в бумажном коносаменте". В этих Правилах содержится ряд других ссылок на бумажные документы с тем, чтобы на стороны, установившие отношения с помощью ЭДИ, распространялся такой же режим, что и "в случае выдачи бумажного коносамента". Например, такой подход применяется в статье 6 о применимом праве и статье 7 о праве контроля и передачи груза. Еще более конкретными являются статьи 10 и 11, соответственно озаглавленные "Возможность получения бумажного документа" и "Электронные данные эквивалентны письменному документу".

b) Определение юридически важных сообщений ЭДИ

Юридические последствия сообщений ЭДИ

70. В типовых соглашениях часто содержится положение, определяющее условия, в соответствии с которыми сообщения ЭДИ будут иметь юридически обязательные последствия для сторон. Например, в статье 3.3.2. Соглашения ААА говорится, что:

> "Любой документ, надлежащим образом переданный в соответствии с настоящим Соглашением, рассматривается ... как "письменный" или "в письменной форме"; и любой такой документ, содержащий подпись или скрепленный ею ("подписанные документы"), считается для всех целей a) "подписанным" и b) "подлинником" после распечатки из электронных файлов или записей, созданных и поддерживаемых в ходе нормальной деловой деятельности".

В приведенном примере можно было бы отметить, что понятие "подписанного документа" разработано с учетом местного законодательства, в частности Раздела 2-201 Единого торгового кодекса, в котором указывается, что некоторые договоры о купле-продаже товаров "не имеют исковой силы", если не имеется "какого-либо письменного документа, достаточно ясно указывающего на заключение договора о купле-продаже между данными сторонами и подписанного стороной, против которой возбуждается иск".

71. В чем-то похожий подход обнаруживается в проекте соглашения СИТПРОСА (статья 12), в котором указывается, что: "Каждая сторона гарантирует, что любое сообщение торговых данных (СТД), поступающее из находящейся под ее контролем сети ЭДИ, будет являться для нее обязательным". Приблизительно то же предусматривается в Соглашении ФИНПРО/СЭВ (статья 8):

> "При использовании электронного обмена данными юридическая сила документов определяется законностью подлинников документов и законностью сделки".

72. Положения, признающие юридические последствия сообщений ЭДИ, можно также обнаружить в Соглашении СИРЕДИТ (статья 2) и Квебекском соглашении (статья 6.3.(1)).

Юридические последствия контрактов, заключенных посредством ЭДИ

73. В некоторых типовых соглашениях прямо указывается, что контракты, заключенные путем обмена электронными данными, являются юридически действительными. Такой подход, например, предусматривается в проекте соглашения ТЕДИС (статья 10.1), в котором указывается, что: "Стороны признают действительность сделок, заключенных путем обмена сообщениями ЭДИ". Такое положение устанавливает разграничение вопроса о юридической силе контракта и вопроса о его доказательственной силе, который рассматривается в проекте соглашения ТЕДИС под общим заголовком "доказательственная сила сообщений ЭДИ" (см. пункт 80 ниже).

74. Следовало бы отметить, что в отличие от вышепроцитированного проекта соглашения ТЕДИС, не во всех типовых соглашениях в качестве отдельных рассматриваются вопросы юридической силы контрактов, заключенных путем обмена сообщениями ЭДИ, и вопрос об исковой силе таких контрактов (либо других юридических актов, оформленных с помощью сообщений ЭДИ). Такое положение отражает наличие различных подходов, используемых в национальных правовых системах, и различную практику разработки законодательства. В большинстве правовых систем предусматриваются различные правовые нормы для определения факта заключения и юридической силы контракта, а также для определения того, каким образом существование и содержание данного контракта может быть подтверждено в суде. Однако в некоторых правовых системах принято считать, что исковая сила контракта является, как правило, следствием его надлежащего оформления. В других правовых системах большее внимание уделяется тому факту, что контракт практически приобретает исковую силу через свое содержание, рассматриваемое как допустимое доказательство. Типовые соглашения, разработанные для применения в таких странах, предусматривают в этой связи касающиеся исковой силы нормы, в которых главным образом регулируются вопросы приемлемости доказательств в суде, и ряд других норм, целью которых является придание такой доказательственной силы юридическим актам, оформленным посредством ЭДИ.

75. Примером типового соглашения, в котором исковая сила контрактов обеспечивается в основном за счет установления норм, касающихся доказательств, является Соглашение ЭДИКК (статья 6.04 "Обеспечение соблюдения"), которое предусматривает, что:

> "Стороны договариваются считать, что в отношениях между ними каждый документ, получаемый получателем, представляет собой письменный меморандум, подписанный и доставленный его отправителем или от его имени, в целях любого закона или отдельной правовой нормы, требующего(щей), чтобы контракт был подтвержден письменным меморандумом или составлен в письменной форме, или требущего(щей) подписания и/или доставки любого такого письменного меморандума".

76. Еще одним примером положения о юридических последствиях заключения контракта посредством ЭДИ и содержащего ссылку на местные нормы права, является положение, содержащееся в Соглашении ААА (статья 3.3.3), которое гласит следующее:

> "... использование подписанных документов, переданных надлежащим образом в соответствии с настоящим Соглашением, должно отражать с точки зрения права процедуру переговоров и порядок исполнения, утвержденные сторонами ...".

В этом примере содержится ссылка на национальные нормы Единого торгового кодекса (см. пункт 70 выше), в частности на Раздел 1-205, в котором предусматривается, что "Процедура переговоров" сторон какой-либо конкретной сделки "должна рассматриваться как создающая общую основу понимания в целях толкования" используемых ими терминов и других действий. Имеется также ссылка на Раздел 2-208, в котором предусматривается, что "любой порядок исполнения, утвержденный или согласованный без возражений, может использоваться для определения смысла соглашения".

2. Отказ от прав в связи с сообщением ЭДИ

77. Второй подход, который можно охарактеризовать как "стратегию отказа", основывается на взаимном отказе сторон от прав или требований, которые у них могут быть в связи с оспариванием юридической или исковой силы сделки, заключенной с помощью ЭДИ, в соответствии с возможными положениями местного законодательства 18/. В этой связи в Соглашении ААА (статья 3.3.4) со ссылкой на юридические нормы в области доказательства, в соответствии с которыми определенные контракты должны подтверждаться в письменном виде, предусматривается, что:

"Стороны договариваются не оспаривать юридическую или исковую силу подписанных документов в соответствии с положениями любого применимого права, касающегося вопроса, должны ли определенные соглашения быть составлены в письменном виде и подписаны стороной, для того чтобы она была ими связана. Если подписанные документы представляются в качестве письменных доказательств в ходе судебного, арбитражного, административного или примирительного разбирательства, то они будут приемлемы в качестве таковых в отношениях между сторонами в тех же пределах и на тех же условиях, что и другие коммерческие записи, составляемые и ведущиеся в документарной форме. Ни одна из сторон не может оспаривать приемлемость копий подписанных документов в соответствии с принципом недопустимости показаний с чужих слов или в соответствии с требованием представления наилучших доказательств на основании того, что подписанные документы не были составлены или не велись в документарной форме".

В соглашении ЭДИКК (статья 6.04) предусматривается, что:

"Каждая сторона признает, что в случае любого касающегося контракта или связанного с ним судебного разбирательства между ними она настоящим недвусмысленно отказывается от всякого права выдвигать любые возражения против иска или отказываться от ответственности на основании отсутствия письменного меморандума или подписи".

78. В проекте соглашения ТЕДИС (статья 10.1) содержится несколько иное положение, предусматривающее со ссылкой на возможную юридическую недействительность контракта, что:

"стороны ... в прямой форме отказываются от любых прав возбуждать иск о юридической недействительности сделки, заключенной между ними, только на том основании, что данная сделка вытекает из использования информационной системы".

3. Доказательственная сила сообщений ЭДИ

а) Договорные правила о приемлемости доказательств

79. В свое время спорным вопросом являлась юридическая действительность согласованных частным образом стандартов о приемлемости доказательств в случае судебного спора. В настоящее время широко признано, что в соответствии с системами общего и гражданского права такие частные коммерческие соглашения о допустимости доказательств являются юридически действительными или, по крайней мере, не подпадают под общее запрещение.

80. В проекте соглашения ТЭДИС (статья 11) предусматривается, что:

"в случае судебного спора стороны не оспаривают допустимость в качестве доказательства сообщений, которыми они обменивались и которые хранятся в соответствии с положением настоящего Соглашения".

81. В соглашении ЭДИКК (статья 7.04) на основе содержащегося в нем определения "Журнала регистрации сделок" как "перечня всех документов и других сообщений, которыми обменивались стороны через сеть ЭДИ", предусматривается, что:

"Каждая сторона настоящим признает, что постоянная копия журнала регистрации сделок, заверенная в соответствии с настоящим Соглашением, приемлема при любом судебном, административном или другом разбирательстве между ними в качестве доказательства prima facie точности и полноты его содержания в той же мере, как и подлинник в письменной форме, и каждая сторона настоящим недвусмысленно отказывается от всякого права возражать против представления должным образом удостоверенной постоянной копии журнала регистрации сделок в качестве доказательства".

82. Аналогичное положение можно найти в Квебекском соглашении (статья 6.3.(2)) и проекте соглашения СИТПРОСА (статья 18). Аналогичным образом Руководящие принципы ОДЕТТЕ (положение 8) предусматривают, что:

"стороны, в случае возникновения между ними судебного спора, либо в других случаях, не оспаривают приемлемости в качестве доказательства журнала регистрации, подобного тому, который упоминается в положении 6, в какой бы форме он ни был представлен".

83. Какая бы формулировка не использовалась в договоренностях о приемлемости доказательств между сторонами соглашения о передаче сообщений ЭДИ, необходимо отметить, что соглашение о передаче сообщений не может быть использовано в качестве метода решения проблем, связанных с доказательством сделок ЭДИ, в том, что касается третьих сторон такого соглашения. Эта

трудность становится особенно очевидной, если в соответствии с национальным законодательством требуется представить письменный документ для целей отчетности, налогообложения или других целей регулирования и если третья сторона является государственным органом (см. A/CN.9/333, пункты 38-41). Однако следовало бы отметить, что на практике в ряде случаев эта трудность была уже преодолена, когда подписывались специальные соглашения или давалось согласие или разрешение государственных органов на компьютерное хранение бухгалтерской и другой отчетности. Имеются также случаи, когда эта проблема решалась за счет принятия конкретных законодательных положений. Аналогичная трудность, касающаяся прав и обязательств третьих сторон, может возникнуть в торговле в случае подписания контрактов между торговыми партнерами, пользующимися различными сетевыми системами ЭДИ. Несомненно, что в будущем коммерческие ситуации, связанные с использованием различных сетей ЭДИ, будут возникать чаще, по мере того как ЭДИ будет получать все большее распространение и перерастать из закрытых сетей в более открытую систему, в частности за счет использования интеграционных систем 19/, позволяющих устанавливать связь между различными системами ЭДИ.

b) Требование подлинника

84. В соответствии со многими правовыми системами общей нормой, регулирующей доказательства, является необходимость представления в суд документов и других записей в их подлинном виде, с тем чтобы убедиться, что представленные в суд данные аналогичны подлинным данным (см. A/CN.9/265, пункты 43-48). В ряде типовых соглашений предлагается договорное определение подлинного документа на основе "стратегии определения", принятой с целью снять требование о представлении письменного документа. Например, в Соглашении ААА (статья 3.3.2) предусматривается следующее:

> "("Подписанные документы") рассматриваются для всех целей как ... являющиеся "подлинником", если они отпечатаны с электронных файлов или записей, созданных и обновляемых в ходе обычных деловых операций".

По такой же схеме содержащееся в Соглашении СИРЕДИТ (статья 2) положение предусматривает, что стороны "рассматривают документы ЭДИ, которыми они обмениваются, как подлинные". Аналогичное положение содержится также в Соглашении ЭДИК (статья 7.04) и в Квебекском соглашении (статья 6.3).

85. Следует отметить, что по крайней мере в одной стране гражданского права правоведы выразили сомнения относительно того, может ли договорное определение подлинника иметь юридическую силу в случае отхода от законодательного положения, в котором перечисляется ограниченное число обстоятельств, при которых копия может заменить требуемый в обычных условиях подлинник при сохранении той же доказательственной силы 20/.

c) Удостоверение подлинности сообщений ЭДИ

86. Вопрос об удостоверении подлинности документов затрагивается в большинстве типовых соглашений. Следует, вероятно, напомнить (см. A/CN.9/333, пункты 50-59), что для удостоверения подлинности документов, передаваемых электронным способом, разработан ряд методов. Для идентификации передающих устройств в телексной и компьютерной связи часто используются методы обратного вызова и тестовых ключей для подтверждения источника сообщения. Для идентификации оператора посылающего устройства могут также использоваться методы комбинирования нескольких шифров.

87. Можно найти целый ряд типовых положений, касающихся идентификации личности отправителя и проверки верности сообщения. Например, Соглашение ААА (статья 1.5) предусматривает, что:

> "Каждая сторона принимает в качестве своей подписи электронное обозначение, которое состоит из символа (символов) или кода (кодов) и которое должно быть проставлено или содержаться в каждом документе, передаваемом такой стороной ("подписи"). Каждая сторона признает, что любая подпись, проставленная ею или содержащаяся в передаваемом документе, является достаточной для подтверждения того, что этот документ исходит от такой стороны".

Следует отметить, что это положение разработано с учетом Единого торгового кодекса (статья 1-201), который содержит определение "подписи".

88. В проекте соглашения ТЕДИС (статья 7.2) используется концепция "проверки сообщений", которая, представляется, включает в себя как идентификацию отправителя, так и проверку содержания сообщения. В нем предусматривается следующее:

> "Дополнительно к элементам контроля, касающегося сообщений ЭДИ в рамках ООН/ЭДИФАКТ, стороны соглашаются о процедурах, способах или методах обеспечения проверки сообщений. Проверка сообщений включает в себя идентификацию, удостоверение подлинности, проверку верности сообщения, а также запрещение отказа в принятии сообщения и осуществляется на основе использования цифровой подписи или любых других способов или процедур с целью установления подлинности сообщения...".

89. Что касается вопросов удостоверения подлинности, то очевидно, что для юридической надежности методов ЭДИ требуется применение жестких критериев, позволяющих обеспечить юридическую достоверность в том, что касается личности отправителя, его полномочий и верности сообщения. Следует однако отметить, что используемые различные методы удостоверения подлинности связаны с различными затратами. Быстрое и надежное подтверждение получения сообщения возможно при незначительных расходах. При несколько больших расходах, обусловленных более сложной обработкой на ЭВМ, можно проверить, что сообщение было получено полностью без ошибок при передаче. При еще больших расходах возможны методы кодирования, которые позволяют в ходе одной операции подтвердить, что сообщение не подверглось изменению, и обеспечивают уверенность в личности отправителя. Поэтому можно было бы предложить, что в своих торговых отношениях при использовании соглашения о передаче сообщений ЭДИ сторонам следует обеспечить, чтобы были предусмотрены все надлежащие методы проверки и чтобы связанные с этим расходы были разумными с учетом характера сообщений, которыми они обмениваются. Подобное упоминание о разумности используемых методов проверки редко содержится в типовых соглашениях. Однако оно появляется в одном из положений Соглашения ААА (статья 1.4) в связи с другим вопросом, касающимся обязательства каждой стороны проверять, чтобы отправитель сообщения был должным образом уполномочен на это. Эта статья гласит следующее:

> "Каждая сторона использует надлежащие процедуры безопасности ..., которые являются разумными и достаточными для обеспечения того, чтобы все связанные с передачей документов сообщения носили разрешенный характер, а также для защиты своей коммерческой отчетности и данных от незаконного доступа".

В Соглашении СК-АЭДИ (статья 4.2) и в Соглашении НЗЕДИА (статья 4.2) также учитывается возможное желание сторон договориться о различных уровнях удостоверения подлинности для проверки "сообщения" или "полноты и аутентичности сообщения".

d) <u>Доказательственная сила компьютерных записей</u>

90. Почти во всех типовых соглашениях предусмотрено положение, в соответствии с которым стороны обязаны вести регистрацию или журнал регистрации сообщений ЭДИ. Для решения вопросов юридического признания компьютерных записей в ряде соглашений о передаче сообщений предусматривается, что используемые методы регистрации должны обеспечивать сохранение отправляемых и получаемых сообщений в их подлинном виде, обеспечивать хронологическую регистрацию направляемых или получаемых сообщений и обеспечивать, чтобы регистрируемые сообщения ЭДИ можно было воспроизводить в удобной для прочтения форме, например с помощью распечатывающего устройства.

91. Положения, касающиеся обязательства ведения журнала регистрации данных, можно обнаружить в Соглашении ЭДИКК и в Руководящих принципах ОДЕТТЕ (см. пункты 81 и 82 выше), Соглашении СК-АЭДИ (статья 7), Соглашении НЗЕДИА (статья 7), Соглашении СИРЕДИТ (статья 7), Соглашении ФИНПРО/СЭВ (статья 6). В качестве примера можно привести положения, содержащиеся в проекте соглашения ТЕДИС (статья 8), которое предусматривает следующее:

> "8.1. Каждая сторона будет в хронологическом порядке вести полную регистрацию - "журнал регистрации данных" - для хранения всех передаваемых и получаемых сообщений ЭДИ в их первоначально переданном формате.
>
> 8.3. Помимо любых соответствующих национальных регламентационных или законодательных требований при ведении журнала регистрации данных в виде электронной записи или записи ЭВМ стороны обеспечивают, чтобы записываемые сообщения ЭДИ являлись легкодоступными и чтобы их можно было прочитать и в случае необходимости распечатать".

B. Прочие юридические вопросы, касающиеся составления контрактов

1. Подтверждение получения сообщений

92. Большинство типовых правил и соглашений о передаче сообщений включают особые положения, предусматривающие систематическое использование процедур "функционального подтверждения" (см. A/CN.9/333, пункты 48 и 49). Подтверждение получения сообщения лишь удостоверяет, что сообщение получено стороной-получателем, и его не следует путать с каким-либо решением стороны-получателя в отношении согласия с содержанием сообщения.

2. Согласие, оферта и акцепт

93. Положения, касающиеся оферты и акцепта, в существующих типовых соглашениях встречаются не очень часто. Однако подобное положение можно обнаружить в Соглашении ЭДИКК (статья 6.02), которое предусматривает следующее:

> "Несмотря на любые положения соглашения о поставках об обратном, передача и получение всех документов, составляющих контракт, представляет собой оферту о покупке или поставке указанных в нем товаров и услуг и акцепт такой оферты".

Такое положение не следует смешивать с другими положениями о подтверждении получения сообщений (см. пункт 92 выше). В официальном комментарии (см. TRADE/WP.4/R.732, стр. 14) разъясняется, что это положение включено в типовое соглашение, с тем чтобы использование сторонами сети ЭДИ для передачи информации, касающейся рекламы товаров и услуг или установления цен, и другой не содержащейся в контракте информации не должно иметь ненамеренных правовых последствий. Статья 6.02 предусматривает, что если данные не представлены в форме, которая необходима с технической точки зрения для их квалификации в качестве документа, они будут оставаться на уровне "коммерческих" сообщений, в отношении которых правовые последствия не предусматриваются.

94. В принципе вопросы, связанные с офертой и акцептом, могут иметь особое значение в контексте ЭДИ, поскольку ЭДИ создает новые возможности для автоматизации процесса принятия решений (см. A/CN.9/333, пункты 60-64). Такая автоматизация может повысить вероятность того, что ввиду отсутствия прямого контроля со стороны владельцев устройств будет отправлено такое сообщение и будет заключен такой контракт, которые не отражают фактического намерения одной или нескольких сторон в момент составления контракта. Автоматизация также повышает возможность того, что при отправке сообщения, не отражающего намерения отправителя, эта ошибка останется незамеченной как пославшей, так и принявшей сообщение сторонами до реализации ошибочного контракта. Последствия такой ошибки при отправке сообщения могут быть серьезнее в случае ЭДИ, чем в случае традиционных средств связи.

3. Общие условия

95. Следует напомнить (см. A/CN.9/333, пункты 65-68), что основная проблема, касающаяся общих условий контракта, заключается в установлении того, в какой степени они могут служить основанием требований к другой стороне договора. Во многих странах суды будут рассматривать вопрос о том, можно ли с разумными основаниями вывести из контекста, что сторона, в отношении которой выдвигаются требования на основании общих условий, имела возможность узнать об их содержании, или же можно было предположить, что данная сторона прямо или косвенно согласилась не возражать против всех или части этих условий.

96. Средства ЭДИ не приспособлены и даже не предназначены для того, чтобы передавать все юридические положения общих условий, напечатанных на оборотной стороне заказов на поставку, подтверждений и других бумажных документов, используемых торговыми партнерами. Это затруднение может быть устранено включением стандартных условий в соглашение о передаче сообщений, заключаемое между торговыми партнерами. В качестве примера такого положения в Соглашении ЭДИКК (статья 6.03) предусматривается, что:

> "Каждый контракт, заключаемый между сторонами, состоит из документов, полученных через сеть ЭДИ, и включает положения настоящего Соглашения и соглашения о поставках и регулируется ими... ".

В официальном комментарии разъясняется, что:

"До заключения настоящего соглашения стороны, как правило, вносят условия своих отношений в стандартное соглашение или доводят их до сведения друг друга посредством обмена контрактами, составленными по стандартной форме. В случае возникновения впоследствии спора в отношении положений и условий их контрактов, суд или арбитр стремятся разрешить его с помощью этих стандартных документов. Данное факультативное положение должно быть использовано сторонами, которые прилагают свои старые стандартные документы [к контрактам, которые они заключают с помощью электронных средств]. Цель состоит в том, чтобы переход к ЭДИ как к одному из средств связи не оказывал воздействия на их правовое положение. Однако стороны по возможности должны стремиться согласовать положения и условия своих контрактов в подписываемом ими едином стандартном соглашении. Это будет способствовать не только разрешению споров, но и, весьма вероятно, устранению многих потенциальных причин для возникновения спора, всегда представляющих проблему для сторон".

4. Время и место составления контракта

97. Стороны контракта практически заинтересованы в том, чтобы знать, где и когда составляется контракт. Когда контракт заключен, стороны становятся связанными правовыми обязательствами, с которыми они согласились, и контракт может начать действовать. В различных правовых системах время заключения контракта может определять такие вопросы, как момент потери оферентом права отзыва своей оферты, а адресатом оферты - своего акцепта; применимость законодательства, которое вступило в силу в период проведения переговоров; момент передачи прав на товар и перехода риска утраты или убытков в случае купли-продажи конкретно определенного товара; цена, когда она определяется по рыночной цене в момент заключения контракта. В некоторых странах место заключения контракта может также иметь значение для определения применимости обычной практики; компетентного суда в случае судебных споров; и применимого права в международном частном праве (см. A/CN.9/333, пункт 69).

98. При рассмотрении проблемы времени и места составления контрактов в контексте отношений по ЭДИ, у сторон, вероятно, будет часто иметься возможность выбора между правилом отправления и правилом получения, то есть между двумя решениями, которые наиболее часто используются в существующих правовых системах (см. A/CN.9/333, пункты 72-74). Так, этот вопрос является одной из важных проблем, которая обычно в отсутствие императивных положений статутного права, может быть урегулирована в соглашении о передаче сообщений.

99. Например, в проекте соглашения ТЕДИС (статья 10.2) содержится положение о времени и месте составления контрактов, которое гласит следующее:

"Что касается составления контракта, то считается, что контракт с помощью ЭДИ заключен в момент и в месте, в котором сообщение ЭДИ, представляющее собой акцепт оферты, получено информационной системой получателя (правило получения)".

100. В Соглашении ЭДИКК содержится аналогичное положение, в котором дается следующее определение "надлежащему получению" и юридической силе сообщений ЭДИ:

"Документ рассматривается как надлежащим образом полученный, когда получатель имеет к нему доступ через свой принимающий компьютер. Ни один документ не имеет никакой юридической силы, пока он не получен".

5. Ответственность за непередачу или ошибку в передаче сообщения

101. Вопрос, который прямо не связан с составлением контрактов, но который необходимо рассмотреть в рамках, регулирующих договорное оформление отношений по ЭДИ, заключается в определении того, на какой стороне лежит риск непередачи сообщения об оферте или акцепте или какого-либо иного сообщения, влекущего за собой юридические последствия, как например, инструкции о выдаче товара третьей стороне. Можно отметить, что обычно в типовых соглашениях оба случая непередачи сообщения или ошибки в сообщении рассматриваются в рамках одного положения.

102. Проект соглашения ТЕДИС (статья 12) гласит следующее:

"Каждая сторона несет ответственность за прямые убытки, понесенные по причине или в результате какого-либо намеренного нарушения настоящего соглашения или любой непередачи, задержки или ошибки в отправке или получении какого-либо сообщения или в принятии соответствующих мер. Ни одна сторона не несет ответственности перед другой за какие-либо случайные или косвенные убытки, понесенные по причине или в результате какого-либо подобного нарушения, невыполнения, задержки или ошибки.

Обязательства каждой стороны, налагаемые в силу настоящего соглашения об ЭДИ, приостанавливаются в течение того периода и в той степени, в которой форс-мажорные обстоятельства создают препятствия или задержку для осуществления этого обязательства какой-либо стороной.

Как только какие-либо обстоятельства, ведущие к неисполнению, задержке или ошибке, становятся известными любой стороне, она незамедлительно информирует об этом другую сторону (стороны) и прилагает все усилия к передаче сообщений с помощью альтернативных способов".

103. Несколько иной подход используется в проекте соглашения СИТПРОСА (статья 16), в котором устанавливается следующее:

"16.1 Риск и ответственность за любую ненадлежащую передачу и обусловленные ею убытки возлагаются на отправителя:

a. при условии соблюдения исключений, установленных в положении 16.2; и

b. при условии соблюдения условия о том, что отправитель не будет нести ответственности за любые косвенные убытки, помимо тех, за которые он нес бы ответственность в случае нарушения договора с точки зрения основного контракта, или тех, которые были прямо согласованы.

16.2 Хотя отправитель несет обязательства и ответственность за полноту и точность СТД [сообщение торговых данных], отправитель не будет нести ответственности за последствия, вытекающие из использования СТД, в случаях, когда:

a. ошибка может быть разумно сочтена очевидной и должна была быть обнаружена получателем;

b. согласованные процедуры удостоверения подлинности или проверки не были соблюдены".

6. Документы, дающие права на товары

104. В Правилах ММК рассматриваются конкретные проблемы, связанные с оборотными коносаментами. В рамках WP.4 также ведется обсуждение с целью выработки определения понятия "электронный коносамент". В условиях ЭДИ возникают два вопроса, связанные с оборотными документами. Первый вопрос заключается в том, могут ли быть учтены в контексте электронных сообщений оборотный характер и другие характеристики документов, связанных с правами на товары. Второй вопрос заключается в том, может ли проблема выдачи документов, касающихся прав на товары, быть рассмотрена в рамках контракта или какой-либо другой факультативной договоренности или же необходимо применение статутного права.

105. В Правилах ММК предусматривается система, которая сохраняет оборотный характер электронного коносамента путем использования перевозчиком шифра ("частного ключа"). Статья 7 ("Право контроля и передачи") гласит следующее:

"a. Держатель является единственной стороной, которая может в отношении перевозчика:

i. затребовать поставки груза;
ii. назначить грузополучателя или заменить назначенного грузополучателя другой стороной, в том числе собой;
iii. передать право контроля и передачи другой стороне;
iv. дать перевозчику инструкции по любому другому вопросу, связанному с грузом, в соответствии с условиями договора о перевозке, как если бы он был держателем коносамента, составленного в форме бумажного документа.

b. Передача права контроля и передачи осуществляется:

i. путем направления лицом, являющимся держателем в настоящий момент, уведомления перевозчику о своем намерении передать право контроля и передачи предлагаемому новому держателю; и
ii. путем подтверждения перевозчиком такого содержащего уведомление сообщения; причем
iii. перевозчик передает информацию, о которой говорится в статье 4 (за исключением "частного ключа"), предлагаемому новому держателю; после чего

iv. предлагаемый новый держатель сообщает перевозчику о принятии на себя права контроля и передачи; в силу чего

v. перевозчик аннулирует действующий "частный ключ" и сообщает новый "частный ключ" новому держателю.

c. Если предлагаемый новый держатель сообщает перевозчику о том, что он не принимает на себя право контроля и передачи, или не сообщает перевозчику о таком принятии на себя права в течение разумного периода времени, предлагаемая передача права контроля и передачи не происходит. Перевозчик направляет соответствующее уведомление лицу, являющемуся держателем, и действующий "частный ключ" сохраняет свою силу.

d. Передача права контроля и передачи, которая происходит описанным выше способом, имеет ту же силу, что и передача подобных прав по коносаменту, составленному в форме бумажного документа".

Статья 8 ("Частный ключ") гласит следующее:

"a. Каждый последующий держатель обладает своим собственным "частным ключом". Он не передается от держателя к держателю. Перевозчик и держатель каждый обеспечивает конфиденциальность "частного ключа".

b. На перевозчике лежит единственное обязательство послать подтверждение электронного сообщения последнему держателю, которому он сообщил "частный ключ", когда такой держатель обеспечивает защиту передачи, содержащей такое электронное сообщение, с помощью "частного ключа".

c. "Частный ключ" не должен иметь связи с любыми способами, используемыми для идентификации договора о перевозке, и любыми методами обеспечения защиты или идентификации, используемыми для доступа сети к ЭВМ, и должен отличаться от них".

106. Согласно другому взгляду на вопросы, связанные с документами, касающимися права на товары, в контексте ЭДИ защищается концепция использования необоротных транспортных документов. Эта точка зрения отражена, например, в первом проекте программного заявления МТП, в котором говорится:

"Многие из предполагаемых юридических "препятствий" для использования ЭДИ не являются действительными препятствиями, а скорее укоренившимися коммерческими привычками, которые необходимо изменить для того, чтобы обеспечить максимальную возможность использования ЭДИ. ... Одним из примеров предполагаемого препятствия является общераспространенное неправильное понимание, что сделки, связанные с оборотными документами, представляющими собой подписанные письменные документы, не могут совершаться посредством ЭДИ. Однако это возможно, если использовать необоротные электронные сообщения" 21/.

107. Что касается проблемы, заключающейся в том, может ли электронная система, обеспечивающая оборотный характер транспортных документов, удовлетворительно функционировать на чисто договорной основе, то здесь возникает вопрос о том, захотят ли или смогут ли все лица, которым в настоящее время право на транзитный груз будет передаваться с помощью использования оборотных коносаментов, составленных в виде бумажных документов, стать сторонами такой договоренности об использовании сети, которая будет регулировать права и обязательства сторон самой операции перевозки. Представляется, что по крайней мере для тех сторон, которые не участвуют в договоренности об использовании сети, необходимо будет регулирование на основе статутного права или международной конвенции.

108. В одном из комментариев по этому вопросу отмечается, что:

"Весьма вероятно, что масштабы использования оборотных транспортных документов в будущем сократятся. В коммерческой практике предпочтение будет отдаваться системе необоротных транспортных накладных или произойдет полная замена транспортных документов с помощью передачи соответствующей информации электронным способом. Независимо от возможного развития, в международной торговле будет по-прежнему ощущаться та же, что и раньше потребность в передаче, в рамках международных договоров купли-продажи, юридических прав от продавцов к покупателям. Является ли единственным удовлетворительным решением выработка международной конвенции о передаче прав на грузы, перевозимые из одной страны в другую? Весьма вероятно, что именно на этих вопросах будет концентрироваться внимание в ближайшем будущем и в течение оставшейся части столетия" 22/.

III. РАБОТА, КОТОРУЮ МОЖЕТ ПРОВЕСТИ КОМИССИЯ

A. Стандартное соглашение о передаче сообщений

109. Уже указывалось, что в настоящий момент уже разработаны или разрабатываются многочисленные соглашения о передаче сообщений или руководящие принципы для составления таких соглашений (см. пункт 63 выше). Также указывалось, что эти документы значительно отличаются в зависимости от различных потребностей различных категорий пользователей, для удовлетворения которых они предназначены. Разнообразие договорных механизмов иногда определялось в качестве препятствия разработке удовлетворительных юридических рамок для коммерческого использования ЭДИ. Тем не менее, предварительные исследования, которые были проведены секретариатом и резюме которых содержится в документе A/CN.9/333 и в настоящем докладе, не дают оснований для предположения о том, что структуры развития всех отношений в рамках ЭДИ должны обязательно быть строго единообразны с юридической точки зрения. Вероятно, такого единообразия достичь невозможно, учитывая различные виды коммерческих отношений, на которые оказывает или окажет влияние ЭДИ. Однако на основании предварительных исследований можно сделать также предположение о том, что существует необходимость в общих рамках, в которых определялись бы имеющиеся проблемы и устанавливался бы свод юридических принципов и базовых правовых норм, регулирующих передачу сообщений посредством ЭДИ. Другой вывод, который можно сделать на основании предварительных исследований, заключается в том, что такие базовые рамки могут создаваться и в определенной степени уже создаются на основании договоренностей между сторонами взаимоотношений по ЭДИ. Представляется, что имеющиеся договорные рамки, которые в настоящее время предлагаются кругу пользователей ЭДИ, часто являются неполными, взаимно не сопоставимыми и не могут использоваться на международном уровне, поскольку они в значительной степени основываются на структурах местного статутного права.

110. Можно отметить, что, хотя в настоящее время различные технические органы, учреждения по стандартизации и международные организации (см. пункт 64 выше) предпринимают активные усилия в целях разъяснения связанных с ЭДИ проблем, ни одна из организаций, в задачи которых в первую очередь входит всемирная унификация правовых норм, до настоящего времени не приступила к работе по теме соглашений о передаче сообщений. Правила МКК, которые представляют собой полезную попытку ввести в обращение электронный коносамент, содержат существенные положения, касающиеся проблем оборотного характера в условиях электронной передачи сообщений, однако в этих правилах не рассматриваются все юридические проблемы, вытекающие из передачи коммерческими партнерами сообщений посредством ЭДИ. Комиссия Европейских сообществ с помощью программы ТЕДИС разрабатывает типовое соглашение, которое будет представлять огромный интерес в региональном масштабе, но которое не было предназначено для всемирного использования.

111. Для достижения унификации базовых правил по ЭДИ в целях содействия использованию ЭДИ в международной торговле (см. пункт 3 выше) Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности подготовки стандартного соглашения о передаче сообщений для использования в международной торговле. Работа Комиссии в этой области будет иметь особое значение, поскольку она будет связана с участием представителей всех правовых систем, включая развивающиеся страны, которые уже сталкиваются в настоящее время или вскоре столкнутся со связанными с ЭДИ проблемами.

B. Другая работа

112. Как уже отмечалось в ряде документов и на совещаниях, связанных с проблемами, стоящими перед пользователями ЭДИ, например на совещаниях Рабочей группы по упрощению процедур международной торговли (WP.4) Европейской экономической комиссии Организации Объединенных Наций, существует общее мнение о том, что, несмотря на усилия, предпринятые в связи с Рекомендацией ЮНСИТРАЛ 1985 года (см. пункт 2 выше) и Рекомендацией ЕЭК 1979 года (см. A/CN.9/333, пункт 51), в деле упразднения обязательных требований, установленных в национальных законодательствах относительно использования бумажных документов и собственноручных подписей, существенного прогресса достигнуто не было. В письме Норвежского комитета по процедурам торговли (НОРПРО) секретариату высказывается предположение, что "одна из причин этому, возможно, заключается в том, что в Рекомендациях ЮНСИТРАЛ сообщается о необходимости модернизации юридических положений, однако не дается никаких указаний на то, как эта модернизация может быть проведена". Можно напомнить о том, что Рабочая группа по упрощению процедур международной торговли (WP.4) Европейской экономической комиссии Организации Объединенных Наций постановила разработать вопросник о юридических препятствиях использованию ЭДИ в различных правовых системах. Секретариат будет следить за проведением этого исследования и сообщит Комиссии о том, какая работа может быть проведена по этой проблеме.

113. Другое предложение о возможной будущей работе связано с проблемой замещения оборотных документов, касающихся права на товар (см. пункты 104-108 выше), и, более конкретно, транспортных документов сообщениями ЭДИ. Представляется, что с расширением использования ЭДИ именно в этой области все более остро проявляется необходимость в законодательных положениях. Комиссия, возможно, пожелает предложить секретариату подготовить исследование о целесообразности и возможности подготовки такого текста.

ПРИМЕЧАНИЯ

1/ Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее семнадцатой сессии, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать девятая сессия, Дополнение No. 17 (A/39/17), пункт 136.

2/ Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сороковая сессия, Дополнение No. 17 (A/40/17), пункт 360.

3/ Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок третья сессия, Дополнение No. 17 (A/43/17), пункты 46 и 47.

4/ Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок пятая сессия, Дополнение No. 17 (A/45/17), пункты 34-40.

5/ TEDIS PROGRAMME 1988-1989 Activity Report, (Brussels, Commission of the European Communities, COM(90) 361 final, 25 July 1990), p. 10 ff.

6/ TEDIS - The legal position of the Member States with respect to Electronic Data Interchange, (Brussels, Commission of the European Communities, September 1989).

7/ В этом подразделе дается общий обзор указаний, содержащихся в документе Commission communication on electronic data interchange (EDI) using telecommunications services networks (Brussels, Commission of the European Communities, COM (90) 475 final, 7 November 1990), p. 10.

8/ Joint Working Group "Legal and Commercial aspects of EDI" - Terms of Reference, (ICC document No. 460-10/2, Paris, 22 October 1990).

9/ Joint Working Party on Legal and Commercial aspects of EDI - Summary record of the meeting of 14 December 1990, (ICC Document No. 460-10/4, Paris, 30 January 1991), p. 1.

10/ Ibid., p. 4.

11/ Joint Working Party on Legal and Commercial aspects of EDI - Draft ICC policy statement on the development of EDI in international trade, (ICC Document No. 460-10/ Int. 14 Rev.2, Paris, 12 April 1991).

12/ Comité maritime international - 1990 Paris - II, XXXIVth international conference of the Comité maritime international, p. 210.

13/ Francoise Gallouédec-Genuys and others, Une société sans papier? Nouvelles technoligies de l'information et droit de la preuve, (Paris, La documentation francaise, 1990).

14/ Во французское налоговое законодательство были недавно внесены изменения (см. статью 47 Закона о внесении изменений в финансовое законодательство, 1991 год), направленные на то, чтобы при соблюдении некоторых условий установить в целях налоговой ревизии для электронных счетов-фактур тот же режим, что и для обычных счетов (Journal officiel de la République francaise, 30 декабря 1990 года).

15/ The Commercial Use of Electronic Data Interchange - A Report, (Chicago, Illinois, American Bar Association, 1990), p. 23. Также опубликовано в The Business Lawyer, vol. 45, No. S, June 1990, p. 1661.

16/ Что касается связанных с ЭДИ юридических вопросов, то Руководящие принципы СТС непосредственно придерживаются Правил ЮНСИД (см. A/CN.9/333, пункты 82-86).

17/ The Commercial Use of Electronic Data Interchange - A Report, (Chicago, Illinois, American Bar Association, 1990), p. 73. Также опубликовано в The Business Lawyer, vol. 45, No. S, June 1990, p. 1690.

18/ См. The Commercial Use of Electronic Data Interchange - A Report, (Chicago, Illinois, American Bar Association, 1990), p. 56. Также опубликовано в The Business Lawyer, vol. 45, No. S, June 1990, p. 1680.

19/ Разрабатываются новые методы для создания комплексных условий электронной передачи сообщений. Одним из таких новых моментов является Инициатива по приобретению и материально-техническому обеспечению с помощью ЭВМ (CALS) в Соединенных Штатах Америки.

20/ См. A. Bensoussan in La gazette de la télématique et de la communication inter-entreprises, No. 11, spring 1991, p. 20.

21/ Joint Working Party on Legal and Commercial aspects of EDI - Draft ICC policy statement on the development of EDI in international trade, (ICC Document No. 460-10/Int. 14 Rev.2, Paris, 12 April 1991).

22/ Jan Ramberg, The International Commercial Law Series, vol. 1, "International Carriage of Coods: Some Legal Problems and Possible Solutions" (1988).

V. КООРДИНАЦИЯ РАБОТЫ

A. Текущая деятельность международных организаций в области согласования и унификации права международной торговли: записка секретариата (A/CN.9/352) [Подлинный текст на английском языке]

1. Генеральная Ассамблея в резолюции 34/142 от 17 декабря 1979 года просила Генерального секретаря представлять на каждой сессии Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли доклад о правовой деятельности международных организаций в области международного торгового права вместе с рекомендациями о мерах, которые должны быть приняты Комиссией для выполнения возложенной на нее задачи по координации деятельности других организаций в этой области.

2. Во исполнение этой резолюции на регулярной основе выпускались подробные доклады о текущей деятельности других организаций в области согласования и унификации права международной торговли; последний из таких докладов был представлен на двадцать третьей сессии в 1990 году. Доклад для двадцать четвертой сессии Комиссии предполагалось построить другим образом. Было принято решение сообщить о степени возможного участия многосторонних и двусторонних организаций, занимающихся вопросами развития, в деятельности, цель которой состоит в модернизации торгового права в развивающихся странах.

3. Хотя развитие международного торгового права обычно рассматривается исключительно с точки зрения подготовки юридических текстов, регулирующих определенные аспекты права международной торговли, международными организациями, например организациями, деятельность которых освещалась в предыдущих докладах, международное сообщество оказывает влияние на развитие международного торгового права и в тех случаях, когда оно способствует развитию внутреннего торгового права. Секретариату было известно, что различные многосторонние и двусторонние учреждения, занимающиеся вопросами развития, оказывали помощь развивающимся странам в разработке законодательства по различным аспектам торгового права, включая такие области, как морское право, коммерческий арбитраж и интеллектуальная собственность. Секретариату было известно, что проекты такого характера осуществлялись по просьбе как правительств отдельных стран, так и групп правительств. Поэтому было признано, что создание глобальной картины такой деятельности было бы весьма полезно для всех заинтересованных сторон. В частности, было высказано пожелание получить информацию о том, в какой степени тексты унифицированных законодательных положений, подготовленные на международном уровне, служат основой для юридических текстов, подготавливаемых под эгидой учреждений, занимающихся вопросами развития.

4. Секретариат запросил у многосторонних и двусторонних организаций, занимающихся вопросами развития, информацию о проектах, которые они, возможно, финансировали в последние пять лет или в связи с которыми они, возможно, предоставляли техническую помощь в целях модернизации права, регулирующего тот или иной аспект экономической деятельности. В частности, были запрошены следующие подробности по каждому проекту: 1) название страны, в которой осуществлялся проект, а если он осуществлялся для региона или региональной организации - названия региона, организации и стран, которых он непосредственно касался; 2) дата начала осуществления проекта и, если он завершен, дата завершения; 3) тема проекта и вид составленного юридического текста; 4) характер и масштабы экспертной помощи, предоставленной при осуществлении проекта; 5) в случае наличия принятого на международном уровне унифицированного или типового юридического текста, касающегося частично или в полном объеме темы проекта, информация о том, что это за текст и i) был ли он целиком включен в текст, подготовленный в рамках проекта, или ii) использовался в качестве основы для текста, подготовленного в рамках проекта, или же iii) вообще не использовался в тексте, подготовленном в рамках проекта; и 6) информация о том, было ли право какого-либо государства, иного, чем государство, в котором осуществлялся проект, включено целиком или частично в текст, подготовленный в рамках проекта, или использовано в качестве основы для такого текста, и о характере изменений, если таковые были внесены. Кроме того, этим организациям было предложено представить ЮНСИТРАЛ юридические тексты в том виде, в котором они были приняты.

5. Хотя ряд организаций, которым были направлены запросы об информации, и представили ответы секретариату, полученные сведения вызвали разочарование. Сообщений о проектах реформ законодательства, о которых секретариту было известно из других источников и которые, по имеющимся у него данным, финансировались учреждениями, занимающимися вопросами развития, не поступило.

6. Вместо представления доклада, содержащего полученную им частичную информацию, которая может не дать полной картины, секретариат предполагает продолжить изучение этого вопроса и представить доклад о своих выводах Комиссии на ее двадцать пятой сессии.

B. ИНКОТЕРМС Международной торговой палаты (МТП) (A/CN.9/348) [Подлинный текст на английском языке]

1. В письме от 24 октября 1990 года исполняющий обязанности Генерального секретаря Международной торговой палаты (МТП) просил Комиссию рассмотреть вопрос об одобрении ИНКОТЕРМС 1990 для использования их во всем мире. В настоящем докладе приводится история принятия предыдущих решений Комиссии в отношении ИНКОТЕРМС 1953 и кратко излагаются причины, обусловившие подготовку нынешнего пересмотренного варианта.

2. ИНКОТЕРМС 1990 воспроизводятся в приложении к настоящему документу в том виде, в каком они были представлены секретариату Международной торговой палатой. На момент подготовки настоящего доклада текст ИНКОТЕРМС имелся на языке оригинала, т.е. на английском, а также в переводе на французский и испанский языки. Английский текст ИНКОТЕРМС 1990 прилагается к настоящему докладу на всех языках, кроме французского и испанского.

ИСТОРИЯ ВОПРОСА

3. На своей первой сессии в 1968 году Комиссия при принятии решения о своей программе работы охарактеризовала ИНКОТЕРМС 1953 как международный документ, имеющий особое значение для согласования и унификации права международной купли-продажи товаров 1/. В докладе о работе первой сессии Комиссии далее говорится:

> "20. Что касается "Международных торговых терминов 1953 года", то Комиссия постановила просить Генерального секретаря предложить Международной торговой палате представить Генеральному секретарю до начала второй сессии Комиссии доклад, содержащий ее мнения и предложения относительно возможных мер, которые могут быть приняты в целях поощрения более широкого использования теми, кто работает в области международной торговли, Международных торговых терминов и других торговых терминов" 2/.

4. Запрошенный Комиссией доклад был представлен ей на ее второй сессии в документе A/CN.9/14. На основании этого доклада Комиссия включила в принятую ею резолюцию по вопросу о международной купле-продаже товаров пункт следующего содержания:

> "Комиссия постановляет:
>
> * * *
>
> Относительно "международных торговых терминов 1953 года":
>
> 3. a) просить Генерального секретаря сообщить Международной торговой палате, что, по мнению Комиссии, желательно, чтобы было организовано самое широкое распространение Международных торговых терминов 1953 года в целях их всеобщего использования в международной торговле;
>
> b) просить Генерального секретаря сообщить мнение Комиссии по вопросу о Международных торговых терминах 1953 года региональным экономическим комиссиям Организации Объединенных Наций в связи с проводимым ими рассмотрением общих условий ЭКЕ" 3/.

1/ Пункт 6 документа A/CN.9/9, включенного в доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее первой сессии, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, двадцать третья сессия, Дополнение № 16 (A/7216), пункт 48.

2/ Пункт 20 документа A/CN.9/9, включенного в упомянутый доклад.

3/ Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее второй сессии, Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, двадцать четвертая сессия, Дополнение № 18 (A/7618), пункт 60.

5. В 1976 и 1980 годах в ИНКОТЕРМС были внесены поправки и включены дополнительные термины. Однако эти изменения в ИНКОТЕРМС не были в официальном порядке доведены до сведения Комиссии, и она не приняла каких-либо мер с целью одобрения этих пересмотренных вариантов.

6. В конце 80-х годов выяснилось, что ИНКОТЕРМС уже не отвечают потребностям торговли в той степени, в какой они отвечали ранее. В частности, было признано необходимым учесть в терминах расширение использования электронного обмена данными (ЭДИ). Кроме того, изменения в методах перевозки потребовали пересмотра целого ряда терминов. В итоге было принято решение полностью пересмотреть существующие термины, а не пытаться внести в них поправки.

7. ИНКОТЕРМС 1990 были утверждены МТП и вступили в силу 1 июля 1990 года. Они содержатся в публикации МТП № 460.

ANNEX

ICC INCOTERMS 1990*

CONTENTS

		Page
FOREWORD		4
INTRODUCTION		4
INCOTERMS 1990		
EXW	EX WORKS (... named place)	9
FCA	FREE CARRIER (... named place)	11
FAS	FREE ALONGSIDE SHIP (... named port of shipment)	14
FOB	FREE ON BOARD (... named port of shipment)	16
CFR	COST AND FREIGHT (... named port of destination)	18
CIF	COST, INSURANCE AND FREIGHT (... named port of destination)	20
CPT	CARRIAGE PAID TO (... named place of destination)	22
CIP	CARRIAGE AND INSURANCE PAID TO (... named place of destination)	24
DAF	DELIVERED AT FRONTIER (... named place)	27
DES	DELIVERED EX SHIP (... named port of destination)	29
DEQ	DELIVERED EX QUAY (DUTY PAID) (... named port of destination)	31
DDU	DELIVERED DUTY UNPAID (... named place of destination)	32
DDP	DELIVERED DUTY PAID (... named place of destination)	35

*Reprinted with the permission of the International Chamber of Commerce. Copyright © 1990, ICC Publishing S.A., publication no. 460.

Сохранена нумерация страниц оригинала.

FOREWORD

Sending goods from one country to another, as part of a commercial transaction, can be a risky business. If they are lost or damaged, or if delivery does not take place for some other reason, the climate of confidence between parties may degenerate to the point where a lawsuit is brought. However, above all, sellers and buyers in international contracts want their deals to be successfully completed.

If, when drawing up their contract, buyer and seller specifically refer to one of the ICC Incoterms, they can be sure of defining their respective responsibilities, simply and safely. In so doing they eliminate any possibility of misunderstanding and subsequent dispute.

Incoterms have been revised to take account of changes in transportation techniques—certain terms have been consolidated and rearranged—and to render them fully compatible with new developments in electronic data interchange (EDI). They are presented in a new format which allows seller and buyer to follow a step-by-step process to determine their respective obligations. A new lay-out makes Incoterms 1990 easier to use.

The publication is the result of extensive consideration by the ICC's Commercial Practices Commission and particularly its Trade Terms Working Party under the Chairmanship of Dr. Hans de Vries (Netherlands). Detailed drafting was entrusted to Professor Jan Ramberg (Sweden), Mr. Ray Battersby (United Kingdom), Mr. Jens Bredow and Mr. Bodo Seiffert (Germany), Mr. Mauro Ferrante (Italy), Mr. Asko Räty and Mr. Kainu Mikkola (Finland) and to Mrs. Carol Xueref (IHQ) to whom the ICC is particularly indebted.

The other Working Party participants were as follows: Mr. Ladislaus Blaschek (Austria), Mrs. Carine Gelens, Mr. Jan Somers (†) and Mr. Robert De Roy (Belgium), Mr. Matti Elovirta and Mr. Timo Vierikko (Finland), Mr. Klaus B. Winkler (Germany), Dott. Vladimiro Sabbadini (Italy), Prof. Ryohei Asaoka (Japan), Mr. Santiago Hernandez Izal (Spain), Miss Lyn Murray, Miss Brigitte Faubert and Mr. Pat J. Moore (United Kingdom).

INTRODUCTION

Purpose of Incoterms

1. The purpose of "Incoterms" is to provide a set of international rules for the interpretation of the most commonly used trade terms in foreign trade. Thus, the uncertainties of different interpretations of such terms in different countries can be avoided or at least reduced to a considerable degree.

2. Frequently parties to a contract are unaware of the different trading practices in their respective countries. This can give rise to misunderstandings, disputes and litigation with all the waste of time and money that this entails. In order to remedy these problems the International Chamber of Commerce first published in 1936 a set of international rules for the interpretation of trade terms. These rules were known as "Incoterms 1936". Amendments and additions were later made in 1953, 1967, 1976, 1980 and presently 1990 in order to bring the rules in line with current international trade practices.

Why new Incoterms?

3. The main reason for the 1990 revision of Incoterms was the desire to adapt terms to the increasing use of electronic data interchange (EDI). In the present 1990 version of Incoterms this is possible when the parties have to provide various documents (such as commercial invoices, documents needed for customs clearance or documents in proof of delivery of the goods as well as transport documents). Particular problems arise when the seller has to present a negotiable transport document and notably the bill of lading which is frequently used for the purposes of selling the goods while they are being carried. In these cases it is of vital importance, when using EDI messages, to ensure that the buyer has the same legal position as he would have obtained if he had received a bill of lading from the seller.

New transportation techniques

4. A further reason for the revision stems from changed transportation techniques, particularly the unitisation of cargo in containers, multimodal transport and roll on-roll off traffic with road vehicles and railway wagons in "short-sea" maritime transport. In Incoterms 1990 the term "Free carrier ... named place" (FCA) has now been adapted to suit all types of transport irrespective of the mode and combination of different modes. As a consequence, the terms which appear in the previous version of Incoterms dealing with some particular modes of transport (FOR/FOT and FOB Airport) have been removed.

New method of presenting Incoterms

5. In connection with the revision work within the ICC Working Party, suggestions were made to present the trade terms in another manner for the purpose of easier reading and understanding. The terms have been grouped in four basically different categories; namely, starting with the only term whereby the seller makes the goods available to the buyer at the seller's own premises (the "E"-term Ex works); followed by the second group whereby the seller is called upon to deliver the goods to a carrier appointed by the buyer (the "F"-terms FCA, FAS and FOB); continuing with the "C"-terms where the seller has to contract for carriage, but without assuming the risk of loss of or damage to the goods or additional costs due to events occurring after shipment and dispatch (CFR, CIF, CPT and CIP); and, finally, the "D"-terms whereby the seller has to bear all costs and risks needed to bring the goods to the country of destination (DAF, DES, DEQ, DDU and DDP). A chart setting out this new classification is given hereafter.

INCOTERMS 1990

Group E Departure	EXW	Ex Works
Group F Main carriage unpaid	FCA	Free Carrier
	FAS	Free Alongside Ship
	FOB	Free On Board
Group C Main carriage paid	CFR	Cost and Freight
	CIF	Cost, Insurance and Freight
	CPT	Carriage Paid To
	CIP	Carriage and Insurance Paid To