



Андрей Шамраев

**Правовое регулирование
международных
банковских сделок и
сделок на международных
финансовых рынках**

«Центр Исследований Платежных Систем и Расчетов»

2010

Шамраев А. В.

Правовое регулирование международных банковских сделок и сделок на международных финансовых рынках / А. В. Шамраев — «Центр Исследований Платежных Систем и Расчетов», 2010

Настоящее издание является первым в отечественной юридической литературе комплексным исследованием, включающим в себя анализ правового регулирования международных банковских сделок и сделок на международных финансовых рынках. В книге рассмотрены правовые аспекты таких широко распространенных в международной финансовой практике инструментов, как синдицированное кредитование, проектное финансирование, перевод денежных средств (включая электронный), торговое финансирование (документарные аккредитивы, резервные аккредитивы, документарные инкассо, банковские гарантии), выпуск еврооблигаций, американских депозитарных расписок, секьюритизация, сделки РЕПО и кредитование ценными бумагами, производные финансовые инструменты (деривативы), включая кредитные деривативы. Отдельно анализируется правовое регулирование финансовой инфраструктуры, включая международные (трансграничные) коммуникационные (SWIFT), платежные (CHIPS, EURO 1, CLS, TARGET) и расчетные системы (Euroclear, Streamclear). Представлен обширный перечень источников правового регулирования. Книга может быть использована в качестве пособия для студентов-юристов и экономистов, а также для специалистов, практикующих в финансовой сфере. 2-е издание, стереотипное.

© Шамраев А. В., 2010

© Центр Исследований Платежных
Систем и Расчетов, 2010

Содержание

Предисловие	6
Введение	7
Раздел 1 Правовое регулирование международных банковских сделок	10
Глава 1 Правовое регулирование международных кредитных сделок	10
1.1. Понятие и виды международных кредитных сделок. Право, применимое к международной кредитной сделке	10
1.2. Условия международного кредитного соглашения	12
1.3. Синдицированные (консорциональные) кредиты	16
1.4. Международное проектное финансирование	20
1.5. Кредиты иностранным государствам и правовые аспекты разрешения кризиса внешней задолженности	24
Глава 2 Правовое регулирование международного кредитового перевода	28
2.1. Понятие, источники и общие принципы регулирования	28
2.2. Международно-правовое регулирование электронного перевода денежных средств. Правовые основы деятельности SWIFT	31
Глава 3 Регулирование деятельности трансграничных (международных) платежных и расчетных систем	34
3.1. Понятие, источники и общие принципы регулирования	34
Конец ознакомительного фрагмента.	37

Андрей Васильевич Шамраев

Правовое регулирование международных банковских сделок и сделок на международных финансовых рынках

Предисловие

Настоящая книга является плодом авторского изучения правовой стороны международных финансовых отношений. Главная цель заключается в проведении комплексного анализа широкого круга вопросов правового регулирования международных банковских сделок и сделок на международных финансовых рынках. Именно такой подход позволяет получить полное представление о современном состоянии частноправовой среды международных финансов, что необходимо как с научной, так и с практической точки зрения. Кроме того, правовое регулирование данной сферы более тесно, чем в других случаях, связано с экономическими аспектами, что находит свое отражение в специфике терминологии и сложности описания тех или иных правоотношений (при необходимости точного отражения имеющихся экономических отношений).

Первым толчком к размышлениям по рассматриваемой тематике послужили в свое время работы А.Б. Альтшулера «Международное валютное право», Л.А. Лунца «Денежное обязательство в гражданском и коллизионном праве капиталистических стран», М.М. Агаркова «Основы банковского права». Настоящая книга ставит задачу показать читателям современные рамки частноправового регулирования международных финансовых отношений. Учитывая сохраняющийся дефицит на российском рынке юридической литературы, посвященной подобным вопросам, а также общую актуальность тематики международного финансового регулирования, надеемся, что книга будет полезна различным категориям читателей.

Каждая из глав, включенных в книгу, достойна развернутого и самостоятельного исследования. Опыт западных авторов (в качестве наиболее достойного, с субъективной точки зрения, примера может быть отмечен профессор Филипп Вуд) показывает, что рассматриваемая сфера практически необъятна. В связи с этим степень проработанности различных глав неоднородна (в частности, по коллизионным аспектам), хотя автор и старался учесть основные источники правового регулирования и доступную международную практику.

В современной юридической литературе можно встретить названия «международное банковское право», «международное финансовое право», «международное валютное право», «международное инвестиционное право», иногда претендующие на отраслевую независимость. Представляется, что выделение в целях проведения глубокого специального исследования круга правоотношений, характеризующихся единством субъектного состава (банки, иные финансовые институты), предмета (иностранная валюта, валютные ценности, финансовые инструменты) или цели деятельности (инвестиции), не может рассматриваться как достаточное для возникновения новой отрасли права. Более уместно говорить о локализации правовых норм, обладающих существенной сложностью и спецификой, но находящихся в рамках той отрасли права, с которой они связаны по предмету и методу регулирования. Применительно к международным банковским сделкам и сделкам на международных финансовых рынках это международное частное право.

Введение

Современное состояние мировой экономики характеризуется возрастающим доминированием сфер предпринимательской деятельности, связанных с международным финансовым посредничеством. Его целями являются аккумуляция денежных средств и дальнейшее их предоставление субъектам международных экономических отношений (в банковском секторе – в виде кредитов за счет вкладов, на финансовых рынках – в виде инвестиций за счет вложений в ценные бумаги и иные финансовые инструменты). Международное финансовое посредничество обеспечивается механизмами финансовой инфраструктуры (коммуникационные, торговые, платежные, клиринговые, расчетные системы), которые в равной степени востребованы в банковском секторе и на финансовых рынках.

В институциональном аспекте международное финансовое посредничество характеризуется деятельностью международных (глобальных) банков, банковских групп, финансовых холдингов (включающих финансовые организации различных типов), функционированием международных финансовых центров¹ с рынками (биржевыми и внебиржевыми), ориентированными на иностранных участников, и развитой финансовой инфраструктурой, а также различных по направленности оффшорных финансовых центров. Таковы в самом упрощенном виде характерные признаки международного финансового посредничества, понимание которых является важным для правового регулирования возникающих международных финансовых отношений.

Правоотношения, возникающие при совершении международных банковских сделок и сделок на международных финансовых рынках (далее при совместном упоминании в настоящем разделе – международных финансовых сделок), являются частноправовыми, осложненными иностранным элементом, как он понимается в международном частном праве.

Международные финансовые сделки могут быть охарактеризованы как трансграничные (cross-border) с участием в качестве как минимум одной из сторон сделки финансовой организации, обладающей специальной правоспособностью на осуществление банковской деятельности или деятельности на финансовом рынке. Специальная правоспособность финансовой организации подтверждается, как правило, лицензией или иным разрешением уполномоченного государственного органа, в зависимости от модели финансового регулирования и надзора. Трансграничность может проявляться следующим образом:

- ◆ при нахождении сторон международной финансовой сделки в различных государствах (банк и клиент, банки при межбанковских сделках, участник финансового рынка и клиент, биржа и участники и т. д.);
- ◆ при нахождении в различных государствах финансовых организаций, входящих в синдикат (при синдицированном кредитовании, выпуске еврооблигаций и т. д.);
- ◆ при нахождении в различных государствах финансовой инфраструктуры и обслуживаемых финансовых организаций.

Международные финансовые сделки могут быть также трансвалютными (crosscurrency), когда сделка совершается в валюте или с ценными бумагами, деноминированными в валюте, отличной от валюты, являющейся национальной для одной из сторон. Разновидностью трансвалютных сделок являются евровалютные (euro-currency) сделки, совершаемые в иностранной для обеих сторон сделки валюте². Ценные бумаги, эмитируемые в евровалюте, принимают

¹ Среди городов – Лондон, Нью-Йорк, Токио, Франкфурт, Шанхай, Гонконг, Цюрих, Париж, среди стран – Люксембург, Сингапур.

² Крупнейшим евровалютным рынком является Лондон. Противоположностью евровалютных сделок являются сделки с иностранной валютой (foreign currency) и иностранными ценными бумагами (foreign securities), совершаемые в национальной

форму евро-ценных бумаг (euro-securities), наиболее известной разновидностью которых являются еврооблигации.

Необходимо отметить следующие особенности, присущие правовому регулированию международных финансовых сделок.

Во-первых, необходимо учитывать роль *международных принципов и стандартов*, которые определяют рамочные требования к финансовому регулированию и надзору. В их числе можно отметить документы Банка международных расчетов («Ключевые принципы эффективного банковского надзора», «Ключевые принципы для системно значимых платежных систем»³, «Рекомендации для систем расчета по ценным бумагам»⁴, «Рекомендации для центральных контрагентов»⁵), Международной организации комиссий по ценным бумагам («Принципы и цели регулирования по ценным бумагам»), Мирового банка («Принципы эффективной несостоятельности и прав кредитора»), ФАТФ (40 рекомендаций, девять специальных рекомендаций). МВФ и Всемирный банк проводят оценку соответствия международным принципам и стандартам практики финансового регулирования и надзора различных стран в рамках Программы оценки финансового сектора (FSAP). Опубликовано более 700 отчетов. Оценка и публикация отчетов осуществляются на добровольной основе. Для банковского сектора важную роль играет находящийся за рамками FSAP документ Банка международных расчетов «Международная конвергенция измерения капитала и стандартов капитала: новые подходы» (Базель II)⁶.

Во-вторых, влияние норм *международного регулирования финансовых услуг*: для стран – членов ВТО действует Приложение по финансовым услугам к Соглашению по торговле услугами (ГАТС), в котором приведен перечень банковских и других финансовых услуг (исключая страхование).

В-третьих, влияние норм *европейского права*: действуют Директива от 20 марта 2000 г. 2000/12/ЕС «Об учреждении и ведении бизнеса кредитными учреждениями» (в редакции Директивы 2006/48/ЕС, интегрирующей в европейское право требования Базеля II); Директива от 21 апреля 2004 г. 2004/39/ЕС «О рынках финансовых инструментов», Директива от 19 мая 1998 г. 98/26/ЕС «Об окончательности расчета в платежных системах и системах расчета по ценным бумагам»; Директива от 6 июня 2002 г. 2002/47/ЕС «О соглашениях финансового обеспечения»⁷.

В-четвертых, влияние норм *национального финансового регулирования*, в частности:

◆ норм *банковского законодательства, законодательства о ценных бумагах (финансовых рынках)*, которые приводят к возникновению у финансовых организаций при совершении ими международных финансовых сделок не только договорных обязательств, но и дополнительных публичных обязанностей, которые могут ограничивать правоспособность финансовой организации (например, через вид лицензии, обязательные нормативы или иные пруденциальные требования);

◆ норм *валютного законодательства*, которые обуславливают возможности финансовых организаций по совершению международных финансовых сделок как количественно (по валюте сделки, срокам, суммам), так и качественно (по видам совершаемых сделок);

для одной из сторон сделки валюте. Возможна также мультивалютность (multicurrency) при возможности совершения сделки в одной из нескольких валют.

³ Отдельные положения будут рассмотрены в главе 3.

⁴ Совместно с Международной организацией комиссий по ценным бумагам (IOSCO). Отдельные положения будут рассмотрены в главах 3 и 11.

⁵ Совместно с Международной организацией комиссий по ценным бумагам (IOSCO).

⁶ Отдельные положения Базеля II будут рассмотрены во втором разделе.

⁷ Две последние директивы будут рассмотрены в соответствующих главах.

◆ *норм законодательства о противодействии отмыванию доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма*, которые обуславливают совершение международной финансовой сделки выполнением определенных требований (идентификация, обязательный контроль, сообщение о подозрительных сделках и т. п.), могут приводить к невозможности совершения международной финансовой сделки (в силу права финансовой организации отказать в совершении сделки при несоблюдении установленных требований или при ее подозрительности).

В-пятых, влияние *норм законодательства об информационных технологиях*: большинство межбанковских сделок, сделок на международных финансовых рынках совершаются путем обмена электронными сообщениями, в связи с чем возникают вопросы признания юридической и доказательственной силы таких сообщений. В некоторых случаях совершение сделки невозможно без использования электронных средств, например, при оказании финансовых интернет-услуг.

Говоря об источниках правового регулирования международных финансовых сделок, можно отметить документы, разработанные:

Комиссией ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ): в частности, Нью-Йоркская конвенция о международных переводных векселях и международных простых векселях, 1988 г., Нью-Йоркская конвенция о независимых гарантиях и резервных аккредитивах, 1995 г., Типовой закон о международных кредитовых переводах, 1992 г., Правовое руководство по электронному переводу средств, 1987 г.;

Международной торговой палатой: в частности, Унифицированные правила по договорным гарантиям, 1978 г., Унифицированные правила по гарантиям с платежом по требованию, 1993 г., Унифицированные правила по инкассо, 1995 г., Унифицированные правила для межбанковского рамбурсирования по документарным аккредитивам, 1996 г., Международная практика по резервным аккредитивам, 1998 г. (совместно с Институтом международного банковского права и практики), Дополнение по электронному представлению к Унифицированным правилам для документарных аккредитивов (eUCP), 2001 г., Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов, 2007 г.;

Международным институтом унификации частного права (УНИДРУА): Оттавские конвенции о международном лизинге и международном факторинге, 1988 г., проект Конвенции о материальных правилах, касающихся ценных бумаг, находящихся у посредника;

Гаагской конференцией международного частного права: Гаагская конвенция о праве, применимом к некоторым правам в отношении ценных бумаг, находящихся во владении у посредника, 2006 г.

Приведенный перечень источников позволяет сделать вывод о большей степени унификации (гармонизации) только применительно к международным банковским сделкам и в очень ограниченной степени (международные расчеты, вексельное право). Международные кредитные сделки, валютные сделки, сделки с евро-ценными бумагами, ценными бумагами, производными финансовыми инструментами (деривативами) на международных финансовых рынках регулируются генеральными соглашениями (master agreements), разрабатываемыми ассоциациями участников финансового рынка. В качестве примеров можно привести расположенные в Лондоне Ассоциацию ссудного рынка (LMA), Международную ассоциацию кредитования ценными бумагами (ISLA), Ассоциацию свопов и деривативов (ISDA); в Цюрихе – Ассоциацию международного рынка капиталов (ICMA); в Нью-Йорке – Ассоциацию индустрии ценных бумаг и финансовых рынков (SIFMA), Ассоциацию синдицированного кредитования и вторичного кредитного рынка (LSTA); в Париже – Ассоциацию финансовых рынков (ACI); в Гонконге – Тихоокеанскую ассоциацию кредитного рынка (APLMA). Конкретные виды генеральных соглашений рассмотрены в соответствующих главах.

Раздел 1 Правовое регулирование международных банковских сделок

Глава 1 Правовое регулирование международных кредитных сделок

1.1. Понятие и виды международных кредитных сделок. Право, применимое к международной кредитной сделке

Международная кредитная сделка является правовой формой, которая обеспечивает движение ссудного капитала в сфере международных экономических отношений. К ее отличительным признакам можно отнести:

- ◆ участие в кредитовании международных финансовых организаций, транснациональных банков, их филиалов, а также банков, расположенных на территории нескольких государств;
- ◆ участие в качестве заемщиков средних и крупных корпоративных клиентов, а также государств;
- ◆ предоставление кредитов на среднесрочной (от трех лет) и долгосрочной (до 15 лет) основе;
- ◆ активное использование выпуска ценных бумаг при предоставлении кредита;
- ◆ отсутствие единообразных международно-правовых норм, регулирующих международные кредитные сделки.

Международной кредитная сделка может быть признана при наличии в ней иностранного элемента, который может проявляться двояким образом:

- ◆ если банк (хотя бы один из банков, входящих в состав участников банковского консорциума) и заемщик расположены в различных государствах – так называемые трансграничные (cross border) международные кредитные сделки;
- ◆ если кредит предоставляется банком (банком-агентом при синдицированном кредитовании) заемщику в валюте третьей страны или одной из указанных валют – так называемые трансвалютные (cross currency) или мультивалютные международные кредитные сделки – при этом банк и заемщик расположены в различных государствах⁸.

Международные кредитные сделки можно подразделить в зависимости:

- ◆ от валюты займа: 1) на совершаемые в валюте страны, чью национальность имеет должник; 2) совершаемые в валюте страны, чью национальность имеет кредитор, и 3) совершаемые в валюте третьей страны или с использованием международных валютных единиц (специальных прав заимствования, евро);
- ◆ срока предоставления кредита: 1) на сверхсрочные (суточные, недельные, до трех месяцев); 2) краткосрочные (до одного года); 3) среднесрочные (от одного года до пяти лет) и 4) долгосрочные (свыше пяти лет);
- ◆ особенностей субъектного состава:

⁸ В том случае, если кредит предоставляется в валюте третьей страны, но банк и заемщик расположены на территории одного государства, нет оснований говорить о наличии иностранного элемента в кредитной сделке, поскольку по отношению к сделке будет применяться валютное законодательство государства места нахождения сторон, а не нормы международного частного права.

1) с точки зрения кредитора: а) на международные кредитные сделки, где в роли кредитора выступает банк или международная финансовая организация, и б) международные кредитные сделки, где в роли кредитора выступают два или более банка, действующие в рамках единого кредитного соглашения, – так называемые международные консорциональные (синдицированные) кредитные сделки; 2) с точки зрения заемщика: а) на международные кредитные сделки, где в роли заемщика выступает коммерческая (так называемые корпоративные займы) или некоммерческая организация, при этом при кредитовании внешнеторговых сделок кредит может предоставляться как экспортеру, так и импортеру (так называемые товарные кредиты), и б) международные кредитные сделки, где в роли заемщика выступает государство (так называемые суверенные займы);

◆ формы предоставления кредита на предусматривающие предоставление кредита: 1) путем перевода денежных средств (так называемые наличные кредиты) и 2) с использованием ценных бумаг (векселей, облигаций и т. п.);

◆ целевого характера использования кредита на заключаемые в целях финансирования: 1) совершения определенной сделки (группы сделок), 2) определенной сферы предпринимательской деятельности (чаще всего в рамках суверенных займов) и 3) определенного объекта предпринимательской деятельности (проектное финансирование).

Говоря о международных кредитных сделках, нельзя обойти вниманием вопрос о праве, применимом к международной кредитной сделке. Выбор применимого права самими сторонами является наиболее предпочтительным для банка вариантом, поскольку позволяет снизить правовые риски, связанные с применением норм того или иного законодательства. Поскольку банк, как правило, имеет возможность самостоятельно определять условия предоставления кредита (за исключением случаев особого интереса к заемщику или в случае государственных займов), право страны банка обычно указывается в качестве применимого права. В случае выбора права страны-заемщика в качестве применимого заемщик оказывается в более предпочтительном положении, чем банк, поскольку последний несет все правовые риски, связанные как с действующим законодательством, так и изменениями в нем. На практике возможно использование следующих защитных оговорок:

1) применимое право на момент заключения договора – все последующие изменения в законодательстве страны-заемщика не будут затрагивать сам договор и правоотношения по нему;

2) исполнение вне зависимости от изменений в законодательстве – заемщик обязуется выполнить свои обязательства по договору вне зависимости от последующих изменений национального законодательства.

Эффективность данных оговорок обычно невысока, поскольку признание или непризнание их действительности зависит от норм самого применимого права. Выбор в качестве применимого права третьей страны может быть обусловлен степенью либеральности валютного, банковского и гражданского законодательства, эффективностью судебной защиты, исполнения судебных решений и рядом иных факторов. В качестве варианта данного случая может использоваться выбор права финансового рынка (в частности, английского права при евровалютных сделках) с разработанными саморегулируемыми организациями детальными правилами совершения сделок, что позволяет использовать в качестве норм применимого права в том числе данные правила.

В том случае, если применимое право не избрано сторонами, если суд не руководствовался принципами наличия подразумеваемого выбора или наиболее тесной связи, будут использоваться традиционные коллизионные привязки, которые могут быть разделены следующим образом:

◆ коллизионные привязки, касающиеся непосредственно кредитных сделок и указывающие на право страны места нахождения кредитора, как на право, применимое к кредитному

договору (характерно для законодательства стран СНГ, включая Россию⁹, Балтии, некоторых стран Восточной Европы (Венгрия, Югославия), Китая);

◆ коллизионные привязки, касающиеся банковских сделок как таковых и указывающие на право страны места нахождения банка как на применимое право (Австрия, Румыния);

◆ коллизионные привязки общего характера, которые могут использоваться применительно к международному кредитному соглашению, среди которых:

1) *lex loci solutionis* – как право страны, где международная кредитная сделка подлежит исполнению, т. е. осуществлен возврат кредита банку, включая время и способ платежа,

2) *lex rei sitae* – как право страны, где находится обеспечение кредита,

3) *lex monetae* – как право страны, в чьей валюте предоставлен кредит, включая определение обменного курса, но если судом выносится решение о платеже в национальной валюте в эквиваленте валюты кредита, то применимым правом является право страны суда (*lex fori*).

Предоставляемые евровалютные кредиты подчинены, как правило, английскому праву в силу использования стандартной кредитной документации, разработанной LMA. Стандартные формы кредитных соглашений LMA содержат набор «жестких» условий (*hard provisions*) и «мягких» (*soft provisions*) условий. Первые определяют основные понятия, порядок предоставления и возврата кредита, порядок уплаты процентов, закрепляют права и обязанности сторон, регулируют вопросы выбора применимого права. Если стороны договариваются об использовании форм соглашений LMA, «жесткие» условия не могут быть изменены, а «мягкие» определяются сторонами с учетом особенностей кредитной сделки.

1.2. Условия международного кредитного соглашения

Под международным кредитным соглашением (*international loan agreement*), условия которого будут проанализированы далее, имеется в виду соглашение, предусматривающее предоставление кредита в денежной форме на среднесрочной или долгосрочной основе одним банком-кредитором одному заемщику – коммерческой организации. Данное соглашение включает в себя базовый перечень условий, которые изменяются и дополняются в зависимости от вида международной кредитной сделки. Рассматриваемые условия характерны и для синдицированных кредитных соглашений.

Заключение международного кредитного соглашения и его вступление в силу. Выбор места заключения международного кредитного соглашения и места вступления его в силу (если они не совпадают) в отношении применимого права имеют значение с точки зрения формы и порядка заключения соглашения, порядка налогообложения, установления подсудности и иных вопросов.

Вступление международного кредитного соглашения в силу зависит от выполнения заемщиком до начала предоставления кредита так называемых предварительных условий (*conditions precedent*). В их число, как правило, входит обязательство представления заемщиком документов о корпоративном статусе, документов, подтверждающих финансовое положение заемщика, заключение договоров обеспечения, а также получение юридических заключений.

Исполнение банком-кредитором своих обязательств (предоставление кредита). Согласно кредитной документации LMA¹⁰, кредитное соглашение может быть обязывающим кредитора (*committed facility*) или не обязывающим кредитора (*uncommitted facility*). В случае обязывающего кредитного соглашения обязательства кредитора по предоставлению кредита, в

⁹ Подпункт 8 пункта 3 ст. 1211 ГК РФ.

¹⁰ Разработана преимущественно для синдицированного кредитования, но условия типовых форм широко используются и при заключении стандартных кредитных соглашений.

том числе частями (траншами), обычно обусловлены соблюдением заемщиком предварительных условий. Что касается обязанности заемщика принять кредит, то стандартные кредитные соглашения требуют от заемщика направления в банк запроса об использовании кредита (*utilisation request*) в согласованной форме и право банка в течение согласованного времени (*availability period*) направить заемщику подтверждение. По истечении согласованного периода времени заемщик утрачивает право на получение кредита.

Кредит может предоставляться единой суммой либо частично (в том числе при открытии кредитной линии), а также с возможностью восстановления суммы кредита в пределах согласованной общей суммы (револьверный кредит). Кредит может быть предоставлен как головной организацией банка, так и через его филиал (филиалы), что весьма актуально при введении валютных ограничений в стране по месту нахождения головной организации. Кредит предоставляется в безналичной форме путем перечисления соответствующих денежных средств. Местом предоставления кредита при трансвалютных (мультивалютных) кредитных сделках является банковский счет заемщика, открытый в стране, в чьей валюте предоставляется кредит. Время предоставления кредита устанавливается по соглашению сторон. При мультивалютной кредитной сделке заемщику может предоставляться право избрания валюты кредита из ряда указанных в кредитном соглашении. Все расходы, связанные с предоставлением кредита, в том числе по конвертации и уплате комиссионных вознаграждений при переводе, относятся на счет заемщика.

Гарантии и обязательства заемщика. Целью гарантий заемщика (*warranties*) является предоставление банку-кредитору необходимой информации, касающейся правового статуса заемщика и его финансового состояния в течение действия соглашения, в том числе перед предоставлением очередной части кредита. Все предоставляемые заемщиком гарантии можно условно разделить на два вида:

1) правового характера, к которым можно отнести гарантии: правового статуса заемщика и полномочий его должностных лиц; действительности и возможности принудительного исполнения обязательств заемщика; соответствия законодательству и ряд других;

2) финансового характера, к которым можно отнести гарантии: достоверности представленной финансовой отчетности; отсутствия фактов неисполнения по другим соглашениям; отсутствия судебных претензий к должнику или вероятности таких претензий и ряд других.

Включение вышеуказанных положений в международное кредитное соглашение придает им силу существенных договорных условий и позволяет банку-кредитору в случае указания заемщиком ложных, неполных или неправильных сведений приостановить предоставление очередной части кредита и потребовать досрочного возврата заемщиком предоставленных средств, прибегнув в случае необходимости к принудительному исполнению.

В зависимости от своей цели условия международного кредитного соглашения могут быть подразделены: 1) на ограничительные – в отношении прав заемщика и 2) охранительные – в отношении прав банка-кредитора¹¹.

Ограничительные условия

1. Условие о запрете залога (*negative pledge clause*). Его цель – ограничить предоставление заемщиком обеспечения какому-либо одному кредитору в ущерб интересам остальных, а также общий размер обязательств заемщика, поскольку он лишается возможности использовать имущество в качестве обеспечения, и тем самым ограничить рост числа кредиторов. Поскольку абсолютный запрет залога означал бы невозможность для заемщика принимать на себя иные обязательства, то обычно он применяется в ограниченной степени (в вариантах рав-

¹¹ См.: *Wood Ph. R. Law and Practice of International Finance*. London, 2008. P. 109–125.

ного и пропорционального обеспечения, эквивалентного обеспечения, автоматического обеспечения и др.).

2. Условие об ограничении права заемщика на реорганизацию. Оно имеет целью снизить для банка-кредитора риск, возникающий при реорганизации заемщика с учетом того, что наибольшую опасность из всех способов реорганизации представляет слияние с передачей имущества и имущественных прав.

3. Условие о запрете на распоряжение имуществом. Направлено на обеспечение сохранности имущества, воспрепятствование изменению характера деятельности заемщика (при целевом финансировании), а также предотвращение обхода запрета залога. Если заемщиком является материнская компания, то рассматриваемое условие применяется и в отношении сделок дочерних компаний.

4. Условие об ограничении распределения прибыли (*distribution restriction clause*). Ограничивает размер прибыли, которую заемщик вправе распределить среди акционеров, процентом от чистого дохода, полученного с начала финансового года.

5. Условие об ограничении передачи прав и обязанностей по кредитному соглашению. Носит односторонний характер и ограничивает только право заемщика передавать свои права и обязательства по международному кредитному соглашению третьим лицам, не затрагивая права банка-кредитора.

Охранительные условия

1. Условие о пропорциональном обеспечении (*pari passu clause*). Имеет целью поставить всех необеспеченных кредиторов одной очереди в равное положение непосредственно на момент признания заемщика неплатежеспособным. На практике данное условие имеет форму договорной гарантии, нарушение которой позволяет банку-кредитору ускорить возврат кредита.

2. Условие о пропорциональной компенсации (*pro rata sharing clause*). В отличие от предыдущего это условие распространяется на процесс ликвидации заемщика и предоставляет необеспеченному кредитору право на получение выплат, пропорциональных (*pro rata*) размеру своего требования.

3. Условия о расчете экономических показателей. Выполняют функцию предупреждения банка-кредитора о возможном неисполнении со стороны заемщика путем предоставления банку определенных экономических показателей, характеризующих финансовое состояние заемщика, к которым относятся: соотношение между суммой кредита и размером собственных средств заемщика (*debt-equity ratio*); минимальная чистая стоимость имущества заемщика (*net worth minimum*); отношение текущих активов к текущим пассивам заемщика (*current ratio*); минимальный размер оборотного капитала (*working capital minimum*).

Исполнение заемщиком своих обязательств (возврат кредита). Местом возврата кредита является корреспондентский счет банка-кредитора, открытый в стране, в чьей валюте предоставлялся кредит. Выбор места исполнения не только имеет целью снижение валютных и курсовых рисков, оно также важно с точки зрения установления применимого права, поскольку во многих правовых системах место платежа считается и местом исполнения обязательства, в связи с чем при использовании *lex loci solutionis* применимым правом будет являться право места совершения платежа. Время возврата кредита устанавливается по соглашению сторон, и по общему правилу досрочный возврат кредита (*prepayment*) допускается только при условии согласия банка-кредитора или его предварительного уведомления, за исключением случаев так называемых компенсационных досрочных выплат, когда заемщик обязан возратить кредит досрочно при наличии определенных кредитным соглашением обстоятельств (экспроприации, изменения, связанные со структурой управления заемщика, существенные негативные изменения в финансовом положении и нарушение дочерними компаниями своих обя-

зательств и др.). Сумма, подлежащая возврату заемщиком, включает в себя сумму кредита (principal amount) и проценты по ней (interest). Последние в свою очередь состоят из ставки Лондонской межбанковской ставки размещения (LIBOR) плюс прибыль (margin) банка-кредитора. В соглашении не обязательно указывается размер процентов, если предусмотрен способ его исчисления. Широкое распространение в практике получила так называемая плавающая ставка (floating rate), которая зависит от ситуации на межбанковском рынке. Обычно она определяется за несколько банковских дней до окончания периода, за который начисляются проценты. В международные кредитные соглашения часто включается также оговорка о защите прибыли банка (margin protection clause), цель которой – исключить издержки банка-кредитора в связи с неблагоприятным изменением налогового, валютного и иного законодательства страны места нахождения заемщика и согласно которой заемщик принимает на себя риск увеличения издержек по кредиту. В случае когда заемщик осуществляет возврат кредита в валюте, отличной от валюты предоставления, заемщик гарантирует банку-кредитору возврат в полном размере и обязан компенсировать издержки, связанные с обменом.

Неисполнение заемщиком своих обязательств. Случаи неисполнения заемщиком своих обязательств (default) можно подразделить в зависимости от степени связи с обязательствами заемщика по кредитному соглашению на следующие:

1) действительное неисполнение, при котором заемщик не в состоянии исполнить основное обязательство (monetary clause), т. е. осуществить своевременный возврат кредита;

2) подразумеваемое неисполнение, которое затрагивает нарушение договорных гарантий и иных обязательств;

3) условное неисполнение, которое прямо не связано с обязательствами по кредитному соглашению, но может вызвать действительное неисполнение, например, в случае возбуждения дела о признании заемщика банкротом, неблагоприятное изменение законодательства или действия государственных органов (введение эмбарго, прекращение переводов, арест счетов и пр.)¹².

В зависимости от событий неисполнения можно говорить также о личном неисполнении и так называемом кросс-дефолте, т. е. неисполнении обязательств заемщика по иным соглашениям (cross default), в том числе зависимыми компаниями, которым заемщик оказывает финансовую поддержку или в отношении обязательств которых является гарантом (cross default into subsidiaries).

Что касается последствий неисполнения, то необходимо отметить, что для установления правомерности требований банка-кредитора о применении в отношении заемщика тех или иных средств правовой защиты суд использует так называемый тест существенности (materiality test), который в свою очередь может быть общим (т. е. характеризует степень нарушения) и специальным (т. е. конкретизирует нарушение), например, показывает, превышает ли кредит, обязательство по которому было нарушено, определенную сумму. При этом общий тест применяется ко всем видам нарушений, так как, если не будет установлена существенность нарушения, банк-кредитор не имеет права требовать ускорения возврата кредита. При несущественном нарушении заемщику может быть предоставлена отсрочка платежа (grace period) при действительном и срок для устранения нарушений при подразумеваемом неисполнении. При условном неисполнении к существенным обстоятельствам можно отнести неплатежеспособность заемщика; его ликвидацию в процессе конкурсного производства; события, связанные с изменением законодательства или действиями государственных органов (национализация, экспроприация, введение валютных ограничений и т. п.); а также события, рассматриваемые в соответствии с условиями кредитного соглашения банком-кредитором как «существенные

¹² Хотя этот случай может быть отнесен применимым правом или судом к обстоятельствам непреодолимой силы.

негативные изменения», т. е. препятствующие возможности и желанию заемщика выполнить свои обязательства по кредитному соглашению.

В случае неисполнения кредитор может использовать следующие средства правовой защиты¹³:

- ◆ расторжение кредитного соглашения и ускорение выплат (cancellation and acceleration);
- ◆ возмещение убытков;
- ◆ судебный запрет;
- ◆ зачет (set-off);
- ◆ принудительная ликвидация заемщика.

1.3. Синдицированные (консорциональные) кредиты

Общая характеристика и виды

Главной функцией синдицированного (консорционального) кредитования является распределение рисков при предоставлении крупного кредита одному заемщику между несколькими банками – участниками синдиката (консорциума) в рамках единого синдицированного кредитного соглашения (syndicated loan agreement).

К основным юридическим признакам этого соглашения можно отнести следующие:

- ◆ соглашение является многосторонним договором, объединяющим все банки-участники;
- ◆ обязательства банков-участников отдельные, т. е. обычные участники не несут обязательств друг перед другом;
- ◆ обязательства банков-участников долевые, т. е. платежи при возврате кредита осуществляются пропорционально доле банка в общей предоставленной сумме;
- ◆ кредит предоставляется заемщику на необеспеченной основе, но под условием запрета залога (negative pledge), что обеспечивает равенство прав банков-участников в случае несостоятельности заемщика.

Синдицированные кредитные соглашения можно классифицировать в зависимости от:

- ◆ числа кредиторов: 1) на закрытые, т. е. заключаемые ограниченным числом участников (также «клубные»); и 2) открытые, заключаемые неограниченным числом участников;
- ◆ способа предоставления кредита:

1) на прямые (direct loan syndication), при которых между заемщиком и всеми кредиторами заключается многосторонний кредитный договор, а для переводов сумм предоставляемого (возвращаемого) кредита привлекается уполномоченный банк-агент, который также может осуществлять контроль за исполнением заемщиком своих обязательств. При этом сумма кредита, предоставляемого заемщику каждым из кредиторов, считается предоставленной на единых условиях, но в размере соответствующей доли и в рамках двусторонних отношений, сторонами которых являются каждый кредитор и заемщик; 2) косвенные (indirect loan syndication) или «участия» (participations), при котором заключается двусторонний кредитный договор между заемщиком и банком-кредитором, при этом последний уступает, иным образом передает свои права требования к заемщику другим банкам или привлекает от них средства на иной основе. При участии в кредитовании между банком-кредитором и участником заключается договор участия (sub-participation agreement). Банк-кредитор вправе не раскрывать заемщику того обстоятельства, что в действительности для его кредитования будут привлечены тре-

¹³ Выбор того или иного средства правовой защиты осуществляется банком-кредитором самостоятельно, но средства правовой защиты, предусмотренные в международном кредитном соглашении, являются дополнительными к средствам, предусмотренным в соответствии с применимым правом, если оно устанавливает их приоритет. Приоритет законных средств правовой защиты по отношению к договорным может устанавливаться в самом кредитном соглашении.

ты банки-участники. На практике применяются два основных вида участия в кредитовании: участие в фондировании (funded sub-participation) и участие в риске (risk sub-participation).

При участии в фондировании участник предоставляет банку-кредитору депозит (заем, кредит) в согласованном размере, не превышающем размер выдаваемого заемщику кредита, а сам кредит предоставляется уже банком-кредитором заемщику как за счет собственных средств, так и за счет уже размещенного в нем депозита (займа, кредита). Обязательство банка-кредитора вернуть участнику предоставленный депозит носит условный характер: банк-кредитор возвращает депозит (заем, кредит) и выплачивает проценты постольку, поскольку заемщик возвращает предоставленный ему кредит и платит начисленные проценты; при частичном возврате заемщиком кредита и (или) выплате процентов депозит (заем, кредит) и соответствующие проценты выплачиваются участнику пропорционально. Правовой основой сделок участия в фондировании является генеральное соглашение об участии в фондировании (Master Funded Participation Agreement) LMA.

Второй вид участия – участие в риске – в свою очередь подразделяется на участие в риске при предоставлении (commitment risk sub-participation) и участие в риске путем возмещения (indemnity risk sub-participation). В целом участие в риске при предоставлении имеет много схожего с участием в фондировании, так как также предполагает предоставление участником депозита (займа, кредита) банку-кредитору. Главным отличием здесь является то, что депозит (заем, кредит) предоставляется участником не единовременно целиком на всю сумму участия в кредитовании, а частями, по мере исполнения банком-кредитором своих обязательств по предоставлению кредита в случае, если сам кредит предоставляется несколькими траншами.

Участие в риске путем возмещения предусматривает обязательство участника перед банком-кредитором в размере принятого обязательства отвечать за исполнение заемщиком его обязательства по возврату кредита и выплате начисленных процентов. При данной форме участия в кредитовании участник не предоставляет каких-либо денежных средств банку-кредитору при надлежащем выполнении сторонами (банком-кредитором и заемщиком) их обязательств по кредитному договору, включающему своевременную и полную выплату заемщиком начисленных процентов и возврат суммы кредита. Обязательство участника возникает лишь в случае нарушения заемщиком его обязательств перед банком-кредитором по кредитному договору. Кроме того, в отличие от других видов участия, при которых доходом участника являются проценты, начисленные и выплаченные банком-кредитором, при участии в риске путем возмещения доходом участника является вознаграждение, выплачиваемое банком-кредитором согласно договору между ними. Правовой основой для сделок участия в риске является Генеральное соглашение об участии в риске (Master Risk Participation Agreement) LMA.

Перечисленные виды участия в кредитовании не меняют существа правоотношений, возникающих между банком-кредитором и заемщиком. Все права по заключенному кредитному договору с заемщиком, как и по другим договорам, имеющим целью обеспечение обязательств заемщика по кредитному договору, осуществляются исключительно банком-кредитором.

Выбор участия в качестве способа предоставления синдицированного кредита имеет следующие недостатки:

- ◆ для ведущего банка – сохранение обязательств перед заемщиком по предоставлению всей суммы кредита, независимо от имевшей место уступки права участия;

- ◆ для участников – риск представления ведущим банком недостоверной информации.

Преимущества выбора участия в качестве способа предоставления синдицированного кредита проявляются в том случае, когда в течение срока действия кредитного соглашения вероятна смена участников или для нескольких участников юридически невозможно осуществление контроля над обеспечением.

Структура обязательственных отношений

Сторонами синдицированного кредитного соглашения являются заемщик, банк-агент (или ведущий банк, в зависимости от способа предоставления кредита) и банки-участники. Особенностью синдицированного кредитного соглашения является участие банка-менеджера (ведущего менеджера), выполняющего функции посредника между заемщиком и потенциальными банками-участниками на этапе подготовки соглашения. Функции менеджера и ведущего банка могут совпадать.

Рассмотрим обязательства менеджера и банка-агента (ведущего банка), поскольку они имеют наиболее важное значение.

Обязательства менеджера. Менеджер определяет заемщика и основные условия кредитования, выбирает банки-участники, содействует заемщику в подготовке информационного меморандума (information memorandum) для кредиторов и своему юридическому консультанту в подготовке проекта кредитного соглашения. Основанием возникновения обязательств менеджера является поручение (mandate) заемщика организовать синдицирование кредита. Менеджер в свою очередь обязуется синдицировать кредит на согласованных условиях, которые могут быть двух видов: 1) на наилучших условиях (best efforts) и 2) на условиях твердых обязательств (firm commitment), т. е. синдицирование на определенных условиях всей суммы или в пределах определенной суммы с обязательством синдицировать сумму, превышающую согласованную на наилучших условиях. Поручение заемщика является обязывающим менеджера, если в поручении прямо не предусмотрено иное. После получения поручения менеджер направляет оферты потенциальным участникам синдиката и при необходимости предпринимает меры по созданию специальной управляющей группы.

Сложившаяся практика направлена на ограничение ответственности менеджера. Применительно к заемщику это происходит через предварительное письменное одобрение заемщиком подготовленного менеджером информационного меморандума, в котором заемщик принимает на себя ответственность за информацию, содержащуюся в документе, и уполномочивает менеджера распространить меморандум между избранными финансовыми учреждениями, а применительно к участникам – посредством включения в кредитное соглашение специальных оговорок, в частности:

◆ об исключении доверия¹⁴ – согласно оговорке, ответственность наступает, если истец докажет, что доверял предоставленной информации при заключении договора, и для этого банки-участники предоставляют документ, подтверждающий, что они используют предоставленную информацию на свой страх и риск;

◆ об агентских отношениях – согласно оговорке, информация предоставлена заемщиком и включена в документ от его имени, а менеджер является только агентом заемщика;

◆ о денежном возмещении – согласно оговорке, менеджер, в случае признания его ответственным за введение в заблуждение, получает от заемщика денежное возмещение¹⁵.

Общим стандартом ответственности является «должная заботливость» (due diligence), т. е. в информационный меморандум должна включаться вся информация (ее полураскрытие может рассматриваться как введение в заблуждение), которая может повлиять на решение разумного и осмотрительного инвестора. Степень «должной заботливости» зависит от роли менеджера в синдицировании и характера его взаимоотношений с заемщиком и потенциальными участниками синдиката (степень доверительности отношений, размер вознаграждения и пр.).

Обязательства менеджера прекращаются по общему правилу с момента подписания кредитного соглашения или (самое позднее) с момента предоставления заемщику первой суммы,

¹⁴ Эффективное ограничение ответственности менеджера возможно только при предоставлении синдицированного кредита в денежной форме, поскольку при выпуске ценных бумаг законодательство содержит запрет на ограничение ответственности в случае обмана или умышленного введения в заблуждение.

¹⁵ Часто не принимается во внимание судами в силу противоречия публичному порядку.

хотя в рамках добросовестной банковской практики менеджеры часто контролируют ход реализации кредитного соглашения до момента полного исполнения заемщиком своих обязательств.

*Обязательства банка-агента (ведущего банка)*¹⁶. Отношения между банком-агентом и банками-участниками следует рассматривать в рамках агентских отношений (agency). Это означает, что стандарт «должной заботливости» для банка-агента выше, чем для менеджера, а для ведущего банка выше, чем для банка-агента, что объясняется возрастающей степенью доверительности отношений с участниками. В кредитные соглашения могут включаться специальные оговорки, направленные на ограничение полномочий или исключение обязанностей банка-агента. Обратной стороной обязанностей банка-агента является невозможность для участников осуществлять полномочия, переданные банку-агенту, в течение срока действия кредитного соглашения или до отзыва его полномочий, если такая возможность предусмотрена кредитным соглашением.

Банк-агент, при отсутствии в кредитном соглашении специальных оговорок об обратном, обязан осуществлять контроль за исполнением заемщиком своих обязательств по кредитному соглашению и контроль за кредитной документацией. Поэтому если банк-агент становится неплатежеспособным после перевода банками-участниками средств в размере своих долей на счет банка-агента и до перевода этих средств заемщику (аналогично в случае возврата кредита заемщиком), то в этом случае синдикат остается ответственным перед заемщиком до предоставления кредита (заемщик, соответственно, освобождается от своих обязательств вне зависимости от того, получили участники синдиката свои средства или нет).

Банк-агент обязан не допускать возникновения конфликта между своими обязанностями и интересами. При невозможности для банка-агента избежать конфликта интересов одним из возможных путей выхода может являться так называемый защитный отказ от исполнения своих обязанностей (protective resignation), но только в том случае, если кредитное соглашение содержит соответствующую оговорку.

На банк-агента может быть возложена обязанность информировать участников о ставших ему известными обстоятельствах, свидетельствующих о неисполнении (возможном неисполнении) заемщиком своих обязательств под угрозой несения неблагоприятных последствий, например, в случае неплатежеспособности заемщика. В связи с этим в кредитном соглашении часто предусматривается, что банк-агент не считается знающим о неисполнении обязательств, если только он не получил письменного сообщения об этом от заемщика. Определение значимости указанных обстоятельств имеет субъективный характер в зависимости от предполагаемого размера убытков для участников. Как правило, банк-агент обязан предоставлять участникам информацию, касающуюся финансового положения дел заемщика и его дочерних компаний, за исключением той, которую в силу положений кредитного договора заемщик обязан сам предоставить участникам, и информации, составляющей банковскую тайну. Кроме предоставления информации банк-агент обязан соблюдать другие обязанности, предусмотренные кредитным соглашением в случае неисполнения заемщиком своих обязанностей, в частности ускорение срока возврата кредита по своему усмотрению или по требованию участников.

В завершение необходимо проанализировать перечень договорных средств, позволяющих банку-агенту ограничить свою ответственность (так называемые оговорки об освобождении от ответственности, или exculpation clause)¹⁷:

- ◆ исключение обязанностей банка-агента, не указанных прямо в кредитном соглашении;
- ◆ ограничение ответственности грубой небрежностью или умышленным нарушением (gross negligence or wilful misconduct);

¹⁶ Далее используется термин «банк-агент» применительно и к ведущему банку.

¹⁷ Судебная практика показывает, что суды часто трактуют подобные оговорки не в пользу банка-агента.

- ◆ освобождение от ответственности за пороки формы и (или) содержание кредитной документации и за действия привлеченных им лиц;
- ◆ предоставление участникам права наблюдать за финансовым положением заемщика и самостоятельно запрашивать у заемщика интересующую их информацию.

1.4. Международное проектное финансирование

Общая характеристика

Международное проектное финансирование представляет по своей правовой природе совокупность правоотношений, возникающих при реализации инвестиционного проекта, при условии, что банк (участники банковского консорциума) и заемщик расположены в разных государствах или если они расположены на территории одного государства, но инвестиционный проект реализуется на территории другого государства.

Проектное финансирование может быть подразделено в зависимости:

- ◆ от вида кредитора: 1) на международное банковское, в котором участвуют только зарубежные банки и (или) международные финансовые организации, предоставляющие кредиты в иностранной валюте; и 2) смешанное, в котором участвуют также национальные банки, предоставляющие кредиты в национальной валюте, и (или) экспортные кредитные (страховые) агентства и иные организации, обслуживающие экспорт;

- ◆ способа распределения риска между участниками: 1) на осуществляемое с полным регрессом (*direct recourse*) к заемщику, при котором кредиторы не принимают на себя никаких рисков, за исключением кредитоспособности заемщика; 2) осуществляемое без права регресса (*non-recourse*) к заемщику, при котором все риски принимают на себя кредиторы и единственным их обеспечением являются активы проекта, включая поступающие денежные средства (*cashflow*); и 3) осуществляемое с ограниченным правом регресса (*limited recourse*), при котором риски распределяются между кредиторами и другими участниками проекта;

- ◆ правовой формы осуществления проектного финансирования: 1) на осуществляемое с созданием специального юридического лица (проектной компании – *project company*), выступающего в качестве заемщика; и 2) осуществляемое без создания такого юридического лица, где в качестве заемщиков выступают инициаторы проекта (спонсоры – *sponsors*).

Проектное финансирование отличается от других видов финансирования (государственного или корпоративного) тем, что в ряду факторов, подлежащих предварительной оценке кредиторами, на первое место выходит оценка факторов, касающихся не заемщика, а предмета сделки и соответствующих рисков убытков для кредиторов, в связи с чем анализ этих рисков и выбор правовых средств, позволяющих предотвратить (минимизировать) убытки, приобретает основополагающий характер еще до возникновения собственно кредитных правоотношений. Для кредиторов риски убытков, возникающие при реализации инвестиционного проекта, носят разнообразный характер: риск незавершения проекта, риск неполучения требуемых разрешений, ценовой риск, политический риск, экологический риск, валютный и другие виды рисков. К правовым средствам, используемым для предотвращения (минимизации) рисков, относятся средства обеспечения исполнения обязательств (в первую очередь банковские гарантии и страхование), договорные средства (предварительные условия международного кредитного соглашения, предварительные долгосрочные соглашения с поставщиками и соглашения о хеджировании валютных рисков с банком, соглашение с принимающим государством), средства международного частного права (выбор применимого права и суда), а также организационно-правовые средства (регистрация проектной компании и открытие банковских счетов за рубежом)¹⁸.

¹⁸ См. более подробно: *International Financial Law 2nd edition*, ed. by Robert S. Rendell, Vol. 1. London: Euromoney 20

Участники международного проектного финансирования и содержание возникающих между ними правоотношений

Таковыми участниками являются банк (группа банков в рамках банковского консорциума), проектная компания-заемщик (инициаторы проекта), третьи лица, участвующие в инвестиционном проекте, – контрагенты проектной компании, страховщики, гаранты, а также принимающее государство (host state). Между участниками могут возникать различные правоотношения, оформляемые чаще всего соглашениями, которые можно условно разделить на следующие:

- ◆ основные соглашения, заключаемые между проектной компанией и кредиторами (кредитное соглашение, соглашения, касающиеся формы обеспечения), а также со спонсорами (характерно для проектного финансирования с ограниченным правом регресса);

- ◆ дополнительные соглашения, т. е. заключаемые между проектной компанией и третьими лицами (договоры с подрядчиками, поставщиками и потребителями), включая принимающее государство, направленные на обеспечение реализации инвестиционного проекта в соответствии с основными соглашениями, а также соглашения, заключаемые между кредиторами (intercreditor agreements).

Мы остановимся на правоотношениях, возникающих в рамках основных соглашений, кредитором по которым является банк. Первоначальный вопрос, от которого зависит характер обязательств заемщика, – выбор правовой формы международного проектного финансирования, т. е. по сути определения степени риска, принимаемого инициаторами проекта. Так, создание отдельной проектной компании, с одной стороны, позволяет ограничить риск инициаторов проекта размером их взносов в акционерный капитал компании, а с другой – исключить влияние на проект последствий возможного банкротства кого-либо из инициаторов. В случае если инициаторы проекта имеют местонахождение в различных государствах, создание отдельной проектной компании позволяет облегчить контроль за ее деятельностью и активами, а также осуществлять управление реализацией проекта через участие в органах управления проектной компании, что не исключает возможности подчинения заключаемых с ней соглашений иностранному праву. Вместе с тем на практике банки-кредиторы требуют от инициаторов проекта принятия на себя определенных обязательств в отношении создаваемой проектной компании. Можно указать на следующие возможные способы участия инициаторов в инвестиционном проекте¹⁹.

1. Подписка на акции проектной компании (equity finance). Инициаторы проекта заключают соглашение с банками-кредиторами (equity agreement), согласно которому обязуются осуществить подписку на акции, выпускаемые проектной компанией, в согласованном размере до предоставления кредитов или пропорционально их частям. При неисполнении инициаторами проекта своих обязанностей они несут перед банками ответственность договорного характера²⁰.

2. Субординирование (subordination) долга. Инициаторы проекта заключают специальное соглашение (subordination agreement) с проектной компанией с участием или без участия банков-кредиторов, согласно которому устанавливают приоритетность долга перед банками-кредиторами по сравнению с более поздними по времени возникновения обязательствами перед другими кредиторами. Приоритетность долга перед банками-кредиторами означает, в частности, запрет на платежи по таким ссудам, предотвращение досрочного взыскания по более поздним ссудам, а также субординирование обеспечения.

Publications, 1983. P. 32.

¹⁹ См. более подробно: *Wood Ph.R. Project Finance, Subordinated Debt and State Loans*. London: Sweet&Maxwell, 1995. P. 19–22; *Wood Ph.R. Project Finance, Securitisation, Subordinated Debt*. London, 2007.

²⁰ При установлении размера убытков принимается во внимание, была ли возвращена ссуда при предоставлении дополнительного финансирования со стороны инициаторов проекта.

3. Предоставление гарантии завершения инвестиционного проекта (completion guarantee). Гарантия завершения инвестиционного проекта предоставляется инициаторами проекта банкам-кредиторам на период до согласованной даты в размере убытков банков-кредиторов от несвоевременного его завершения. Условием прекращения действия гарантии завершения является достижение инвестиционным проектом определенных экономических показателей, что подтверждается положительным результатом так называемого теста завершения (completion test).

4. Заключение соглашений о дефицитном финансировании (deficiency agreements). Инициаторы проекта принимают на себя обязательства по совершению платежей в том случае, если сумма поступлений при реализации инвестиционного проекта окажется ниже необходимой для выплаты кредиторам согласно кредитному соглашению.

При международном проектном финансировании особое место занимает правовой механизм контроля со стороны банка за ходом реализации инвестиционного проекта. Данный механизм реализуется путем внесения в международное кредитное соглашение специальных условий, направленных на предотвращение внесения в инвестиционный проект изменений без согласия кредиторов, предоставления кредиторам прав контроля за реализацией всех заключенных соглашений в рамках данного инвестиционного проекта, за основными расходами проектной компании и за задолженностью перед иными кредиторами (часто допускается только при условии ее синдицирования)²¹. Среди других условий можно указать на условия об открытии целой группы банковских счетов, каждый из которых имеет свое назначение (счет для текущих расходов, счет для учета поступлений, счет для эксплуатационных расходов, компенсационный счет).

Поскольку возврат кредита при проектном финансировании прямо зависит от степени эффективности инвестиционного проекта, то она из чисто экономической категории превращается в существенное условие кредитного соглашения, так называемый коэффициент покрытия (cover ratio), который представляет собой отношение будущих поступлений к основной сумме долга и определяется на периодической основе. Кредитное соглашение может поставить действия банков-кредиторов в зависимость от полученных результатов определения коэффициента покрытия (вплоть до непредоставления последующего кредита и признания неисполнения заемщиком своих обязательств).

Высокорисковый характер проектного финансирования влечет за собой расширение перечня случаев, при которых имеет место неисполнение заемщиком своих обязательств по кредитному соглашению. Такие случаи могут быть сгруппированы в зависимости от факторов, касающихся:

1) времени исполнения – отказ от реализации проекта (abandonment of the project) или незавершение инвестиционного проекта в предусмотренное кредитным соглашением время;

2) предполагаемой невозможности исполнения – нарушение коэффициента покрытия, неисполнение обязательств по другим соглашениям, заключенным в рамках данного инвестиционного проекта;

3) действий третьих лиц (включая принимающее государство) – неисполнение своих обязательств инициаторами проекта, отзыв выданных разрешений, концессий, лицензий;

4) негативного влияния определенных юридических факторов – изменение законодательства, рыночной конъюнктуры и т. п.

Ближайшими последствиями неисполнения заемщиком своих обязательств являются прекращение предоставления новых кредитов (draw-stop), замораживание средств, находящихся на счетах, открытых заемщиком, и их удержание.

²¹ Wood Ph. R. Op. cit. P. 27.

В целях обеспечения равенства прав кредиторов (при синдицированном кредитовании) на случай неисполнения заемщиком своих обязательств кредиторами может заключаться специальное соглашение (intercreditor agreement), исключающее односторонние действия по отношению к заемщику, но только при наличии согласия большинства кредиторов и при условии пропорционального распределения полученных от заемщика средств, которое осуществляется уполномоченным агентом.

В связи с тем, что основным обеспечением обязательств проектной компании являются ее активы, включая денежные поступления, особое значение приобретает вопрос о выборе наиболее эффективной с правовой точки зрения формы обеспечения, особенно при неисполнении заемщиком своих обязательств. При международном проектном финансировании этот вопрос осложняется еще и возможным применением иностранного права в отношении движимого имущества²², к которому относятся и средства на счетах, открываемых заемщиком. Международной практикой выработаны следующие договорные формы обеспечения обязательств заемщика.

1. Уступка прав на поступления в пользу доверительного собственника. Данная форма обычно используется, если применимым правом допускается уступка прав в пользу нерезидентов²³. Проектная компания-заемщик уступает свои права на поступления, получаемые в ходе реализации инвестиционного проекта по заключенным с контрагентами договорам, в пользу лица, действующего в качестве доверительного собственника по отношению ко всем кредиторам (common trustee) на основании соглашения с кредиторами. При этом поступления зачисляются на счет доверительного управления (который может открываться и за пределами государства, на территории которого реализуется инвестиционный проект) и служат обеспечением исполнения обязательств заемщика.

2. Залог движимого имущества или ипотека недвижимого имущества. Использование этих способов обеспечения не является при международном проектном финансировании приоритетным в силу трудности для кредиторов в обращении взыскания на предмет его последующей реализации, хотя может использоваться в том числе для обеспечения приоритета в случае открытия конкурсного производства.

3. Прямые соглашения (direct agreements). Относятся к дополнительным соглашениям и заключаются между третьими лицами, участвующими в инвестиционном проекте (контрагентами, принимающим государством), и банками-кредиторами. Основная цель прямых соглашений – ограничение права третьих лиц на расторжение договоров, заключенных с проектной компанией (контрагенты), или отзыв выданных разрешений и лицензий (принимающее государство) ввиду реального или предвидимого неисполнения заемщиком своих обязательств. В этом случае банки-кредиторы выступают в качестве гарантов исполнения с правом новации обязательств с участием другой проектной компании.

4. Финансирование в счет запасов (production payment financing). Этот способ обеспечения выработан практикой реализации инвестиционных проектов прежде всего в нефтегазовой сфере и обусловлен особенностями американского права, которое предоставляет кредиторам обеспечительный интерес в разведанных запасах минеральных ресурсов, приобретаемый ими в результате уступки заемщиком своих прав на данные ресурсы. В том случае, если применимое право не допускает приобретение кредиторами прав на минеральные ресурсы, может осуществляться уступка права пользования ими на основании концессионного соглашения или лицензии.

²² В отношении недвижимого имущества в качестве общепризнанного правила применяется закон места его нахождения.

²³ Включение подобной нормы в национальное законодательство об иностранных инвестициях является сложившейся практикой (см. ст. 7 Закона об иностранных инвестициях).

1.5. Кредиты иностранным государствам и правовые аспекты разрешения кризиса внешней задолженности

Общая характеристика

Выше, при классификации международных кредитных сделок, в особую категорию были выделены кредиты иностранным государствам. Это объясняется специфическим статусом государства как участника гражданских правоотношений, что отражается в законодательной, договорной и судебной практике. Участие государства в международных кредитных сделках возможно в двух формах:

1) в качестве заемщика по международным кредитам, предоставляемым в денежной форме (синдицированным или при осуществлении международного проектного финансирования), или облигационным займам (в английской терминологии – Sovereign loans и Sovereign bonds);

2) в качестве гаранта по международным кредитам, предоставляемым для публичных нужд (в английской терминологии – Sovereign guarantees).

Говоря о кредитах иностранным государствам, будем иметь в виду (с учетом темы настоящего параграфа) только международные кредиты, предоставляемые в денежной форме (иностранной валюте), когда банк-кредитор расположен за пределами государства-заемщика.

Кредиты иностранным государствам можно подразделить в зависимости от следующих факторов:

◆ степени вовлеченности государства в международную кредитную сделку: 1) на предоставляемые иностранному государству как таковому; 2) предоставляемые административно-территориальным единицам иностранного государства и 3) предоставляемые юридическим лицам (в том числе центральным банкам), находящимся в государственной собственности;

◆ характера получения и цели использования: 1) на получаемые на основании государственных полномочий (*jure imperii*) и используемые для публичных нужд и 2) получаемые на основании гражданской правоспособности (*jure gestionis*) и используемые в целях извлечения прибыли;

◆ правового статуса банка-кредитора: 1) на предоставляемые частными банками или их синдикатами и 2) предоставляемые международными финансовыми организациями.

Одним из ключевых вопросов участия государства в международных кредитных сделках является вопрос так называемого суверенного риска (*sovereign risk*), т. е. риска убытков в связи с неисполнением иностранным государством своих обязательств по международному кредитному соглашению (*sovereign default*). Проблема суверенного дефолта заключается не только в трудности (при судебном преследовании) или невозможности использования по отношению к иностранному государству обычных средств правовой защиты (например, реализация процедур банкротства), но и в необходимости модификации стандартных условий международного кредитного соглашения, направленной на снижение суверенного риска.

Анализ договорной практики международных кредитных соглашений, заключаемых с иностранными государствами, позволяет сделать выводы об особенностях условий указанных соглашений. К их числу можно отнести условия:

1) об обеспечении. Международное кредитное соглашение может предусматривать обязанность иностранного государства депонировать часть своего золотого запаса или валютных резервов в иностранном банке, производить уступку прав на валютную экспортную выручку или поступления от инвестиций государства за рубежом, а также направлять часть бюджетных поступлений в погашение кредита. В связи с этим в соглашение могут включаться условия о

поддержании качества активов и их чистой стоимости, а также о поддержании достаточных для возврата кредита денежных потоков;

2) о запрете залога. Запрет распространяется только на внешнюю задолженность и затрагивает активы центрального банка государства-заемщика или активы иных государственных органов. Залог возможен лишь в случае, если удержанное таким образом имущество составляет сумму долга и может быть оценено и оплачено в иностранной валюте иностранному кредитору;

3) о пропорциональности обеспечения. Касается также только внешней задолженности и направлено на предотвращение дискриминации необеспеченных иностранных кредиторов;

4) о предоставлении информации. Имеет ограниченный характер, поскольку степень предоставления во многом зависит от самого государства. В качестве условия может предусматриваться предоставление бюджетной информации и копий документов, направляемых международным финансовым организациям;

5) о членстве в МВФ. Обязывает государство-заемщика поддерживать статус члена МВФ, что обеспечивает предоставление стабилизационных кредитов и контроль со стороны МВФ за финансовой политикой, проводимой государством;

6) о неисполнении обязательств. Эти условия включают в себя неплатеж, кроссдефолт (неисполнение обязательств по нескольким соглашениям), перенос или пересмотр сроков возврата, неплатеж по долгу в иностранной валюте или объявление моратория на его возврат;

7) о существенных неблагоприятных изменениях (*adverse change clause*). Применительно к кредитам иностранным государствам затрагивает случаи ухудшения финансового состояния государства-заемщика или неблагоприятное изменение его законодательства;

8) о применимом праве и юрисдикции. Выбор в качестве применимого права страны места нахождения банка-кредитора или права третьего государства (например, права рынка) не снижает суверенный риск, но позволяет избежать риска неблагоприятного изменения законодательства государства-заемщика. Вместе с тем такой выбор может быть невозможен, когда законодательство государства-заемщика содержит положения, препятствующие выбору иностранного права в качестве применимого, что получает свое отражение в кредитном соглашении. Так, в международных кредитных соглашениях, заключаемых с государствами Латинской Америки, встречается так называемая оговорка Кальво (*Calvo clause*)²⁴, суть которой в том, что применимым правом является право государства-заемщика, компетентным судом является суд государства-заемщика, банк-кредитор отказывается от защиты со стороны национального государства.

Международные финансовые кризисы придают особую актуальность вопросу о правовых аспектах разрешения кризиса внешней задолженности, под которым в правовом смысле понимается временная неспособность иностранного государства исполнять свои обязательства по заключенным международным кредитным соглашениям в связи с недостаточностью активов в валюте платежа²⁵. При кризисе внешней задолженности иностранное государство может оставаться в целом платежеспособным, испытывая проблемы с получением ликвидных активов, которые могут быть конвертированы в иностранную валюту.

Можно указать на следующие последствия кризиса внешней задолженности:

²⁴ Связана с доктриной Кальво (1868 г.), которая провозглашает невозможность отказа государства от своего суверенитета, что нашло отражение в праве стран Латинской Америки. Доктрина Кальво применяется в разной степени: Колумбия придерживается ее полностью, Бразилия допускает иностранное арбитражное разбирательство, Аргентина – юрисдикцию иностранных судов при условии принятия государственного акта о соответствии кредита национальным интересам и при наличии условия соглашения.

²⁵ Иногда говорят также о кризисе государственной ликвидности (*sovereign liquidity crisis*). Классическим примером кризиса внешней задолженности можно считать мексиканский кризис декабря 1994 г., когда для его преодоления были предоставлены кредиты МВФ, США и Банка международных расчетов, в общем размере почти 40 млрд дол.

◆ сглаживается различие между иностранным государством как суверенным заемщиком (sovereign debtor) и его административно-территориальными единицами и юридическими лицами как официальными заемщиками (official debtors);

◆ сглаживается различие между частными заемщиками и государством, поскольку на обслуживание внешнего долга направляются валютные резервы.

В отношении правовой природы внешней задолженности (внешнего долга) в литературе встречаются различные точки зрения. По мнению В. Тюдора, внешняя задолженность (external indebtedness) может быть определена как задолженность, которая подлежит или может (по выбору сторон) подлежать уплате в валюте иной, чем валюта государства-заемщика, или право требования по которой при уплате в местной валюте принадлежит нерезидентам государства-заемщика²⁶. По мнению Ф. Джанвити, внешний долг (external debt) – долг, подлежащий уплате в иностранной валюте²⁷, при этом место нахождения сторон и валюта платежа не должны быть обязательно связаны. Можно встретить также упоминание о международном долге (international debt)²⁸. Под ним понимается долг, по которому уплата основной суммы и процентов производится на правовом основании и по требованию кредитора в иностранном государстве и (или) в иностранной валюте.

В российском праве долговые обязательства Российской Федерации в форме кредитных соглашений и договоров, заключенных от имени Российской Федерации с кредитными организациями, иностранными государствами и международными финансовыми организациями в пользу указанных кредиторов, включаются в состав государственного долга Российской Федерации (ст. 98 Бюджетного кодекса Российской Федерации далее – БК РФ).

Основные правовые средства, используемые для разрешения кризиса внешней задолженности

К основным правовым средствам, используемым для разрешения кризиса внешней задолженности, можно отнести переговоры с иностранным государством как способ выбора юридической формы разрешения кризиса внешней задолженности, реструктуризацию (rescheduling), урегулирование (adjustment) или своп внешнего долга (debt swapping).

Переговоры с иностранным государством. Могут проводиться как на двусторонней (party-to-party), так и на многосторонней основе. Наибольший интерес представляет деятельность Лондонского клуба, объединяющего крупнейшие банки-кредиторы иностранных государств²⁹. Основным результатом начала переговоров в рамках Лондонского клуба – воздержание со стороны банков-кредиторов от принудительных мер во время переговоров и обязательство продолжения переговоров до заключения соглашения о реструктуризации со стороны государства-заемщика. Переговоры с иностранным государством проводятся постоянно действующим комитетом кредиторов, согласовывающим предварительный перечень условий соглашения, которые затем направляются всем банкам-кредиторам для одобрения. Соглашение с иностранным государством заключается на следующих условиях: полный учет внешней задолженности иностранным государством, выполнение рекомендаций МВФ и достижение соглашения с Парижским клубом³⁰.

Реструктуризация внешней задолженности. Остается наиболее популярным и часто используемым способом разрешения кризиса внешней задолженности, заключающимся в

²⁶ International Financial Law. Op. cit. P. 94.

²⁷ Current Legal Issues Affecting Central Banks, International Monetary Fund. Washington, 1998. P. 311.

²⁸ Current Legal Issues Affecting Central Banks. Op. cit. P. 339.

²⁹ Лондонский клуб был создан в 1976 г. для разрешения кризиса внешней задолженности Демократической Республики Конго.

³⁰ Парижский клуб создан в 1956 г. в связи с аргентинским кризисом основными государствами-кредиторами для совместного ведения переговоров с государствами-должниками. Россия является членом Парижского клуба.

изменении условий возврата предоставленных государству-заемщику кредитов. Реструктуризация внешней задолженности включает в себя следующие этапы:

- ◆ установление перечня и размера обязательств, образующих внешнюю задолженность (Eligible Debt);
- ◆ консолидация и дифференциация обязательств;
- ◆ согласование нового графика платежей;
- ◆ согласование условий соглашения о реструктуризации (rescheduling agreement);
- ◆ обеспечение промежуточного финансирования (interim financing).

Понятие «реструктуризация» встречается в российском праве в ст. 105 БК РФ («Реструктуризация долга»). В ней понимается погашение долговых обязательств с одновременным осуществлением заимствований (принятием на себя других долговых обязательств) в объемах погашаемых долговых обязательств с установлением иных условий обслуживания долговых обязательств и сроков их погашения.

Урегулирование внешней задолженности. Урегулированием внешней задолженности является изменение размера внешней задолженности в сторону уменьшения. В качестве примера можно привести инициативу министра финансов США Николаса Бреди, предложившего 10 мая 1989 г. списание части внешней задолженности наиболее крупных государств-заемщиков и предоставление кредитов МВФ по оставшейся части с ее последующей секьюритизацией³¹. В рамках данной инициативы, получившей наименование «схемы Бреди», было достигнуто уменьшение задолженности Бразилии, Чили, Мексики, Филиппин и Венесуэлы. Особенность «схемы Бреди» – принятие государством-заемщиком на себя обязательства не вступать в переговоры с кредиторами, несогласными урегулировать задолженность (maverick creditors) на условиях более благоприятных, чем условия соглашения по «схеме Бреди». В противном случае государство-заемщик обязуется предоставить такие же права кредиторам-участникам.

В российском праве урегулирование внешней задолженности рассматривается как разновидность реструктуризации, поскольку в вышеуказанной ст. 105 БК РФ предусматривается возможность осуществления реструктуризации с частичным списанием (сокращением) суммы основного долга.

*Своп внешней задолженности*³². Механизм свопа внешней задолженности заключается в изменении ее характера путем переоформления из внешней во внутреннюю (в денежной форме или с секьюритизацией). Покупатель, желающий инвестировать средства в экономику государства-заемщика, приобретает с дисконтом внешний долг от банка-кредитора и продает правительству государства-заемщика в обмен на обязательства, деноминированные в национальной валюте (принадлежащие государству, частным лицам или акции), при этом обмен осуществляется по валютному курсу, устанавливаемому самим государством. Законодательство государства-заемщика обычно регулирует сферы инвестиций, налогообложение доходов приобретателей, а также размеры и способы совершения сделок (обычно через аукцион).

³¹ Облигации, названные в честь Бреди – Brady bonds (cash buybacks, discount bonds, par bonds).

³² Более подробно см.: *Graham Bird. Commercial Bank Lending and Third-World Debt. London, 1989. P. 96.* Свопы внешней задолженности проводились в Чили в 1985 г., в Мексике в 1986 г. (на сумму почти в 700 млн дол.), а также в Бразилии, Аргентине, Турции.

Глава 2 Правовое регулирование международного кредитового перевода

2.1. Понятие, источники и общие принципы регулирования

Международный перевод денежных средств как правовой институт появился уже в Средние века и оформлялся переводным письмом, основной функцией которого был платеж в другом государстве, а не место выдачи документа (*distantia loci*). Переводное письмо впоследствии приобрело вид поручения перевода. Мы будем рассматривать вопросы правового регулирования международного кредитового перевода исходя из следующих его признаков:

1) по своей правовой природе перевод представляет собой последовательность сделок, в которой первым правопорождающим фактом является передача перевододателем (инициатором) поручения перевода в свой банк, после чего следует серия расчетных сделок между банками-корреспондентами (банками-посредниками), и в конце в качестве правопрекращающего факта служит принятие поручения перевода к исполнению банком бенефициара в пользу бенефициара³³;

2) инициатива совершения перевода принадлежит плательщику (перевод, инициируемый бенефициаром, является дебетовым);

3) перевод считается международным, если банки-участники расположены на территории различных государств (основной признак)³⁴, а также если его предметом является предоставление перевододателем, расположенным на территории одного государства, в распоряжение бенефициара, расположенного на территории другого государства, определенной денежной суммы в согласованной сторонами валюте (факультативный признак).

Говоря об источниках правового регулирования международного кредитового перевода, необходимо указать на Типовой закон ЮНСИТРАЛ «О международных кредитовых переводах» 1992 г. (далее – Типовой закон) и Директиву Европейского союза от 27 января 1997 г. № 97/5/ЕС «О трансграничных кредитовых переводах» (далее – Директива о кредитовых переводах).

Важнейшей частью Типового закона является определение обязанностей отправителя платежного поручения и банка-получателя, а также структуры ответственности сторон. Понятие «отправитель платежного поручения» включает в себя перевододателя кредитового перевода, обслуживающий его банк и банки-посредники. Все они объединены обязанностью направления своего платежного поручения следующему участнику перевода вплоть до банка-получателя, обслуживающего бенефициара. Банки (за исключением банка бенефициара) выступают в отношении платежных поручений в роли как отправителей, так и получателей. Юридическим фактом, порождающим обязанность перевододателя произвести платеж, является акцепт со стороны банка-получателя. Начало реального перевода (операции по счетам) может прямо следовать за акцептом или быть обусловленным будущей датой (датой валютирования).

Типовой закон уделяет особое внимание определению момента окончательности платежа, т. е. когда кредитовый перевод считается завершенным. В качестве такого момента ст. 6 Типового закона указывает на использование банком-получателем денежных средств, кредитованных на его счет, или, если они не используются, на следующий рабочий день банка

³³ Данный принцип закреплен в ст. 2(a) Типового закона ЮНСИТРАЛ «О международных кредитовых переводах», 1992 г.

³⁴ Используется в Типовом законе ЮНСИТРАЛ и в ст. 2(f) Директивы Европейского союза от 27 января 1997 г. № 97/5/ЕС «О трансграничных кредитовых переводах» (Official Journal. 1997. №. L 043. P. 25–31).

после дня, на который кредитованные средства предоставляются для использования, и банку-получателю становится известно об этом факте. Исключение составляет случай, когда банком-посредником является центральный банк, а также перевод на нетто-основе: окончательность наступает в момент окончательности расчета для банка-получателя.

Банк-отправитель, исполнивший свои обязательства перед банком-получателем, освобождается от ответственности за неполучение денежных средств бенефициаром. В то же время, согласно ст. 8 и 10 Типового закона, обязанность банка-получателя наступает только после акцепта платежного поручения банка-отправителя. Поскольку «кредитовый перевод завершается акцептом платежного поручения банком бенефициара в интересах бенефициара» (ст. 19), то банк, не являющийся банком бенефициара, обязан выдать собственное платежное поручение. Банк-получатель обязан исполнить платежное поручение либо направить уведомление об отклонении в срок, установленный ст. 11 Типового закона. В противном случае банк-получатель считается акцептовавшим платежное поручение.

Согласно ст. 19 Типового закона, по завершении кредитового перевода банк бенефициара становится должником бенефициара в размере акцептованного им платежного поручения. В этот момент банки-участники исполняют свои обязательства перед перевододателем, а перевододатель – перед бенефициаром. Что касается юридических последствий незавершения кредитового перевода, то банковской практикой была выработана такая мера правовой защиты, как «гарантия возврата денег», которая применяется по всей цепочке участников перевода, начиная с банка-перевододателя, который обязан возместить перевододателю сумму перевода с процентами за период, начинающийся со дня платежа и заканчивающийся в день возмещения средств, и вплоть до банка, не завершившего кредитовый перевод. Указанная мера является реституцией и не относится к ответственности банка-получателя. Об ответственности же как таковой можно говорить только в случае задержки кредитового перевода банком-получателем при последующем завершении перевода. Этот случай описан в ст. 17 Типового закона, согласно которой банк-получатель несет ответственность перед бенефициаром в форме уплаты процентов, даже если этот банк не является банком бенефициара, а бенефициар не состоит в договорных отношениях с другими банками в составе цепочки участников перевода.

Переходя к рассмотрению Директивы о кредитовых переводах, отметим, что существенными признаками надлежащего исполнения поручения перевода является исполнение в течение согласованного времени и в полном размере. В соответствии со ст. 6 Директивы о кредитовых переводах кредитное учреждение обязано исполнить поручение перевода в течение времени, согласованного с инициатором (бенефициаром). При нарушении согласованного периода времени или по истечении пятого банковского рабочего дня (за датой акцепта поручения или кредитования) кредитное учреждение обязано предоставить инициатору (бенефициару), за исключением наличия его вины, компенсацию, включая проценты, рассчитанные с применением базовой процентной ставки.

Согласно ст. 7 Директивы о кредитовых переводах, любое кредитное учреждение после даты акцепта поручения перевода должно быть обязано к его исполнению в полном размере, если только инициатор не указал, что расходы по переводу полностью или частично относятся на счет бенефициара. В случае неправомерного удержания из суммы перевода кредитное учреждение инициатора обязано по его требованию кредитовать удержанную сумму бенефициару, если только этого не требует инициатор. Аналогичная обязанность возлагается на любое кредитное учреждение-посредник.

Размер ответственности кредитного учреждения инициатора в случае незавершения трансграничного кредитового перевода ограничен 2500 евро, суммой процентов, а также сборов, уплаченных инициатором. Возмещение предоставляется инициатору в течение 14 банковских рабочих дней с даты его запроса (возможен после истечения согласованного периода или пятого банковского рабочего дня за датой акцепта), если за это время перевод не был креди-

тован на счет кредитного учреждения бенефициара. Кредитное учреждение инициатора освобождается от ответственности в случае незавершения перевода в силу ошибки или упущения в инструкциях инициатора либо неисполнения со стороны посредника, избранного инициатором, но оно обязано прилагать усилия по возврату суммы перевода. Если перевод не был завершен по причине неисполнения со стороны посредника, избранного кредитным учреждением бенефициара, последнее обязано уплатить бенефициару сумму до 12 500 евро. Основаниями ответственности посредников являются: 1) несовершенство перевода в течение согласованного периода времени или по истечении пятого банковского рабочего дня за предполагаемой датой акцепта (ст. 6 Директивы о кредитовых переводах) или 2) ненадлежащее исполнение поручений перевода (ст. 8 Директивы о кредитовых переводах), за исключением ошибок или упущений, вызванных инструкциями другого кредитного учреждения.

Новым этапом в регулировании стало принятие Директивы Европейского парламента и Совета от 13 ноября 2007 г. № 2007/64/ЕС о платежных услугах на внутреннем рынке, в соответствии с которой кредитовые переводы в рамках ЕС уже не будут рассматриваться в качестве трансграничных и должны осуществляться по единым правилам. Соответственно с 1 ноября 2009 г. Директива о кредитовых переводах подлежит отмене.

Вышеуказанные документы представляют собой материально-правовой уровень правового регулирования международного кредитового перевода. Вместе с тем коллизионные проблемы являются не менее значимыми в связи с особенностями правовой природы международного кредитового перевода денежных средств, который, как указывалось выше, представляет совокупность последовательных сделок, совершаемых банками, находящимися в различных государствах. В связи с этим возникает вопрос не только о применимом праве, но и об объеме его применения (к каждой из сделок или к переводу в целом). В настоящее время специальные коллизионные нормы содержатся на национальном уровне в Единообразном торговом кодексе США (далее – ЕТК США) (ст. 4А-507), а на международном – в Типовом законе (сноска к главе 1).

Поскольку соответствующий раздел ЕТК США принимался раньше Типового закона, он оказал на последний заметное влияние, предусматривая более широкие по объему и многочисленные коллизионные привязки. Так, если стороны перевода не избрали применимое право (наличия разумной связи отношений с избранным правом не требуется), то правоотношения регулируются: 1) законом штата, где находится банк-получатель, – применительно к правоотношениям между отправителем и банком-получателем; и 2) законом штата, где находится банк бенефициара, – применительно к правоотношениям между бенефициаром и его банком. Время совершения платежа инициатором бенефициару определяется по закону места нахождения банка бенефициара (*lex loci solutionis*).

Включение в ЕТК США указанных коллизионных норм позволило снять вопросы, которые могли бы возникнуть у судов при разрешении споров. Тем не менее остались открытыми некоторые случаи, в отношении которых также желательно установить свои привязки. Речь идет о праве, применимом к переводу в валюте третьей страны, а также о праве, применимом к отношениям между плательщиком и банком-посредником (когда такая правовая связь признается).

Говоря о Типовом законе, следует отметить, что, несмотря на то что в ходе его принятия коллизионные нормы были исключены из основного текста и рекомендованы для факультативного использования государствами, их содержание все равно представляет определенный интерес. При отсутствии оговорки о применимом праве исполнение платежного поручения, направляемого банку-получателю, согласно Типовому закону, регулируется правом государства данного банка. В отношении объема правоприменения Типовой закон определил, что каждая из операций, проводимых в рамках кредитового перевода, будет регулироваться правом, применимым к этой операции.

Для сравнения следует отметить, что коллизионные проблемы, возникающие при международном дебетовом переводе, в настоящее время в международном частном праве не урегулированы (исключение составляют чеки, которые нами специально не рассматриваются). Наибольший интерес представляют коллизионные вопросы международного дебетового перевода, совершаемого с использованием банковских платежных карт³⁵, поскольку приобретение товаров (услуг) и последующее совершение переводов на территории нескольких государств ставит целый ряд специфических проблем, к которым можно отнести:

- ◆ определение юридической связи между переводом и основной сделкой (купли-продажи и т. п.);
- ◆ установление права, применимого к обязательствам держателя;
- ◆ установление применимых процентных ставок по комиссиям и валютным курсам;
- ◆ установление права, применимого к валютным операциям (с учетом императивных норм национального валютного законодательства);
- ◆ установление права, применимого в случае утраты (кражи) платежной карты, несанкционированного доступа (особенно при его дистанционном осуществлении от имени держателя), а также сбоя оборудования платежной системы;
- ◆ установление права, применимого при аннулировании сделок (reversal), возврате уплаченных средств (chargeback) и товаров, процедурах обжалования и т. д.

В силу значимости изложенных проблем необходимо, чтобы они находили отражение на договорном уровне между банком-эмитентом и держателем платежной карты, а также между банками – участниками соответствующей платежной системы.

В качестве общего принципа установления применимого права может быть предложен подход, используемый в отношении международного кредитового перевода, когда правоотношения, возникающие из конкретной сделки, регулируются правом, применимым к этой сделке, за исключением вопросов, касающихся защиты прав держателя платежной карты как потребителя.

2.2. Международно-правовое регулирование электронного перевода денежных средств. Правовые основы деятельности SWIFT

Бурное развитие информационных технологий и их широкое использование банками в своей деятельности привели к появлению такого понятия, как «электронный перевод денежных средств» (electronic funds transfer, EFT). Указанное понятие применительно к международному кредитовому переводу включает в себя возможность его осуществления с использованием электронных средств.

В 1987 г. ЮНСИТРАЛ было принято детальное Правовое руководство по электронному переводу денежных средств (далее – Правовое руководство), которое сохраняет актуальность до настоящего времени. Правовое руководство содержит большое количество положений, касающихся договорных отношений участников электронного перевода и различных аспектов самого перевода. Электронный перевод определяется Правовым руководством (п. 6) как перевод, при котором одна или более операций в процессе такого перевода, ранее выполнявшихся при помощи бумажных документов, теперь осуществляются электронными методами. Наиболее важным из указанных методов является замена бумажного поручения перевода, подписанного собственноручной подписью, электронным сообщением, подписанным электронным способом, передаваемым по компьютерной сети. В связи с этим Правовое руководство уста-

³⁵ См., в частности: Electronic Funds Transfer. Plastic Cards and Consumer. Organisation for Economic Cooperation and Development. Paris, 1989.

навливает следующий перечень требований к таким поручениям перевода и обязательствам сторон:

- ◆ в отношении них применяется так называемое неофициальное установление подлинности (когда происходит только указание на источник), в отличие от официального (нотариального и т. п.), с целью облегчить доказывание фактов ненадлежащего исполнения, подделки подписи, ошибок или иных фактов;

- ◆ при использовании полной формы поручения перевода оно является единственным юридически значимым документом, достаточным для совершения перевода денежных средств, при сокращенной – необходим оригинал поручения перевода;

- ◆ должны быть согласованы форматы поручений перевода в целях упрощения автоматизированной обработки и обеспечения совместимости при межбанковских расчетах; несоблюдение форматов банком-отправителем влечет за собой его обязанность возместить ущерб банку-получателю вследствие допущенных ошибок и расходы по поиску и устранению нарушений;

- ◆ должны устанавливаться основания определения убытков и принципы их распределения с учетом применимых правовых средств ограничения ответственности банка-отправителя (оговорки в отношении оснований ответственности и видов убытков).

Правовое руководство следует рассматривать с учетом двух типовых законов ЮНСИТРАЛ («Об электронной коммерции», 1996 г. и «Об электронных подписях», 2001 г.), принятых позднее и регулирующих общие вопросы придания юридической силы электронным сообщениям и подписям.

Главным международным оператором услуг электронного обмена финансовыми сообщениями является Сообщество международных интербанковских финансовых телекоммуникаций (Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication, SWIFT), созданное в 1973 г. 239 банками из 15 стран в форме акционерного общества бельгийского права. Целью деятельности SWIFT является обеспечение надежного и безопасного электронного обмена стандартизированными финансовыми сообщениями, среди которых первоначально занимали главное место, а в настоящее время одно из основных мест, сообщения о переводе денежных средств (50,3 %). В связи с этим правовые основы SWIFT рассматриваются в рамках данной главы. На середину 2008 г. пользователями SWIFT являются 8542 организации из 209 стран с объемом передаваемых через SWIFT финансовых сообщений почти 2 млрд в год (15 млн в день)³⁶.

Отношения SWIFT и пользователей регулируются Руководством пользователя SWIFT (SWIFT User Handbook). Наибольший интерес с частноправовой точки зрения представляют Общие положения и условия (General Terms and Conditions), которые определяют взаимные обязательства SWIFT и пользователей, основания и пределы ответственности SWIFT.

В соответствии с Общими положениями и условиями SWIFT обязуется предпринимать все оправданные с коммерческой точки зрения усилия для предоставления услуг и продуктов SWIFT, а также гарантирует аккуратное их предоставление в соответствии со сложившейся практикой. Вместе с тем SWIFT не дает никаких гарантий тому, что предоставление услуг и продуктов будет бесперебойным, безошибочным или что все дефекты будут устранены. SWIFT вправе приостановить предоставление услуг и продуктов полностью или частично в любое время с целью:

- ◆ осуществления текущего технического обслуживания;
- ◆ внесения изменений в механизм предоставления услуг и продуктов;
- ◆ обеспечения безопасности или должного уровня предоставления услуг и продуктов;
- ◆ выполнения требования регулирующего органа по месту нахождения SWIFT, иного привлекаемого провайдера услуг или пользователя;

³⁶ Используемая информация представлена на веб-сайте www.swift.com

◆ в случае серьезного сбоя у пользователя.

В любом из вышеуказанных случаев SWIFT обязуется заблаговременно уведомить пользователя в письменной форме или, в исключительных ситуациях, по возможности как можно раньше предоставить подобное уведомление.

Пользователь несет общие и специальные обязательства. К общим обязательствам относятся те, которые касаются надлежащего доступа и использования услуг и продуктов SWIFT, включая возникающие в связи с этим риски. В частности, пользователь обязуется не предоставлять доступ к услугам и продуктам SWIFT третьим лицам, за исключением случаев, указанных в документации SWIFT.

К специальным обязательствам пользователя относятся:

◆ обязательства в случае возникновения проблем. Пользователь обязан приложить все оправданные с коммерческой точки зрения усилия по уведомлению SWIFT о проблемах, связанных с предоставлением услуг и продуктов SWIFT, в том числе о нарушении или о попытке нарушения системы безопасности, сотрудничать и оказывать помощь SWIFT в определении, расследовании и решении подобных проблем;

◆ обязательства по обеспечению безопасности данных. Пользователь принимает на себя ответственность за обеспечение конфиденциальности, целостности и доступности хранящихся у него данных. В частности, пользователь обязан удостовериться в том, что только уполномоченные лица имеют доступ к SWIFT;

◆ соответствие операционным требованиям. Пользователь обязан соответствовать всем операционным требованиям, необходимым для предоставления ему услуг и продуктов SWIFT.

Общая ответственность SWIFT перед всеми пользователями по искам, предъявляемым в течение года в связи с предоставлением или использованием услуг и продуктов SWIFT, ограничена 10 млн евро. В случае если общая сумма исков, предъявленных SWIFT в течение года, превышает данную сумму, то сумма каждого удовлетворенного иска должна быть уменьшена пропорционально той части, в которой данный иск относится к сумме всех удовлетворенных исков, предъявленных SWIFT в течение года.

Глава 3 Регулирование деятельности трансграничных (международных) платежных и расчетных систем

3.1. Понятие, источники и общие принципы регулирования

В соответствии с принятой международной терминологией³⁷ платежные системы предназначены для осуществления межбанковского перевода денежных средств, расчетные системы – перевода (поставки) ценных бумаг, других финансовых инструментов, как правило, на условиях встречного перевода денежных средств (поставка против платежа, DVP), в связи с чем расчетные системы обычно определяются как системы расчета по ценным бумагам (securities settlement systems)³⁸. Трансграничные (международные) аспекты платежных и расчетных систем могут проявляться различным образом:

- ◆ система обеспечивает возможность трансграничного перевода денежных средств (поставки ценных бумаг), в том числе на мультивалютной основе;
- ◆ система предоставляет возможность трансграничного доступа для иностранных участников;
- ◆ участниками системы являются филиалы иностранных финансовых организаций, расположенные в государстве места нахождения оператора системы;
- ◆ различные места нахождения оператора операционного, клирингового, расчетного центров системы.

Трансграничной (международной) система может быть признана в случае, когда, как минимум оператор системы и один из участников системы имеют различные места нахождения.

Функционирование трансграничных (международных) платежных и расчетных систем невозможно без правового обеспечения клиринга, составной частью которого является неттинг. В рамках международной терминологии под клирингом³⁹ понимается процесс передачи, выверки (проверки) и в ряде случаев подтверждения платежных распоряжений или инструкций о переводе ценных бумаг до осуществления расчета, возможно, включающий неттинг распоряжений (инструкций) и установление окончательных нетто-позиций для расчета. В свою очередь под неттингом понимается согласованное создание из множества позиций или обязательств единой позиции или единого обязательства, которое вычисляется как сумма причитающихся (положительных) позиций (обязательств) за вычетом сумм позиций (обязательств), по которым имеется задолженность (отрицательных).

В международной практике выделяют неттинг позиций (Position netting), который также называют неттингом платежей (Payment netting), и неттинг обязательств (Obligation netting). Отличия между неттингом платежей и неттингом обязательств (как правило, возникающих из

³⁷ См.: Глоссарий терминов, используемых в платежных и расчетных системах, Банк международных расчетов, март 2003 г., перевод опубликован в издании Банка России «Платежные и расчетные системы. Международный опыт. Вып. 1», октябрь 2007 г.

³⁸ Для платежных систем Банком международных расчетов в 2001 г. приняты Ключевые принципы для системно-значимых платежных систем (см. ниже); для систем расчета по ценным бумагам Банком международных расчетов и Международной организацией комиссий по ценным бумагам (IOSCO) в 2001 г. приняты Рекомендации для систем расчета по ценным бумагам. Оба документа входят в число международных стандартов, на соответствие которым Мировым банком и МВФ проводится оценка законодательства отдельных стран, регулирующего финансовый сектор, в рамках Программы оценки финансового сектора (FSAP).

³⁹ См.: Глоссарий терминов, используемых в платежных и расчетных системах, Банк международных расчетов, март 2003 г., перевод опубликован в издании Банка России «Платежные и расчетные системы. Международный опыт. Вып. 1», октябрь 2007 г.

сделок с ценными бумагами, иными финансовыми инструментами) заключаются в различных правовых последствиях: возникновение нового обязательства в размере позиции не приводит при неттинге платежей к прекращению первоначальных обязательств (банков по платежным распоряжениям клиентов), в то же время при неттинге обязательств – приводит, поскольку первоначальные обязательства несут сами участники неттинга, являясь сторонами сделок на финансовых рынках. В последнем случае может иметь место новация (netting by novation) в размере разницы между суммами обязательств.

На практике неттинг осуществляется на двусторонней или многосторонней основе. При двустороннем неттинге предметом соглашения между двумя сторонами является вычисление нетто-позиций сторон с последующим осуществлением расчета в размере нетто-позиции (расчет на нетто-основе или нетто-расчет). Многосторонний неттинг предполагает заключение соглашения с вышеуказанным предметом между тремя или более сторонами. Особенностью многостороннего неттинга по сделкам на финансовых рынках заключается в участии в неттинге клиринговой палаты (организации), которая в случае неттинга с замещением (netting by substitution) выступает в качестве центрального контрагента (central counterparty, CCP)⁴⁰, являющегося для каждого из участников единственной стороной, против которой и рассчитывается многосторонняя (нетто-нетто) позиция.

Международное регулирование деятельности трансграничных (международных) платежных и расчетных систем может быть рассмотрено в нескольких аспектах.

Ключевые принципы для системно значимых платежных систем, Рекомендации для систем расчета по ценным бумагам, принятые в 2001 г., указывают в Принципе I, что система должна иметь хорошо обоснованную (прочную) правовую базу в рамках всех применимых юрисдикций, в качестве которых рассматриваются:

- ◆ страна, чье законодательство регулирует деятельность оператора системы;
- ◆ страны, законодательство которых регулирует деятельность участников системы, вне зависимости от того, имеют они местное представительство (например, филиал) или пользуются удаленным доступом к системе;
- ◆ страна, право которой может быть применимо к функционированию системы в случае его выбора путем указания в правилах системы.

Для систем расчета по ценным бумагам соответствующие юрисдикции могут дополнительно включать страны, чье законодательство регулирует эмиссию ценных бумаг, учитываемых системой, а также страны, в которых расположены учреждения посредники-контрагенты системы.

Директива Европейского парламента и Совета от 19 мая 1998 г. № 98/26/ЕС «Об окончательности расчета в платежных системах и системах расчета по ценным бумагам»⁴¹ (далее – Директива об окончательности расчета) регулирует платежные и расчетные системы, включая трансграничные, совместно. В соответствии со ст. 2 Директивы об окончательности расчета платежную или расчетную систему образует объединение трех или более участников с общими правилами и стандартизированными соглашениями по исполнению поручений перевода между участниками, регулируемое правом государства, избранного участниками (где один из них имеет свой головной офис). В качестве дополнительного Директива вводит требование о разрешении на деятельность в качестве системы со стороны государства, чье законодательство применяется после того, как оно сочтет правила системы соответствующими национальному законодательству, с последующим извещением Комиссии ЕС. Согласно ст. 10 Директивы об окончательности расчета, система должна содержать указание на государство,

⁴⁰ Для центральных контрагентов Банком международных расчетов и Международной организацией комиссий по ценным бумагам (IOSCO) в 2004 г. приняты Рекомендации для центральных контрагентов, которые входят в число международных стандартов в рамках Программы оценки финансового сектора (FSAP).

⁴¹ Official Journal. L 166. 1998. И июня. P. 45–50.

чьё право применяется к участникам системы, включая любых возможных косвенных участников, а также любые изменения в их составе.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.