Вишневский Петр Николаевич. Правовое регулирование договора международного займа: диссертация ... кандидата юридических наук: 12.00.03 / Вишневский Петр Николаевич;[Место защиты: Институт государства и права РАН].- Москва, 2015.- 236 с.

**Содержание к диссертации**

Введение

**ГЛАВА 1. Понятие договора международного займа 15**

1. Международные финансовые правоотношения и договор международного займа 15

2. Понятие и виды договора займа, договора международного займа и связанных с ним правоотношений 30

2.1. Понятие договора займа в римском, зарубежном и российском частном праве 32

2.2. Понятие и особенности договора международного займа 48

2.3. Виды договоров международного займа 56

2.4. Понятие, виды и особенности правоотношений, связанных с договором международного займа 68

**ГЛАВА 2. Субъекты и объекты договора международного займа и связанных с ним правоотношений 72**

1. Субъекты 72

1.1. Физические лица 72

1.2. Банки 73

1.3. Государства 89

1.4. Коммерческие организации 94

2. Объекты 98

2.1. Права требования 98

2.2. Вещные права 101

2.3. Услуги 102

**ГЛАВА 3. Содержание договора международного займа 104**

1. Соглашение об основных условиях 106

2. Предварительные условия 107

2.1. Понятие предварительных условий 107

2.2. Правовая природа предварительных условий 110

2.3. Предварительные условия в российском праве 113

3. Наиболее распространенные условия договора международного займа 122

3.1. Общие условия: преамбула, термины и определения 123

3.2. Условия о предмете Moscow 2202087.7

3.3. Заверения и гарантии 132

3.4. Права и обязанности сторон 144

3.5. Условия исполнения и ответственность за нарушение обязательств 147

4. Изменение, расторжение и прекращение договора международного займа . 150

5. Особенности содержания договоров международного синдицированного займа 155

**ГЛАВА 4. Право, применимое к договору международного займа и связанным с ним правоотношениям 161**

1. Коллизионное регулирование договора международного займа 161

2. Процессуальная защита прав по договору международного займа и

связанным с ним отношений 169

2.1. Арбитрабельность споров в правоотношениях, связанных с договором международного займа 171

2.2. Ассиметричные арбитражные оговорки (диспаритетные пророгационные соглашения) 189

3. Установление содержания норм иностранного права 194

Приложение 1 Классификация договоров международного займа 197

Приложение 2 Примерная структура правоотношений, связанных с договором международного займа 200

Библиография

## Понятие и виды договора займа, договора международного займа и связанных с ним правоотношений

Предметом настоящей диссертации выступают договор международного займа и связанные с ним правоотношения. Как отмечалось А.П. Дудиным, «именно категория правоотношения … позволяет рассматривать право не только с точки зрения формы, как противополагаемые фактическим общественным отношениям юридические нормы (законы), то есть не как нечто только субъективное, идеальное, но и с точки зрения содержания, то есть одновременно с двух противоположных сторон: субъективной и объективной, формальной и содержательной, как единство идеального и материального, норм права и защищаемых ими интересов и потребностей, правового сознания и правового бытия, права как явления и права как сущности»18.

Данный метод носит диалектический характер и позволяет наиболее полно описать складывающиеся в связи с договором международного займа правоотношения. Как отмечалось Ю.И. Гревцовым, «изучение только или главным образом норматива, т.е. действующей нормы законодательства, не в состоянии обеспечить реальную картину возникновения правовых общественных отношений, их роли в осуществлении правовых возможностей и юридических обязанностей субъектами права»19. Утверждение Ю.И. Гревцова как никогда справедливо применительно к сложным по своей структуре отношениям, возникающим на международных финансовых рынках, участниками которых являются лица различных государств и правовых традиций. Однако, прежде чем изучить картину возникновения указанных правоотношений, продемонстрировать их роль в осуществлении прав и исполнении обязанностей, постараемся разобраться в том, что собой представляет правоотношение в общем смысле и какое место занимают правоотношения, возникающие в связи с договором международного займа среди международных финансовых правоотношений в целом.

Правоотношение – это урегулированное правом отношение одного лица к другим лицам20. Элементами всякого правоотношения являются правомочие, обязанность (иными словами, содержание правоотношения), субъект, обладающий правом, и объект права. Вопрос о том, что же является объектом правоотношения – действия лица или само лицо – является спорным. Как утверждал Е.Н. Трубецкой, «содержание права составляет не интерес, а свобода лица, и, соответственно этому, объектом права является все то, что может входить в сферу внешней свободы, что может сделаться предметом человеческого господства. Такими предметами, а, следовательно, и объектами права могут быть, во-первых, предметы вещественного мира – вещи; во-вторых, – действия лица и, наконец, в третьих, – само лицо»21. Сомнительно, как в современных отношениях лицо может стать предметом человеческого господства, однако такой же позиции придерживался и С.А. Муромцев: «…права, принадлежащие к типу обязательств, или права личные, отличаются тем, что объектом правового отношения является в них не вещь, а лицо. Так, например, в праве по займу кредитору принадлежит возможность потребовать от должника уплаты занятых денег. Нарушение такого права может произойти

Напротив, иной позиции придерживался А.К. Стальгевич, который утверждал, что объектом правоотношения (субъективных прав и обязанностей) являются: 1) фактическое общественное отношение и 2) вещи, действия, неимущественные интересы23. А.Б. Дудин под объектом правоотношения понимал предмет, на который направлена деятельность субъектов правоотношения, осуществляемая в процессе реализации ими своих юридических прав и обязанностей24. Не вдаваясь в дискуссии о том, является ли объектом правоотношения лицо, вещи, действия, имущественные интересы или что-либо еще, далее мы будем исходить из того, что объектом правоотношений на международных финансовых рынках являются, главным образом, вещи и действия лиц.

Международные финансовые правоотношения – это урегулированные правом общественные отношения, возникающие на международных финансовых рынках. Попробуем определить, какие именно отношения на международных финансовых рынках урегулированы правом или, иными словами, какие бывают правоотношения на международном финансовом рынке. В отечественной доктрине сложилось неоднозначное и противоречивое мнение о том, что собой представляют международные финансовые правоотношения. По мнению Г.В. Петровой, отличительной особенностью данных отношений является то обстоятельство, что они выходят за рамки правовой системы одного государства; в них участниками являются физические и юридические лица, принадлежащие к разным государствам; они представляют собой «финансовые отношения лиц, вытекающие из международного финансового оборота, общения, международной жизни»25. Наиболее значимым представляется признак, касающийся «международного финансового оборота», под которым автор подразумевает оборот международных финансовых инструментов. Далее Г.В. Петрова приводит следующие виды международных финансовых правоотношений26

## Государства

В России вопрос о том, могут ли иностранные кредитные организации, не имеющие лицензии Центрального банка РФ (далее – ЦБ РФ) на осуществление банковской деятельности на территории РФ, предоставлять кредиты российским заёмщикам напрямую, окончательно не решен. Как было отмечено выше, особенностью российского гражданского законодательства, регулирующего заёмные отношения, является наличие специальных норм, посвященных кредитному договору. Так, ст. 819 ГК РФ предусматривает, что субъектом кредитного договора может выступать только кредитная организация. В соответствии со ст. 1 Федерального закона от 2 декабря 1990 № 395-1 «О банках и банковской деятельности» (далее – Закон о банках) кредитной организацией признается юридическое лицо, которое для извлечения прибыли как основной цели своей деятельности на основании специального разрешения (лицензии) ЦБ РФ имеет право осуществлять банковские операции, предусмотренные Законом о банках. Кредитная организация образуется на основе любой формы собственности как хозяйственное общество. Иностранный банк определяется как банк, признанный таковым по законодательству государства, на территории которого он зарегистрирован.

При анализе указанных норм возникает вопрос: может ли иностранный банк, не имея лицензии ЦБ РФ, выступать кредитором в кредитном договоре? На данный вопрос можно было бы дать положительный ответ, приведя в обоснование норму, закрепленную в ст. 1202 ГК РФ. Более того, российскими судами не оспаривается правомерность вступления в кредитные отношения иностранных банков151. Тем не менее, в практике некоторых региональных судов встречаются решения, прямо противоположные общепринятому подходу152. Так, в 2013 г. апелляционный арбитражный суд Томска, пересматривая дело с участием казахстанского банка, касающееся отношений из договора об открытии кредитной линии, а также обеспечивающей его ипотеки, поддержал вывод суда первой инстанции о том, что заключенный договор является ничтожным, как не соответствующий требованиям российского законодательства. Суд аргументировал свою позицию тем, что казахстанский банк образован в соответствии с законодательством Республики Казахстан, не имеет на территории РФ филиалов или представительств, а также не обладает выданной Банком России в установленном порядке лицензией на осуществление банковских операций.

Суд специально отметил, что иностранные банки могут осуществлять банковскую деятельность на территории РФ только в случае учреждения кредитной организации с иностранными инвестициями или открытия своего филиала на территории РФ в соответствии с законодательством РФ. При этом суд подчеркнул, что основанием признания кредитного договора ничтожным является не отсутствие лицензии (совершение сделки за пределами правоспособности), а «абсолютная юридическая невозможность признания казахстанского банка банком или иной кредитной организацией в соответствии с действующим законодательством РФ». Таким образом, позиция суда заключалась в том, что гражданским законодательством не предусмотрено заключение кредитных договоров с участием иностранных банков при том условии, что последние не имеют присутствия на территории РФ в форме дочерней кредитной организации или филиала.

В ответ на доводы ответчика о том, что стороны заключили не кредитный договор, а договор займа, суд указал, что заключенный между сторонами договор обладал признаками, которые не позволяют отнести заключённый договор к договору займа. К таким признакам суд отнес: - наличие условия о предоставлении кредита отдельными траншами, что невозможно в договоре займа, поскольку он носит реальный характер и считается заключенным с момента предоставления денежных средств; - наличие условия о возможности отказа кредитора в предоставлении очередной суммы транша, что подтверждает консенсуальную природу рассматриваемого договора (договор займа является реальной сделкой и считается заключенным с момента предоставления заёмных средств, а несоблюдение условий финансирования, в том числе в виде уменьшения обеспечения по займу, может явиться только основанием для досрочного востребования суммы займа, но не основанием отказа в предоставлении займа); - наличие условий, свойственных исключительно отношениям, основанным на кредитном договоре: о взимании комиссионного вознаграждения за организацию финансирования, о проверке банком целевого использования кредита, описание предоставленного обеспечения, возможность изменения процентной ставки по кредиту.

## Правовая природа предварительных условий

Для иллюстрации исследуемой проблемы можно привести в пример такой вид обеспечения обязательств, как залог средств на банковском счете. До 1 июля 2014 г. данный институт не признавался российским правом. В этой связи, если бы договор международного займа был заключен с иностранным заёмщиком, к примеру, расположенным в Англии, по российскому праву и содержал обязательство последнего не создавать обременений, то в случае заключения заёмщиком договора залога денежных средств на банковском счете займодавец мог бы не иметь возможности принудительно исполнить требования, связанные с расторжением договора, в российском суде, поскольку заключение заёмщиком соответствующего договора могло бы быть не признано «обременением» по российскому праву. Тем не менее, указанная сделка, совершенная заёмщиком, по своему экономическому содержанию, безусловно, создала бы обременение имущества заёмщика, поскольку ограничила бы оборот определенной части имущества последнего и, как следствие, снизило бы его финансовую возможность по обслуживанию полученного займа.

Таким образом, включение в договор определений, подобных указанным выше, создает систему понятий, правил в отношениях между участниками заёмного и связанного с ним обязательств. В определенных случаях термины (определения), содержащиеся в договоре займа, могут быть использованы в сделках, обеспечивающих заёмное обязательство: к примеру, в договоре ипотеки в части описания обеспечиваемых обязательств часто можно встретить ссылки на определения процентных периодов, комиссий, базисных ставок и др., содержащиеся в договоре займа. Более того, наполняя максимально возможным содержанием определенные термины в договоре международного займа, стороны скорее будут иметь намерение отразить экономическое содержание обязательства, которое в различных юрисдикциях может приобретать разные правовые формы и, соответственно, иметь различную юридическую силу. В то же время правовые последствия использования подобных терминов в большой степени зависят не только от толкования, принятого в применимом к договору праве, сколько от степени признания принципа свободы договора в той или иной юрисдикции.

Основным звеном договора международного займа является его предмет: одна сторона (займодавец) обязуется предоставить другой стороне (заёмщику) определенную денежную сумму (сумму займа), а заёмщик обязуется возвратить сумму займа по истечении определенного договором срока вместе с процентами за пользование суммой займа, комиссиями и другими платежами. Именно в предмете соглашения – сумме займа, его сроке, размере процентов и иных платежей – содержится тот объем обязательств, который принимают на себя займодавец и заёмщик, и который при определенных обстоятельствах будет предметом корпоративного одобрения органов управления как займодавца, так и заёмщика.

Условие о проценте займа находится в тесной связи с обстоятельствами, в которых находится займодавец (банк) в момент осуществления выплат в соответствии с договором. Поскольку источником заёмных средств банков являются не столько средства вкладчиков, сколько те средства, которые доступны на рынке межбанковского кредита, договор международного займа будет содержать условия, отражающие указанные обстоятельства. Как правило, процентная ставка по международному займу определяется как плавающая и состоит из суммы фиксированной ставки (так называемой маржи), а также одной или нескольких рыночных ставок (например, упомянутые выше ЛИБОР, ЕВРИБОР или МОСПРАЙМ235). Учитывая, что плавающая процентная ставка напрямую зависит от состояния рынка, который время от времени подвержен кризисным явлениям, для подобных ситуаций в договоры международного займа включается условие, согласно которому в случае негативного изменения рыночной конъюнктуры (market disruption) стороны обязуются согласовать новый порядок определения процентной ставки236.

Условия договора международного займа о сроках также разнообразны. Особенностью договоров международного займа является то обстоятельство, что срок вступления в силу большинства обязательств, содержащихся в договоре, определяется не календарной датой, а указанием на событие. При этом событие может зависеть как от воли обеих сторон, так и от воли одной из них. В договоре международного займа может быть предусмотрено несколько сроков: срок исполнения предварительных условий, срок вступления в силу и действия договора займа, срок заключения и действия обеспечительных сделок, срок устранения ненадлежащего исполнения обязательств, сроки уведомления сторон и мирного разрешения споров и др. Следует отметить, что международная практика определения сроков в целом не отличается от принципов исчисления сроков, закрепленных в ГК РФ: сроки в договоре займа могут определяться календарной датой или истечением периода времени, который может исчисляться годами, месяцами, неделями, днями или часами, а также указанием на событие.

Первоначальный срок, в зависимость от которого поставлены все остальные сроки, определяется, чаще всего, датой так называемого «закрытия сделки»237. Использование подобной конструкции объясняется исполнением заёмщиком предварительных условий, то есть возникновением определенных обстоятельств, при наступлении которых займодавец приступит к исполнению своих обязательств из договора займа. В большинстве случаев дата закрытия определяется датой уведомления займодавцем заёмщика о том, что все предварительные условия были выполнены238. С момента закрытия сделки начинает течь срок, в течение которого заёмщик вправе воспользоваться суммой займа: для этого последний направляет в адрес займодавца специальное уведомление о выборке средств (drawdown request). В свою очередь, как только сумма займа предоставлена заёмщику, начинает течь срок, в течение которого начисляются проценты, то есть наступает так называемый процентный период. Процентный период – срок, по истечении которого заёмщик обязан уплатить

Иногда в условии о предмете отражается не только собственно заёмное обязательство, но также и цель такого обязательства. В случае, если в договоре указана цель займа, по общему правилу, ст. 814 ГК РФ признает его целевым займом, в соответствии с которым, если заёмщик не использует предоставленный заём согласно цели займа, у займодавца появляется право требования досрочного возврата суммы займа. Несколько иной подход к природе целевого займа содержится в английском праве. В деле Barclays Bank Ltd v Quistclose Investments Ltd.239, рассмотренном английским судом, было указано, что в случаях, когда заём предоставляется на определенные цели, например, на уплату заёмщиком денежной суммы третьему лицу, у займодавца возникает не столько право требования к заёмщику, сколько права доверительного собственника: в указанных случаях образуется не заёмное обязательство, а отношение доверительной собственности, в котором переданные средства полностью не переходят в собственность заёмщика. Таким образом, правила о целевом займе по английскому праву отличаются от соответствующих правил российского права.

## Арбитрабельность споров в правоотношениях, связанных с договором международного займа

Нельзя обойти вниманием также проблему ассиметричных арбитражных оговорок («диспаритетных» пророгационных соглашений»338), широко распространенных в правоотношениях, связанных с договором международного займа. Диспаритетные пророгационные соглашения – это соглашения, в соответствии с которым одна сторона наделена альтернативным арбитражному разбирательству правом на обращение в суд, а другая – нет.

В практике договоров международного займа встречаются арбитражные оговорки, которые предусматривают одновременно три вида судебного разбирательства (то есть содержат как элементы арбитражного соглашения, так и пророгационного соглашения), путем (1) включения положения о рассмотрении споров в международном коммерческом арбитраже, (2) включения положения о рассмотрении споров в государственном суде по усмотрению займодавца, (3) а также включения положения о том, что стороны признают неисключительную юрисдикцию определенного иностранного суда. Следует заметить, что использование подобных арбитражных оговорок является крайне нежелательным. Данные оговорки могут свидетельствовать не только об отсутствии арбитражного (пророгационного) соглашения между сторонами (его незаключенности), но также и быть признанными недействительными российским судом на том основании, что они заключены на «диспаритетных» началах.

Изначально российская судебная практика признавала действительными подобные инстанции, Девятый арбитражный апелляционный суд, проанализировав положения заключенного между сторонами кредитного договора, устанавливающие порядок арбитражные соглашения. Так, например, отменяя в 2009 г. определение суда первой инстанции, Девятый арбитражный апелляционный суд, проанализировав положения заключенного между сторонами кредитного договора, устанавливающие порядок определения юрисдикции для разрешения возникающих из договора споров, пришел к выводу о том, что условия договора содержат альтернативную оговорку, обладающую свойствами как третейского, так и пророгационного соглашения339. Данная оговорка была признана судом действительной. В силу указанной оговорки истцу (займодавцу) как финансовой стороне, учитывая повышенные риски кредитора, было предоставлено право выбора юрисдикции для разрешения конкретного спора. Основываясь на положениях оговорки, истец при возникновении спора из договора был вправе обратиться не только в Лондонский международный арбитражный суд либо в компетентный суд Англии, но и инициировать судебное разбирательство в любых иных компетентных судах, каковым в соответствии со ст. 35 АПК РФ являлся также и Арбитражный суд г. Москвы, поскольку местом нахождения ответчика являлся г. Москва.

Позицию апелляционного суда поддержал и суд надзорной инстанции, указав, что в подобном арбитражном соглашении стороны делают акцент на защиту интересов финансовой стороны, а реализация права на обращение в любой компетентный суд в соответствии с его юрисдикцией может быть направлена, в том числе, на исключение для финансовой стороны необходимости нести издержки, связанные с возбуждением процедуры признания и приведения в исполнение решений иностранных судов и арбитражей340. Суд указал, что поскольку истец не предоставил доказательств того, что положения кредитного договора (в части альтернативы при выборе юрисдикции для разрешения конкретного спора) противоречат нормам английского законодательства, были кем-либо оспорены или признаны недействительными, они являются обязательными для сторон. Как видим, при оценке правовой действительности арбитражного соглашения суд принял во внимание именно положения lex causae, а не lex fori (российское право)341.

Однако в 2012 г. ВАС РФ сформулировал иную, более обоснованную позицию, в которой признал подобное диспаритетное пророгационное соглашение недействительным, руководствуясь положениями не столько принципами lex causae, сколько общепризнанными принципами и нормами международного права, а также судебной практикой Европейского суда по правам человека342. Основанием для спора послужило ненадлежащее исполнение обществом «Сони Эрикссон» обязательств по генеральному соглашению (контракту) на поставку мобильных телефонов и аксессуаров. Стороны контракта включили в указанный контракт следующее соглашение (оговорку) о разрешении споров: «любой спор, возникший в связи с настоящим Соглашением, который не может быть разрешен путем переговоров, будет окончательно разрешен в соответствии с Правилами примирения и арбитража Международной торговой палаты (Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce) тремя (3) арбитрами, назначенными в соответствии с этими правилами. Местом арбитражного разбирательства будет Лондон, разбирательство будет происходить на английском языке. Настоящая арбитражная оговорка продолжает действовать в том числе после расторжения настоящего соглашения и не ограничивает прав Сторон обращаться в суды компетентной юрисдикции для принятия обеспечительных мер или вынесения судебного запрета в случае нарушения или угрозы нарушения положений разделов «Торговые марки Sony Ericsson», «Лицензии на программное обеспечение», «Экспортный контроль», «Противодействие обращению контрафактной продукции» или «Конфиденциальность». Арбитражная оговорка также не ограничивает право «Сони Эрикссон» обратиться в суд компетентной юрисдикции с иском о взыскании сумм задолженности за поставленную Продукцию».

ВАС РФ отметил, что подобное положение контракта, которое закрепляет право только одной стороны контракта – общества «Сони Эрикссон» (продавца) – передать споры на разрешение государственного суда, ставит продавца в преимущественное положение по сравнению с обществом «РТК» (покупателем), поскольку только ему предоставляет право выбора средства разрешения спора (частного арбитража или государственного правосудия), следовательно, нарушается баланс интересов сторон. Вместе с тем к основным началам гражданского права относится принцип равноправия участников таких отношений. При этом стандарты обеспечения справедливого разбирательства гражданских споров, свойственные государственному правосудию, распространяются и на альтернативные способы разрешения споров, в частности, на третейское (арбитражное) разбирательство.