

Гравин Дмитрий Ильич

**ДОГОВОР БАНКОВСКОГО КРЕДИТОВАНИЯ
ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ
ПО АНГЛИЙСКОМУ И РОССИЙСКОМУ ПРАВУ**

Специальность 12.00.03 – гражданское право; предпринимательское
право; семейное право; международное частное право

Автореферат
диссертации на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Москва - 2013

Работа выполнена в отделе гражданского законодательства зарубежных государств Федерального государственного научно-исследовательского учреждения «Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации»

Научный руководитель:

Семилютина Наталия Геннадьевна

доктор юридических наук, заведующая отделом гражданского законодательства зарубежных государств ФГНИУ «Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации»

Официальные оппоненты:

Ерпылева Наталия Юрьевна

доктор юридических наук, профессор кафедры международного частного права ФГАОУ ВПО «Национальный исследовательский университет «высшая школа экономики»»

Козлова Елена Борисовна

кандидат юридических наук, доцент кафедры предпринимательского права, гражданского и арбитражного процесса ФГБОУ ВПО «Российская правовая академия Министерства юстиции Российской Федерации»

Ведущая организация:

ФГБОУ ВПО «Московский государственный институт международных отношений (Университет) Министерства иностранных дел Российской Федерации»

Защита диссертации состоится 23 декабря 2013 года в 11:00 на заседании диссертационного совета Д503.001.01 при Институте законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации по адресу: 117218, г. Москва, ул. Б. Черемушкинская, 34.

С диссертацией можно ознакомиться в библиотеке Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации.

Автореферат разослан «___» _____ 2013 года.

Ученый секретарь
диссертационного совета
кандидат юридических наук

М.А. Цирина

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РАБОТЫ

Актуальность темы исследования. В последние десятилетия, в связи с произошедшими изменениями в мировой экономике и дальнейшим развитием торговли, российские компании все чаще обращаются к западным банкам в поисках финансирования, что связано, прежде всего, со стоимостью кредитования, которое в западно-европейских странах оказалось значительно дешевле. Отчасти на стоимость кредитования оказывает влияние и совершенство (или несовершенство) правовых условий, на которых предоставляются кредиты. В подавляющем большинстве случаев кредитный договор в рамках международного финансирования будет либо подчинен английскому праву на основании соглашения сторон о применимом праве, либо включать в себя условия, разработанные на основании договорных моделей, разработанных в соответствии с английским правом.

Английский кредитный договор, т.е. кредитный договор, подчиненный английскому праву, хотя и имеет ту же правовую природу, что и одноименный договор в российском праве, значительно отличается от него. Главные отличия состоят и в механизме предоставления средств, и в объеме обязательств заемщика, и в определении случаев возможного нарушения договора, и ответственности сторон за нарушения договорных условий и т.п. При этом концептуальный характер имеет то, что английский договор позволяет сторонам управлять исполнением своих обязательств в рамках договора, не нарушая при этом прав другой стороны. Таким образом, обе стороны имеют возможность корректировать действия, приводя свое поведение в рамках договора в соответствие с меняющимися условиями рынка, минимизируя свои риски и действуя в полном соответствии с принципом добросовестности. Такая гибкость и возможности управлять ситуацией, не нарушая прав другой стороны, делает английскую конструкцию кредитного договора привлекательной для участников рынка вне зависимости от их принадлежности к английскому правопорядку.

Объектом исследования являются общественные отношения, связанные с деятельностью в области банковского кредитования.

Предметом исследования являются вопросы правового регулирования кредитного договора по английскому и российскому праву; нормы российского права, касающиеся банковского кредитования; английское прецедентное право и практика применения российскими арбитражными судами законодательства о кредитовании, а также доктринальные исследования, относящиеся к кредитному договору.

Предметом настоящего исследования является кредитование банками юридических лиц. За рамками исследования остались такие вопросы, как получение кредитов физическими лицами, включая потребительское кредитование, межбанковские кредитные отношения, в которых заемщиками выступают именно банковские организации, а также межгосударственные займы, где должниками являются государственные органы.

Цели и задачи исследования. Целью проведения исследования было проведение функционального сравнительно-правового анализа положений английского и российского законодательства с целью выявления правовых норм и конструкций, обеспечивающих привлекательность английской модели кредитного договора. Для достижения указанной цели были поставлены следующие задачи:

- исследовать правовую сущность, понятие и разновидности кредитных договоров, используемых при международном финансировании, подчиненных английскому праву;
- выявить и описать основные элементы кредитных отношений в английском праве;
- выявить те условия кредитного договора, которые делают английскую правовую модель привлекательной, и рассмотреть вопрос о возможности заимствования таких конструкций в российском праве;

- рассмотреть особенности регулирования вопросов исполнения кредитного договора в российском и английском праве, охарактеризовать содержание прав и обязанностей сторон указанного договора;

- проанализировать правовую природу ряда широко применяемых за рубежом институтов английского права, в частности – такие условия, включаемые в договор как «заверения и гарантии», «предварительные условия», а также институты синдицированного и субординированного кредитования, условия досрочного погашения кредита, обеспечительное агентирование; перечисленные условия и институты не имеют прямых аналогов в российском праве, однако активно используются на практике при заключении кредитных договоров, подчиненных российскому праву;

- выявить пробелы в российском правовом регулировании отношений, связанных с кредитным договором, и наметить пути их устранения;

- исследовать и обосновать необходимость введения в российское законодательство норм и институтов, существующих в английском праве и используемых при исполнении кредитного договора.

Методологической основой исследования послужили общенаучные методы познания, а также ряд частно - научных методов: диалектический, формально-логический, системный, исторический, сравнительно - правовой и формально-юридический методы. При проведении исследования автор активно использовал метод функционального сравнительно правового анализа, устанавливая и описывая не только нормы иностранного права, но и определяя принципы взаимодействия и назначение (функции) исследуемых правовых норм. Автор предпринял попытку теоретически обобщить предмет исследования и сделать выводы, имеющие как теоретическое, так и эмпирическое значение, основываясь на методе сравнительного правоведения, без использования которого, достижение намеченной цели и сформулированных задач исследования было бы невозможным.

Нормативной основой исследования явились положения Конституции Российской Федерации, действующее гражданское законодательство Российской Федерации, федеральные законы, ведомственные акты.

Теоретическую основу исследования составляют труды дореволюционных, а также советских и российских цивилистов М.М. Агаркова, В.А. Белова, М.И. Брагинского, В.В. Витрянского, Н.Ю.Ерпылёвой, Л.Г. Ефимовой, В.В. Залесского, О.С. Иоффе, А.Л. Маковского, Д.И. Мейера, И.Б. Новицкого, Л.А. Лунца, Л.А. Новоселовой, Е.А. Павлодского, И.А. Покровского, О.Н. Садикова, Е.А. Суханова, М.А. Телюкиной, Р.О. Халфиной, В.М. Хвостова, С.А. Хохлова, Е.А. Флейшиц, Г.Ф. Шершеневича, а также труды английских ученых У. Ансона, Alastair Hudson, Alistair McConnachie, G.H.Treitl, Philip R Wood, J.Wadsley, G.A. Penn, S.Wright и других.

Степень разработанности темы: несмотря на актуальность кредитных отношений в современных экономических условиях, нормы ГК РФ, посвященные банковскому кредитованию, в последнее время не подвергались детальному анализу. Кроме фундаментального исследования М.И. Брагинского и В.В. Витрянского¹, из недавно вышедших в свет работ, посвященных указанной теме, можно выделить подробные исследования этой проблемы, проведенные С.К. Соломиным и Р.И. Каримуллиным, хотя, безусловно, вопросы банковского кредитования поднимались в работах Л.А. Новоселовой, В.А. Белова, М.В. Телюкиной, и ряда других авторов, однако они либо касались некоторых конкретных вопросов, или рассматривали банковское кредитование как разновидность займа, и, следовательно, уделили банковскому кредитованию недостаточно внимания.

Среди недавно опубликованных работ, посвященных английскому банковскому праву, нельзя не отметить монографию А.А. Вишневого

¹ М.И. Брагинский, В.В. Витрянский. Договорное право. Книга пятая. В двух томах. Том 1. М. Статут, 2006.

«Банковское право Англии»², тем не менее, указанное исследование затрагивает общие вопросы банковского права данной страны и не касается непосредственно аспектов кредитования корпораций.

Определенные вопросы английского права не раз затрагивались в отечественной правовой литературе³, однако непосредственно договор банковского кредитования, заключаемый по английскому праву, до сих пор не подвергался самостоятельному комплексному исследованию.

Научная новизна работы заключается в том, что она является по существу первым компаративистским исследованием договора банковского кредитования юридических лиц в английском и российском праве, содержащим с сравнительно-правовой анализ соответствующих норм отечественного и английского права. Сравнение различных подходов может представлять интерес, поскольку позволяет выявить формы и конструкции, обеспечивающие привлекательность английской правовой модели для кредитных организаций, и сформулировать предложения по совершенствованию отечественного законодательства.

Положения, выносимые на защиту

1) Исследование института «предварительных условий» (condition precedent) позволили сделать вывод, что предварительные условия в английском праве не являются категорией, тождественной категориям «отменительное условие» или «отлагательное условие», описанных в ст. 157 ГК РФ. Как следует из статьи 175 ГК РФ такие условия не могут зависеть от воли сторон сделки, между тем в английском праве «предварительные условия» могут зависеть не только от воли или действий сторон в правоотношении, но и от действий третьих лиц. Таким образом, английские

² А.А. Вишневский. Банковское право Англии. М., Статут, 2000.

³ См. Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учебное пособие/Под общ. Ред. В.В. Безбаха и В.К. Пучинского. – М.: МЦФЭР, 2004; Комаров А.С. Ответственность в коммерческом обороте. – М.: Юридическая литература, 1991; Моисеева О.Г. Проблемы использования средств защиты при нарушении договора в английском праве// Новое российское законодательство и практика его применения. – Барнаул, 1997, Основные институты гражданского права зарубежных стран: Сравнительно – правовое исследование/ Под ред. В.В. Залесского. – М. НОРМА, 1999; Халфина Р.О. Договор в английском гражданском праве. – М. Изд-во АН СССР, 1959.

предварительные условия не могут относиться к условиям, наступление которых не зависит от воли сторон, но их наступление порождает или прекращает права и обязанности сторон по договору. Представляется целесообразным ввести в отечественное законодательство категорию «предварительные условия» как минимум для кредитных отношений. В связи с этим предлагается внести в ГК РФ норму, согласно которой если кредитным договором предусмотрено, что предоставление кредита осуществляется после выполнения заемщиком определенных действий или наступления определенных обстоятельств (предварительные условия), то обязанность предоставить кредит возникает после выполнения таких предварительных условий. Невыполнение предварительных условий не влияет на иные положения кредитного договора, не связанные непосредственно с предоставлением кредита. По существу после исполнения предварительных условий должником у кредитора появляется обязанность предоставить кредит. При этом срок исполнения предварительных условий определяет должник, управляя, таким образом, началом кредитных отношений.

2) Автор анализирует английские концепции «заверений и гарантий». Английские «заверения и гарантии» являются подтверждением, данным со стороны заемщика, определенных фактов или обстоятельств. При этом, в английском праве кредитор, как правило, заключает кредитный договор, полагаясь на истинность таких «заверений» и «гарантий». Однако, нарушение данных заверений по английскому праву не имеет тех же последствий, что предусмотрены статьей 179 ГК РФ (Недействительность сделки, совершенной под влиянием обмана, насилия и т.д.) Правовая конструкция английских «заверений» и «гарантий» безоговорочно не укладывается ни в одну из существующих в настоящее время российских правовых концепций. В то же время, при определенных обстоятельствах и в зависимости от природы нарушения, те или иные нормы российского гражданского права могут применяться при нарушении «заверений» и

«гарантий», полного аналога данной правовой модели в России не существует.

Автор полагает, что сторонам российского кредитного договора, следует более осторожно включать в такой договор английских конструкций «заверений» и «гарантий».

3) В диссертации предлагается расширить круг обязательств, возлагаемых на заемщика действующими нормами российского законодательства. Объем обязательств, накладываемых на должника по английскому кредитному договору (ковенанты), значительно превышает аналогичные обязательства в российском кредитном договоре. Некоторые из них не соответствуют понятию обязательства, предусмотренного отечественным правом, так как не зависят от воли или действий сторон. Такие обязательства не соответствуют конструкции отлагательных/отменительных условий, предусмотренной статьей 157 ГК РФ. Ковенанты в английском праве представляют собой правовую конструкцию, не имеющую прямого аналога в российском законодательстве, и их введение в российское законодательство позволит определить на законодательном уровне, а, следовательно, и заранее воспрепятствовать совершению заемщиком, действий, способных повлечь нарушение должником своих договорных обязательств. Таким образом, кредитор получает возможность контролировать заемщика, предотвращая или минимизируя негативные последствия ненадлежащего исполнения им своих обязательств.

4) Проведенный сравнительно-правовой анализ английского и российского права позволяет сделать вывод о целесообразности расширения прав кредитора при предоставлении кредитования. Такое расширение позволит кредитору заранее принимать меры по предотвращению ненадлежащего исполнения обязательств должником. Российское законодательство содержит ограниченный перечень обстоятельств, позволяющих банку досрочного (то есть до наступления срока возврата кредита) требовать расторжения кредитного договора и возврата кредита. К

числу такого рода обстоятельств российское законодательство относит: нарушение заемщиком требования о целевом использовании кредита (п.2 ст. 814 ГК РФ), или, нарушение установленного для возврата очередной части кредита срока (п.2 ст.811 ГК РФ), или утрате обеспечения или ухудшении качества предоставляемого обеспечения по обстоятельствам, за которые кредитор не отвечает (ст. 813 ГК РФ). Очевидно, что по российскому праву кредитор имеет ограниченные возможности требовать досрочного возврата кредита при несовершении заемщиком именно определенных действий. В отличие от российского права, в английском праве «дефолт», т.е. нарушение договорных обязательств, является основанием для досрочного возврата кредита даже в том случае, если заемщиком непосредственно не совершено каких-либо неправомерных действий. Фактически, должник может добросовестно исполнять свои договорные обязательства и выплачивать кредит, и, тем не менее, находится при этом «в дефолте». Таким образом, основания, предусматриваемые английским кредитным договором в качестве нарушения обязательств заемщика, значительно отличаются от аналогичных оснований, предусмотренных ГК РФ, существенно расширяя права кредитора в части управления ситуацией, связанной с возвратом кредита.

При этом, в отличие от российских кредитных договоров, по английскому праву кредиторы зачастую предоставляют должнику возможность исправления ситуации при нарушении им своих обязательств по договору. Одновременно, английское право предоставляет банкам и достаточно гибкий механизм, известный как существенное изменение обстоятельств (*material adverse change*) для требования досрочного погашения долга, отсутствующий (несмотря на схожесть терминологии) в отечественном законодательстве, и не аналогичный нормам, предусмотренным ст. 451 ГК РФ. Введение аналогичной нормы в российское законодательство, согласно которой банк вправе предоставить заемщику возможность исправления своего нарушения договорных обязательств по

кредиту, безусловно, будет способствовать стабильности коммерческих отношений.

5) Исследование института «синдицированного кредитования» по английскому праву позволило сформулировать предложения по совершенствованию российского законодательства. По английскому праву синдицированный кредит – это кредит, риск невозврата которого делится между несколькими банками. На практике, синдицированный кредит - это кредит, в котором на стороне кредитора участвуют более одного банка. Российское гражданское право не знает понятия синдицированного кредита, данное понятие имеется только в банковском законодательстве, которое, при этом, не устанавливает роли различных агентов, в том числе и агента обеспечения. Представляется необходимым ввести в § 2 гл.42 РФ новую статью, согласно которой по договору синдицированного кредита несколько банков обязуются или предоставить совместно денежные средства (кредит) заемщику в размере и на условиях, предусмотренных кредитным договором, или участвовать совместно с банком – инициатором кредита в кредитовании заемщика иными способами. При этом, конкретные формы синдицированного кредитования заемщика могут устанавливаться банковскими правилами.

В этом случае банки – участники синдицированного кредитования не могут отвечать по обязательствам друг друга. Отношения между банками – участниками синдицированного кредита, а также отношения между такими банками и заемщиком, должны регулироваться договором между ними (договор кредиторов или межкредиторский договор). В таком договоре должна быть указана сумма, предоставляемая каждым банком – участником синдицированного кредита, а также могут быть указаны права и обязанности банка – агента кредитования, агента обеспечения, права и обязанности банков – участников синдицированного кредитования по вопросам реализации обеспечения, права банков, предоставивших наибольший размер кредита, а также иные вопросы, в том числе форма участия банков в таком

синдицированном кредите. При этом, положения договора кредиторов могут содержаться как в отдельном документе, так и в тексте договора синдицированного кредита.

Теоретическая и практическая значимость исследования. Значение диссертационного исследования состоит в том, что с учетом положений российского и английского права и судебной практики сформулированы и обоснованы предложения по внесению изменений в российское законодательство, а также проанализированы определенные концепции английского права, встречающиеся и в договорах, регулируемых российским правом. Материалы настоящего диссертационного исследования, а равно как и сформулированные выводы и предложения, явились результатом 20 летней практической работы диссертанта с кредитными договорами, подчиненными английскому праву, и могут быть использованы при совершенствовании действующего российского гражданского законодательства, в процессе преподавания в вузах курсов гражданского и торгового права зарубежных стран и банковского права, в научно-исследовательской работе. Кроме того, работа может представлять практический интерес для юристов, практикующих в области банковского и кредитного права при осуществлении международных контрактов, а также судей арбитражных и третейских судов, рассматривающих споры, вытекающие из подобных договоров.

Апробация исследования. Диссертация выполнена и обсуждена в Отделе гражданского законодательства зарубежных государств Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ. Основные научные положения диссертации, выводы и предложения по совершенствованию действующего гражданского законодательства изложены автором в ряде научных публикаций.

Структура и содержание работы определяются целями и задачами исследования и отражают его логику. Диссертация состоит из введения,

четырёх глав, объединяющих 11 параграфов, заключения, библиографического списка.

ОСНОВНОЕ СОДЕРЖАНИЕ РАБОТЫ

Во **введении** обосновывается выбор и актуальность темы, научная новизна диссертационного исследования, его теоретическая и практическая значимость. Раскрыты цель, задачи, методологическая основа, теоретическая и практическая значимость, а также положения, выносимые на защиту.

Первая глава данной работы посвящена источникам регулирования, понятию и сторонам кредитного договора по английскому и российскому праву. В параграфе 1 первой главы диссертант анализирует источники регулирования кредитных отношений в России и Англии⁴.

Проводится краткий исторический анализ английского права, рассматриваются причины возникновения и природа общего права (common law) и права справедливости (law of equity), а также результат слияния двух этих ветвей судебной власти в 1873 г.

Особое внимание обращается на роль прецедента в системе правовых источников Англии. Как известно, английское право не знает кодификации, характерной для других правовых систем⁵, основным и исторически первым источником права в Англии является прецедент. Прецедентное право (case law) сводится к тому, что решение, вынесенное одним из высших судов,

⁴ Относительно термина «английское право» следует оговориться, что он охватывает только право Англии и Уэльса. Шотландское право, хотя и имеет много схожего с правом английским, тем не менее, имеет свою специфику и основано на совершенно иных принципах, в основе которых лежит в том числе и римское право. Также не относится к английскому праву право государств пролива Ла Манш (Chanel Islands). См. English private law, edited by prof. A. Burrows, second ed., Oxford University Press, 2007, 1249 p at pp 10-20 (para 1.16-1.20)

⁵ Хотя попытки кодифицировать английское право предпринимались начиная со второй половины XIX в. В 1965г. даже была создана Правовая Комиссия (Law Commission), ставящая своей целью кодификацию английского права, однако, все попытки кодификации оказались тщетны, что привело к отказу данной комиссии от идеи создания кодекса о договорах. Тем не менее, она внесла свою лепту в разработку отдельных законопроектов, в частности, разработку и принятие в 1999 г. Закона о Правах Третьих Лиц (Rights of Third Parties Act 1999), на который ссылается практически каждый кредитный договор, подчиненный английскому праву. Следует также отметить, что в последние годы вновь периодически поднимается вопрос о необходимости кодификации английского права в свете гармонизации права ЕС, особенно в сфере торговых и финансовых отношений. См. Wood Philip R. Europe, England and laws reform// Butterworths Journal of International Banking and Financial Law. – 2003/ - Vol.18. – No 6. – P.211-214.

является обязательным для судов той же или нижестоящей инстанции при разрешении аналогичных дел.

В качестве источника английского права анализируется также обычай (trade custom), представляющий собой по сути скорее общепризнанные обыкновения, применяемые порой в качестве подразумеваемых условий договора и зачастую становящиеся частью судебного прецедента⁶. Применительно к банковскому кредитованию, под обычаем может пониматься рекомендательные документы, разрабатываемые различными организациями, относящимися к финансовому сектору, в частности Ассоциацией кредитного рынка (Loan Market Association) (LMA), являющейся неформальной организацией международных банков, кредитующих на лондонском рынке синдицированных кредитов.

Анализируются также источники регулирования кредитных отношений в российском праве, и обосновывается, что такие отношения есть отношения банковские, так как предоставление кредитов есть разновидность банковских операций. Кредитные отношения являются частью общественных отношений, регулируемых банковским правом. Основы банковского права в общем виде сформулированы в ст. ст. 75 и 103 Конституции РФ, а ст.7 Конституции РФ устанавливает компетенцию и уровень правового регулирования банковского законодательства, которое относится к ведению Российской Федерации и не может регулироваться законодательством субъектов Федерации.

Диссертант последовательно рассматривает источники российского банковского права, указывая на исключительную значимость в этом отношении именно Гражданского Кодекса Российской Федерации. Среди других нормативных правовых актов в качестве источников регулирования кредитных отношений автор выделяет Федеральный Закон «О валютном регулировании и валютном контроле», Федеральный Закон от 10 июля 2002 г. N 86-ФЗ «О Центральном Банке Российской Федерации (Банке России)»

⁶ Гражданское и торговое право капиталистических государств// Отв. Ред Е.А. Васильев, М., 1993, С.52-53.

(далее - «**Закон о Центральном Банке**») и особенно Закон Российской Федерации от 2 декабря 1990 г. № 395-1 «О банках и банковской деятельности» (далее - «**Закон о Банках**»), а также нормативные документы Центрального Банка РФ как основного регулятора банковской деятельности в России.

Во втором параграфе 1 главы автор анализирует понятие и правовую природу кредитного договора по английскому и российскому праву, отмечая, что в российском законодательстве понятие кредитного договора приведено в ст. 819 ГК РФ, согласно которой, по кредитному договору банк или иная кредитная организация (кредитор) обязуется предоставить денежные средства (кредит) заемщику в размере и на условиях, предусмотренных договором, а заемщик обязуется возвратить полученную денежную сумму и уплатить проценты на нее. Диссертант рассматривает кредитный договор в качестве разновидности займа. Автор полагает, что законодатель недвусмысленно дал понять, что основные положения кредитных отношений, в первую очередь касательно сроков возврата, оспаривания договора по причине безденежья, последствия потери обеспечения и иные, предусмотрены положениями о займе и применяются к кредиту субсидиарно. Диссертант разделяет мнение М.И. Брагинского и В.В. Витрянского о том, заем от кредита отличают только два признака – наличие банка в качестве специального субъекта на стороне кредитора и консенсуальность самого договора.

В российском праве заем традиционно считался договором реальным. Для консенсуальных же договоров характерно наличие достигнутого сторонами соглашения по всем существенным условиям, а также оформление договора в определенную, требуемую законом форму. До факта предоставления денежных средств данная конструкция вверяет будущему должнику права кредитора. Он вправе требовать от контрагента исполнения своих обязательств, но по исполнению другой стороной таких обязательств, сам становится должником, т.е. обязанным лицом.

Кредитный договор является классическим консенсуальным договором. Из него возникает не только одностороннее обязательство должника возвратить полученные средства, но и обязательства кредитора такие средства предоставить в определенный срок в будущем.

В отличие от российского права, некодифицированное английское право не выделяет понятие обязательство из понятия договора⁷. Английское право не знает легального определения договора, так как все институты договорного права в Англии развивались в основном судебной практикой.

По мнению авторитетного английского юриста Вильяма Ансона, договорное право «не устанавливает круга правомочий и обязанностей, защищаемых в принудительном порядке; оно состоит, скорее, из определенного числа ограничительных положений, подчиняясь которым стороны могут создавать для себя права и обязанности, обеспечиваемые правом»⁸.

Для того, чтобы договор был действителен по английскому праву, необходимо наличие оферты и акцепта (*offer and acceptance*), намерение создать правовые отношения и договоренность между сторонами по *essentialia negotii*, т.е. всем существенным условиям (*material terms*), таким как цена, предмет договора и стороны правоотношения.

Однако, практика выработала и иные критерии определения договора в английском праве.

Так, договор, для того, чтобы он был принудительно исполним, не должен противоречить публичному порядку (*public policy*)⁹, и, кроме того, договор в английском праве, для получения принудительного исполнения, должен содержать так называемое «встречное удовлетворение» (*consideration*) – т.е. элемента английского договора, показывающего то

⁷ Май С.К. Очерк общей части буржуазного обязательственного права. М., Внешторгиздат, 1953. – С. 19.

⁸ В. Ансон. Договорное право. М., 1984, С.13.

⁹ Правило публичного порядка как основание к отказу в судебной защите договора возникло в XVIII в. Лорд Мансфилд в деле *Holman v Johnston* [1775] дал след определение данному подходу: «принцип публичного порядка сводится к следующему: ни один суд не предоставит помощь человеку, предъявившему иск по поводу или в защиту противоправного или безнравственного деяния».

«благо», которое приобретает участник договорных отношений. Подобный правовой элемент не имеет прямого аналога ни в российском законодательстве, ни в иных юрисдикциях, не относящихся к англосаксонскому праву.

В работе подробно рассматривается вопрос «встречного удовлетворения» в английском договорном праве, анализируются судебные прецеденты в этом отношении и объясняется причина неприменения понятия встречного удовлетворения к отношениям, возникающим в сфере банковского кредита именно в связи с тем, что «благо» от самого заключения кредитного договора настолько очевидно для сторон, что нет необходимости «облачать» его во «встречное удовлетворение».

В параграфе 3 главы 1 анализируются стороны кредитного договора в российском и английском праве. Отмечается, что как в кредитном договоре, регулируемом российским правом, так и в английском кредитном договоре, всегда присутствуют две стороны – заемщик и лицо, предоставляющее заемные денежные средства. В России это банки, в Англии – это лица, именуемые «lenders». Этот термин не имеет однозначного перевода на русский язык и обозначает «тех, кто предоставляют кредит или ссуду»¹⁰. Это может быть и корпоративное (небанковское) лицо, и банк или несколько банков, и иные «институциональные» организации (institutional lenders), также известные как «небанковские кредиторы» (non-bank lenders) или фонды (funds).

Английское право не знает законодательного определения «банк», несмотря на то, что такое понятие употребляется в ряде английских законодательных актов¹¹. Тем не менее, оно определяет понятие «банк» через

¹⁰ Чаще всего на русский язык термин “lender” переводится как «кредитор», хотя, безусловно, понятие кредитора, т.е. лица, обладающего правом требования, значительно шире, чем понятия лица, предоставляющего денежные средства по кредитному договору. Как альтернатива такому переводу возможно употребление термина «займодавец».

¹¹ В частности, ст.ст. 60, 73, 79, 80 Закона о Переводном Векселе 1882 (Bill of Exchange Act 1882), ст. ст. 1-4 Закона о Чеках 1957 г. (the Cheques Act 1957).

понятие «банкир» и «банковская деятельность». В историческом аспекте рассматривается развитие понятия банка на Британских островах.

Автор отмечает, что английское прецедентное право толкует понятие «банк» через понятие «банкир», т.е. лицо, которое, «принимает вклады для получения прибыли путем использования их для предоставления кредитов»¹² и иллюстрирует это на примере конкретного судебного дела¹³.

Что касается России, то наше законодательство дает определение банку. Понятие «банк» вводится Законом о Банках, согласно которому банком является кредитная организация, которая имеет исключительное право осуществлять в совокупности следующие банковские операции: привлечение во вклады денежных средств физических и юридических лиц, размещение указанных средств от своего имени и за свой счет на условиях возвратности, платности, срочности, открытие и ведение банковских счетов физических и юридических лиц.

Согласно Закону о Банках, только на основании банковской лицензии возможно совершение банковских операций, включая привлечение денежных средств физических и юридических лиц во вклады (до востребования и на определенный срок), размещение указанных привлеченных средств от своего имени и за свой счет, открытие и ведение банковских счетов, осуществление переводов денежных средств по поручению физических и юридических лиц, в том числе банков-корреспондентов, по их банковским счетам, инкассация денежных средств, и другие¹⁴. При этом, выдача кредитов не указана среди лицензируемых банковских операций, она охватывается понятием привлечения и размещения денежных средств от своего имени и за свой счет, т.е. именно привлечение денежных средств является критерием, разграничивающим банковскую деятельность от иной.

¹² Shield's Estate [1901] I.R.m172 per Holms J.

¹³ J.Wadsley & G.A. Penn. The Law relating to Domestic Banking. Sweet & Maxwell, L, 2000, P. 90-94.

¹⁴ См. подробнее: Оробинский С.С. Лицензирование различных направлений банковской деятельности в Российской Федерации. Право и экономика. №3. 2009, С. 14-19.

Предоставление банковского кредита тесно связано с понятием банковской деятельности, т.е. систематической коммерческой деятельностью в банковской сфере, направленной на извлечение прибыли. В этой связи автор рассматривает возможность выдачи займов на постоянной основе небанковской организацией и приходит к выводу, что в этом случае нельзя говорить о банковской деятельности в действиях такой организации, так как отсутствует использование именно привлеченных средств.

Что касается другой стороны кредитного договора – заемщиков, то российское право, презюмируя общую правоспособность корпоративных юридических лиц, не налагает каких-либо ограничений на их способность к заимствованию, кроме лиц, обладающих специальной правоспособностью.

Что касается английского права, то оно в целом не ограничивает английские корпорации в возможности получения кредитов. Любые компании могут заимствовать у банков и, следовательно, выступать стороной кредитных договоров¹⁵, если запрет заимствований не предусмотрен их уставными документами, что случается чрезвычайно редко. Тем не менее, в работе обращается внимание на доктрину общего права, известную как *ultra vires* («сверх полномочий»), которая на протяжении многих десятилетий представляла реальную угрозу кредиторам английских корпораций именно в плане возможности корпорации получать кредиты.

Вторая глава диссертационного исследования посвящена условиям кредитного договора по российскому и английскому праву. В первом параграфе второй главы анализируются условия предоставления кредита, предварительные и последующие условия кредитного договора по английскому и российскому праву. Отмечено, что с точки зрения российского права, если кредитный договор заключен, банк обязан предоставить денежные средства за единственным исключением, предусмотренным п.1 ст. 821 ГК РФ. В силу этой нормы банк вправе, если

¹⁵ Особенно это характерно для торговых компаний, возможность заимствований которых подразумевается. См. *Introductions Ltd. v National Provincial Bank* [1970] Ch 199.

имеются обстоятельства, очевидно свидетельствующие об угрозе невозврата кредита, отказать в предоставлении кредитных средств полностью или частично.

Сопоставляется ст. 821 ГК РФ с положением ст. 451 ГК РФ, применение которой также может привести к последствиям, предусмотренным в ст. 821 ГК РФ. Как известно, в соответствии со ст. 451 ГК РФ, стороны вправе изменить или расторгнуть договор в связи с существенным изменением обстоятельств, когда исполнение взятых на момент заключения договора обязательств, вследствие произошедших помимо воли сторон событий, будет крайне обременительным. При этом, делается вывод, что ст.451 ГК РФ является общей нормой, применимой ко всем договорным отношениям, в то время как ст. 821 ГК РФ является нормой специальной, «созданной» исключительно для кредитных отношений.

Что касается английского кредитного договора, то в Англии, сам факт подписания такого договора отнюдь не гарантирует, что денежные средства будут действительно предоставлены заемщику. Для их предоставления необходимо выполнение заемщиком определенных договором действий или наступление определенных условий, именуемых «предварительными условиями» (*condition precedent*).

Автором подробно изучаются условия, относящиеся к *condition precedent* в английском кредитном договоре, и делается вывод, что предварительные условия могут касаться любых обстоятельств, фактов или событий, иных явлений, согласованных сторонами. Главное, чтобы они были четко изложены в договоре, и была возможность их объективной оценки.

При предоставлении кредита иностранными банками российским заемщикам в качестве предварительных условий обычно указываются следующие обстоятельства: (1) предоставление копий учредительных документов заемщика; (2) предоставление копий свидетельства о государственной регистрации заемщика; (3) наличие выписки из органов государственной регистрации юридических лиц, полученной заемщиком, как

правило, не ранее оговоренного количества дней к моменту подписания кредитного договора; (4) предоставление подтверждений назначения генерального директора и копии приказа о назначении главного бухгалтера заемщика; (5) принятие соответствующим корпоративным органом заемщика решения об одобрении кредитного договора (например, в качестве крупной сделки) и предоставление банку протокола соответствующего общего собрания или заседания Совета директоров (Правления). Также должно быть подтверждено заключение договоров, обеспечивающих исполнение заемщиком своих обязательств по кредитному договору (например, поручительства материнской компании заемщика, договора о залоге приобретаемого оборудования, договора ипотеки объектов недвижимости, принадлежащих заемщику и т.д.). Предварительным условием для предоставления заемщику кредита является также подтверждение получения должником или третьим лицом лицензий на совершение определенных действий, а также получение удовлетворительного для банка правового заключения юридической фирмы, представляющей интересы банка, и многие другие.

Диссертант подробно анализирует соотношение таких условий с российской моделью условных сделок. Как известно, п. 1 ст. 157 ГК РФ гласит, что сделка считается совершенной под отлагательным условием, если стороны поставили возникновение прав и обязанностей в зависимость от обстоятельства, относительно которого неизвестно, наступит оно или не наступит. Им делается вывод, что то, что в английском праве понимается под *condition precedent*, не может полностью укладываться в российскую концепцию условности сделок – это своеобразный комплекс условий, событий, действий, а порой и мнений, наступление которых может как зависеть, так и быть независимым от воли или действий или даже суждений сторон или третьих лиц. Российское же законодательство, по мнению диссертанта, не признает «отлагательность» условий как результат действий

участников сделки, что подтверждается судебной практикой, правда, не всегда последовательной.

В этом же параграфе автор рассматривает английское понятие *condition subsequent*. Обычно оно переводится на русский язык как «последующие условия». На практике оно используется значительно реже *condition precedent* и преследует иную цель. Если *condition precedent* используется в качестве условия, выполнение которого влечет начало кредитования, то роль *condition subsequent* фактически не связана ни с началом кредитования, ни с его прекращением – для этого есть событие нарушения обязательства, так называемый «дефолт».

Автор сравнивает английские последующие условия с российским отменительным условием (п. 2 ст. 157 ГК РФ)¹⁶. В работе отмечается, что согласно нашему законодательству, «отменительное обстоятельство отменяет не только права и обязанности сторон договора, как об этом говорится в п.2 ст. 157 ГК РФ, но и прекращает сам договор, т.е. имеет место случайное прекращение договора»¹⁷. В Англии нарушение *conditions*, в том числе и *condition subsequent*, влечет расторжение договора¹⁸. Таким образом, в обеих юрисдикциях наступление или отменительных (в России), или последующих (в Англии) условий приводят к одинаковому договорному результату - прекращению прав и обязанностей сторон, однако в Англии в такой ситуации возможно взыскание с должника не только суммы долга, но и убытков, так как взыскание убытков является неотъемлемым принципом английского права и первоочередным правовым средством¹⁹. В российском праве взыскание убытков при наступлении отменительных условий не предусмотрено.

¹⁶ А.Г. Карапетов. Расторжение нарушенного договора в российском и зарубежном праве. Статут. 2007. СПС Консультант-Плюс.

¹⁷ Е.В. Богданов. Категории «определенность» и «неопределенность» как элементы договорного регулирования общественных отношений. Законодательство и экономика, 2012, № 3.

¹⁸ Treitel G.H. The Law of Contract. London, 2003. P. 788 - 805.

¹⁹ См. Treitel G.H. Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account. Oxford, 1988. P. 395.

В § 2 второй главы данного исследования рассматриваются существенные условия кредитного договора по российскому праву. В современном российском гражданском праве существенными условиями договора в силу абз.2 п.1 ст. 432 ГК РФ являются условия о предмете договора, условия, которые названы в законе или иных правовых актах как существенные или необходимые для договоров данного вида, а также все условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение.

Применительно к кредитному договору, регулируемому российским правом, существенными его условиями должны быть признаны: (а) сам предмет кредитного договора, т.е. указание на размер предоставляемой суммы и обязательство возратить ее и предусмотренные проценты, (б) срок, на который кредит предоставлен, а также (в) размер процентов. Без них кредитным договор не может быть заключен, а их наличие, соответственно, достаточно для его заключения.

Параграф третий второй главы посвящен так называемым заверения (representations) и гарантии (warranties) – наиболее распространенным положениям кредитного договора по английскому праву. В работе отмечается, что заверения и гарантии на практике также используются и в договорах, регулируемых российским правом, хотя законодательно подобные англо-саксонские концепции в России пока не урегулированы. Проект изменений в ГК РФ, принятых в апреле 2012 г. Государственной Думой в первом чтении, предусматривает введение в отечественное гражданское законодательства концепции «заверений об обстоятельствах», однако полностью отождествлять указанные английские правовые конструкции и предложенные российские нововведения было бы неверным.

В диссертации приводятся теоретические различия между «гарантиями» (warranties) и «заверениями» (representations) и отмечается, что на практике и так достаточно иллюзорная грань между ними стирается. В работе подробно анализируются указанные концепции английского права,

наиболее часто встречающиеся при кредитовании российских заемщиков. Автором выделяются так называемые «правовые» заверения и гарантии, и «коммерческие». Первые подтверждают законность заключаемого договора и обычно предусматривают подтверждения, что: (1) заемщик надлежащим образом зарегистрирован как юридическое лицо в соответствии с действующим законодательством; (2) он имеет правомочия заключать данный договор; (3) лицо, подписывающее договор, имеет право на такое подписание; (4) дается подтверждение получения необходимых согласий и одобрений для заключения договора (например, корпоративного одобрения, если оно требуется по законодательству); (5) заемщиком утверждается, что договор не нарушает иных его обязательств, например, так называемого «негативного обязательства»²⁰; (6) заемщик подтверждает, что заключаемый кредитный договор имеет одинаковую очередность при банкротстве с иными необеспеченными обязательствами заемщика (*pari passu clause*); (7) банку не требуется лицензия на осуществление кредитования в стране регистрации заемщика. Возможны и иные правовые заверения, такие, как, например, отсутствие регистрационных сборов в стране существования заемщика для заключения кредитного договора, отсутствие у заемщика государственного иммунитета от судебной защиты, и многие другие.

«Коммерческие» заверения и гарантии могут включать подтверждение, что к заемщику (или компаний, входящих в его группу) не предъявлено исков на согласованную сторонами сумму; что бухгалтерская отчетность заемщика достоверно отражает его финансовое состояние; нет существенных изменений в ведении коммерческой деятельности заемщика; не предвидится изменения в корпоративной структуре группы заемщика; нет нарушений обязательств заемщика по иным обязательствам и т.д.

²⁰ В английском праве «негативным обязательством» (*negative pledge*) считается обязательство воздержаться от определенных действий. Например, заемщик, по условиям ранее заключенного кредитного договора, не имеет права на дальнейшее заимствование (что является на Западе нормальной практикой). В нашем случае получение дальнейшего кредита являлось бы нарушением условий предыдущего договора. Во избежание подобных ситуаций в «новом» кредитном договоре заемщик обычно подтверждает, что он не имеет таких «негативных обязательств» по предыдущим соглашениям.

Диссертант сравнивает английские заверения и гарантии с близкими по смыслу российскими правовыми конструкциями, такими, как, «квази-обеспечение»²¹, основания для возмещения убытков кредитором в силу ст. 393 ГК РФ²², основания для расторжения договора в связи с существенным изменением обстоятельств согласно ст. 451 ГК РФ, отлагательными условиями согласно ст. 157 ГК РФ, при этом, в работе делается вывод, что ни одна из перечисленных российских правовых конструкций не тождественна английским заверениям и гарантиям. По мнению диссертанта, наиболее близкой по своей природе российской концепцией, связанной с нарушением заверений, является «порок воли», как он понимается российским правом, в связи с чем диссертант подробно анализирует указанные английские концепции в свете ст. 178 и ст. 179 ГК РФ. Тем не менее, он приходит к выводу, что английские заверения и гарантии и основания для применения ст. 179 ГК РФ, хотя и схожи по цели, однако, различны по своему объему и правовым последствиям. Англо-саксонские заверения и гарантии в целом представляют собой особую правовую конструкцию, только внешне напоминающую основания для признания сделок недействительными ввиду порока воли. Безоговорочно приравнивать их к российским правовым реалиям нельзя. Нарушение того, что в английском праве понимается под заверениями, не может автоматически привести к применению ст. 179 ГК РФ. Представляется, что только заведомо ложные заверения (fraudulent) могут соответствовать понятию обмана, упомянутого в ст. 179 ГК РФ. Вопрос о применении данной нормы ГК РФ к иным видам английских ложных заверений более чем спорен.

²¹ А. Буркова. Квази-обеспечительные обязательства: международная практика, регулирование и перспективы развития в России. Право и жизнь//www.law-n-life.ru/numbers/109_6_1.htm.

²² См. А. Денисов. Включение в договоры заверений и гарантий. Корпоративный юрист. №. 9, 2011, С. 50-54.

Третья глава исследования посвящена исполнению кредитного договора по английскому и российскому праву, требованиям к досрочному возврату кредита.

В первом параграфе третьей главы рассмотрено исполнение кредитного договора, а также ковенанты и обязательства.

Российское законодательство, кроме "своевременной обратной передачи эквивалента кредитору-заимодавцу"²³, не налагает каких-либо конкретных обязательств на заемщика по кредитному договору. Исключения составляют такие обязательства, неисполнение которых может повлечь досрочное погашение кредита.

Английское право имеет иной подход. Кредиторы в английском кредитном договоре стараются контролировать не только непосредственно поведение заемщика, но и экономическую ситуацию вокруг него. Кредиторы озабочены единственным обстоятельством – способностью заемщика вести деятельность таким образом, чтобы выплата кредита была экономически возможна.

Фактически кредиторы следят за состоянием активов заемщика, составом его акционеров, размером выплаченных дивидендов, избранием или назначением высшего руководства должника, заключением им определенного рода сделок, предъявлении исков к заемщику, и множеством иных обстоятельств, способных, по мнению банков, повлиять на возврат должником кредита. Неудивительно, что английские кредитные договоры налагают на заемщика такие обязательства, как, например, своевременное предоставление бухгалтерской отчетности, предоставление иной информации, указанной в кредитном договоре, обязанность соблюдать условия лицензий. На заемщика может быть возложена обязанность обеспечивать, чтобы все требования по кредитному договору имели равную очередность при банкротстве (так называемое *pari passu* требование), не обременять свое имущество, не выдавать за третьих лиц поручительства

²³ Иванов В.В., Канаев А.В., Соколов В.И., Топровер Т.В. Кредит. СПб, 2005. С. 147 – 148.

свыше предусмотренной в кредитном договоре суммы. В обязанности заемщика может быть также вменено соблюдать условия и не допускать прекращения оговоренных в кредитном договоре контрактов, как правило, экспортных, не изменять состава акционеров, не отчуждать свои основные средства²⁴.

Подобные обязательства именуется или «ковенантами» (covenants), или непосредственно «обязательствами» (undertakings). Они существенно упрощают при их нарушении возможность кредитора на предъявление требования о досрочном погашении кредита²⁵.

Автор условно разделяет наиболее характерные для английского кредитного договора ковенанты на два вида – подконтрольные должнику, и находящиеся вне его контроля. К первым относятся обязательства, возможность выполнения которых напрямую зависит от действий (и, следовательно, воли) должника. Автор соглашается с А.Г. Карапетовым в том, что по своей правовой природе такие ковенанты являются дополнительным обязательством заемщика²⁶. Гораздо сложнее обстоит дело с обязательствами и ковенантами, не зависящими от воли заемщика, такими, к примеру, как обязанность не выплачивать дивиденды или не осуществлять слияний или присоединений. Диссертант разделяет мнение А.Г. Карапетова, что такие обязательства нельзя считать собственно «обязательствами» в смысле ст. 307 ГК РФ, так как их наступление или ненаступление никак не зависят ни от воли, ни от действий заемщика. В работе отмечается, что такие обстоятельства имеют определенное сходство с отлагательными (суспенсивными) условиями, как они понимаются ст.157 ГК РФ, однако не

²⁴ Перечень обязанностей, выполнение которых может быть возложено на заемщика, достаточно широк. Кроме перечисленных это могут быть требования не выплачивать дивидендов акционерам свыше предусмотренной в кредитном договоре суммы, не допускать слияния или присоединения с другими компаниями. Ему может быть запрещено осуществлять инвестиций свыше предусмотренной в договоре суммы, страховать свое имущество, а также требование соблюдать законы.

²⁵ Wright S. International Loan Documentation. Palgrave Macmillan, 2005; Lloyd R.M. Financial Covenants in Commercial Loan Documentation: Uses and Limitations // Tennessee Law Review. 1990 - 1991. Vol. 58. P. 335 ff.

²⁶ А.Г. Карапетов. Правовая природа и последствия нарушения ковенантов в финансовых сделках. Частное право и финансовый рынок. Сборник статей. Выпуск 1. Ответственный редактор М.Л. Башкатов, Статут, 2011, СПС Консультант-Плюс.

ставится знака равенства между нарушением ковенантов и обязательств заемщика, как они зачастую излагаются в английском кредитном договоре, и отлагательными или отменительными условиями, предусмотренными в ст. 157 ГК РФ.

По мнению автора, ковенанты, неподконтрольные должнику, представляют особую правовую конструкцию, которую нельзя полностью соотнести ни с какими российскими правовыми концепциями. Это обстоятельства, над которыми не властен должник, но наступление которых ведет к негативным для него последствиям в виде дефолта.

Второй параграф третьей главы посвящен праву кредитора требовать досрочного возврата кредита, в связи с чем поднимается вопрос «дефолта» по английскому и российскому праву.

Российское законодательство достаточно ограниченно регулирует обстоятельства, дающие банку право требования расторжения кредитного договора и досрочного возврата кредита. Анализ гражданских правовых норм подтверждает, что именно поведение заемщика, т.е. действия согласно его воли, и является критерием объявления или не объявления банком «дефолта». Таким образом, именно поведение заемщика, т.е. действия согласно его воли, и является критерием объявления или необъявления банком «дефолта».

Английское право занимает иную позицию. Английский кредитор заинтересован в основном в надлежащем ведении бизнеса должником, и при малейшей угрозе такому способу ведения предпринимательства, возможно объявление дефолта. Поэтому, наряду с обстоятельствами, аналогичными предусмотренным в российском праве для досрочного требования возврата кредита, например, утерей обеспечения, нецелевым использованием средств или просрочки должника, английский кредитный договор обычно предусматривает несколько десятков иных обстоятельств «событий нарушения», в том числе: (1) нарушение заверений или гарантий; (2) нарушение ковенантов и иных обязательств; (3) предъявление любым лицом

заявления о банкротстве должника; (4) прекращение коммерческой деятельности заемщика; (5) закрытие банковских счетов в согласованных в кредитном договоре банках; (6) вмешательство государственных органов в деятельность заемщика; (7) предъявление иска свыше указанной в договоре суммы; (8) недействительность предусмотренных в кредитном договоре контрактов; (9) незаконность действий заемщика и др.

Автор также обращает внимание на характерные особенности английского кредитного договора, касающиеся нарушения заемщиком своих обязательств, такие как, например, временные рамки для «исправления» потенциальных нарушений, так называемый «льготные период» (*grace period*), в пределах которого заемщик обязан устранить допущенные нарушения или предпринять определенные действия, влекущие устранение нарушения, а кредитор не вправе требовать досрочного возврата кредита. И только в случае неустранения нарушений в срок, предусмотренный таким льготным периодом, наступает «окончательный дефолт», предоставляющий банку право требования досрочного погашения долга. В работе также анализируется такой достаточно своеобразный вид нарушения кредитного обязательства, как так называемый «перекрестный дефолт» (*cross default*), при котором нарушение заемщиком своих обязательств по другому соглашению, зачастую, заключенному с третьим лицом, а не кредитором по этому кредитному договору, рассматривается как нарушение обязательств по данному кредитному договору.

Особое внимание диссертантом обращается на английскую концепцию, известную как *Material adverse change*, т.е. существенные негативные изменения, которые могут отрицательно сказаться на возможности стороны исполнить свои обязательства по договору. Применительно к кредитным отношениям – это такое изменение в положении заемщика, которое создает риск невозврата средств. В связи с этим рассматривается вопрос о том, должны ли банки при решении вопроса о наступлении соответствующих негативных для должника обстоятельств, руководствоваться критерием

добросовестности (good faith), или достаточно полагаться на принцип коммерческой разумности (commercially reasonable manner)²⁷. Диссертант, анализируя соответствующие прецедентные решения английских судов, пришел к выводу, что, в зависимости от положений кредитного договора, касающихся негативных изменений, вопрос о том, чем должен руководствоваться банк при определении таких изменений, зависит от того, ссылается ли договор на принцип добросовестности. Если ответ положительный, то банк при определении негативного изменения, должен руководствоваться позицией заемщика и рассматривать все обстоятельства, связанные с его экономическим состоянием, а не только руководствоваться установленной банком «нижней планкой» экономической составляющей. Если же кредитный договор не ссылается на критерий добросовестности, банк будет руководствоваться принципом разумного коммерческого риска, при котором основным критерием является действия аналогичного банка в аналогичных ситуациях.

Относительно соответствия Material adverse change основаниям изменения и расторжения договора, установленным ст. 451 ГК РФ, диссертант полагает, что, несмотря на внешнюю схожесть, полностью отождествлять эти понятия нельзя.

Глава четвертая диссертации касается разновидности кредитных договоров в английском и российском праве. В первом параграфе этой главы анализируются вопросы субординированных кредитов по английскому и российскому праву²⁸. Субординирование долга обычно имеет место при наличии нескольких кредитных договоров, существующих параллельно друг с другом²⁹, и создающих, таким образом, «конкуренцию кредиторов», т.е. ситуацию, когда при банкротстве должника все кредиторы имеют одинаковые права на имущество несостоятельного заемщика.

²⁷ Alastair Hudson. The Law of Finance. First Edition. Sweet and Maxwell, L., P.470.

²⁸ «Субординированный» кредит буквально переводится как «подчиненный».

²⁹ Реже – в одном договоре синдицированного кредита.

Российская специфика субординированного кредитования делает его недоступным широкому кругу заемщиков, так как такой кредит доступен только заемщику-банку. Автор, на основании анализа Положения Центрального Банка Российской Федерации от 10 февраля 2003 № 215-П «О методике определения собственных средств (капитала) кредитных организаций», делает вывод, что в России особенность субординированного кредитования сводится к тому, что кредитор не может потребовать досрочного, т.е. ранее истечения 5-летнего срока, возвращения кредита и процентов по нему. Более того, процентная ставка по нему не может увеличиваться, что отличает российскую концепцию субординированного кредита от английской. Автор делает вывод, что существующая в английском праве концепция субординированного кредита, ограничена в применении в России, так как она может быть использована для достижения своих целей исключительно в отношении банков.

Второй параграф четвертой главы диссертации посвящен синдицированным кредитам по английскому праву, т.е. кредитам, при которых риск невозврата долга заемщиком делится между несколькими банками-кредиторами. Автор выделяет такие характерные признаки синдицированных кредитов по английскому праву, как равенство кредиторов в правах, при отсутствии у них иных административных обязанностей; идентичность условий кредитования; наличие банка-агента, через которого осуществляется финансирование заемщика и администрирование самого кредита.

В работе описывается механизм организации синдицированного кредитования, а равно, как и определяются организационные роли участников синдицированных отношений, таких, как организатор кредита, кредитного агента (Facility Agent), агента обеспечения (Security Agent) и некоторых других. Кроме того, автором подробно анализируются вопросы управления кредитом путем принятия решений по наиболее важным вопросам обслуживания долга большинством кредиторов, так называемых

Majority Lenders, как правило - банков, предоставляющих в совокупности 66% от общей суммы кредита. Права таких банков-мажоритариев предусматриваются в кредитном договоре, реже – в отдельном соглашении. Зачастую их голос будет определяющим, например, при решении вопроса отказа от выполнения заемщиком некоторых предварительных условий для предоставления кредита³⁰. Без их одобрения, например, не может быть объявлен дефолт по кредиту даже в случае очевидного нарушения заемщиком своих обязательств по кредиту. Они также будут играть далеко не последнюю роль при решении вопроса об объявлении заемщика банкротом. Более того, права мажоритарных банков на основании договора таковы, что их решения обязательны не только для заемщика или агентов кредитования, но и миноритарных кредиторов, которые должны будут подчиниться решениям кредиторов-мажоритариев даже при отсутствии на то воли первых³¹.

Диссертант также рассматривает различные варианты структурирования синдицированных кредитов, выделяя:

(а) так называемое «первоначальное синдицирование», (primary syndication) при котором банки-участники синдиката участвуют в сделке с самого ее начала и непосредственно предоставляют в согласованных сторонами долях финансовые средства заемщику. При этом, банки-участники синдиката являются непосредственно кредиторами заемщика, состоят с ним в прямых договорных отношениях и могут самостоятельно предъявлять свои требования непосредственно к нему.

(б) уступку банком своего участия в кредитовании третьему лицу, при которой банк может уступить свои права кредитора другим банкам, создав, таким образом, синдикат.

³⁰ Хотя такая возможность и предусматривается практически в каждом договоре синдицированного кредитования, в литературе подвергалась сомнению законность такого подхода. Связано это с тем, что по своей природе синдицированные кредиты являются самостоятельным обязательством должника и каждого из банков и, следовательно, каждый банк вправе самостоятельно решать, выполнены ли в полном объеме предварительные условия. См. Philip R Wood. *International Loans, Bonds, Guarantees, Legal Opinions*. 2nd Edition. Sweet and Maxwell, 2007, London, P.127

³¹ См. *Redwood Master Fund Ltd. v TD Bank Europe Ltd* [2002] EWHC 2703.

(в) так называемое «суб-участие» (sub-participation) банков в кредитовании³², при котором банки-третьи лица предоставляют банку, выдавшему кредит заемщику (первоначальному банку), депозиты в том или ином, согласованном с первоначальным банком, размере.

В качестве альтернативы синдицированного кредитования рассматривается так называемое «участии в рисках» (risk participation) или «нефондированное участие» (non-funded participation), которое имеет значительное сходство с гарантийными обязательствами. При таких отношениях новый банк не предоставляет средств существующему банку в виде депозита, как это имеет место в фондированном участии, а гарантирует ему предоставление таких средств, т.е. предоставляет гарантию оплаты части долга заемщика.

Заключительный параграф главы четвертой диссертации затрагивает особенности синдицированного кредитования по российскому праву. Отмечается, что Банк России определяет синдицированные кредиты как кредиты, в связи с предоставлением каждым из которых принят риск двумя или более банками в соответствии с заключенными между ними договорами. В частности, Инструкция Центрального Банка от 3 декабря 2012 г. № 139-И «Об обязательных нормативах банков» (в дальнейшем – «Инструкция 139-И») определяет понятие синдицированного кредита как кредита, в связи с предоставлением каждого из которых принят риск двумя или более банками, и выделяет три группы синдицированных кредитов: (1) совместно инициированный кредит; (2) индивидуально инициированный, и (3) синдицированный кредит без определения долевых условий.

Автор подробно анализирует правовую природу синдицированного кредита в российском праве, рассматривая ее и в свете множественности лиц в обязательстве, и как разновидность договора о совместной деятельности³³,

³² Также иногда именуемое «фондированное участие» (funded participation) или просто «участие» (participation).

³³ А.В. Качалова. Правовые особенности заключения договоров о предоставлении синдицированных кредитов. Законодательство, № 2, февраль 2006.

делая вывод, что полностью отождествлять договор синдицированного кредитования и договор о совместной деятельности нельзя прежде всего ввиду солидарной ответственности, наложенная на товарищей ст. 1047 ГК РФ, что не только противоречит интересам банков, но и идет вразрез с самой концепцией синдицирования, где о солидарной ответственности не может быть речи в силу независимости параллельных кредитов друг от друга.

В работе подробно анализируются определенные условия, которые характерны для большинства синдицированных кредитов, подчиненных английскому праву и излагаются положения, которые могли бы использовать в своих договорах синдицированного кредитования именно российские банки. Среди таких условий отмечаются (1) обязанность предоставить должнику только свою часть заемных средств, (2) указание на отсутствие солидарной ответственности кредиторов, (3) закрепление одинакового объема прав кредиторов (за исключением мажоритарных кредиторов), (4) отказ от самостоятельных действий, направленных на получение задолженности по кредиту или обращение взыскание на обеспечение, (5) права мажоритарных кредиторов, (6) роль, права обязанности агентов, в том числе агентов обеспечения, (7) механизм уступки прав кредиторами третьим лицам, и некоторые другие аспекты, такие, как, например, размер вознаграждения агентам.

Основные научные публикации по теме исследования:

1) Гравин Д.И. «Заверения» и «гарантии» в английском кредитном договоре и возможность их использования в российском праве» // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2012. № 4. С.42-51 (0,4 п.л.);

2) Гравин Д.И. «Синдицированные кредиты по английскому праву» // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2013. № 1. С. 129 – 136 (0,3 п.л.);

3) Гравин Д.И. «Существенные условия кредитного договора» // Новое в гражданском законодательстве. Баланс публичных и частных интересов». Материалы VII Ежегодных научных чтений памяти профессора С.Н. Братуся, М., Юриспруденция. 2012. С. 300 – 311 (0,4 п.л.);

4) Гравин Д.И. «Существенные условия кредитного договора» // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2012. № 4. С. 42-51 (0,3 п.л.);

5) Gravin D. New year, new possibilities. Amendments proposed to Russia's Civil Code could change the attitude of foreign investors // International Financial Law Review (IFLR) December-January 2013 (0,3 п.л.).