



Коллектив авторов

**Международное и зарубежное
финансовое регулирование.**

**Институты, сделки,
инфраструктура. Часть 2**

«Центр Исследований Платежных Систем и Расчетов»

2014

УДК 336.71
ББК 65.262.3

Коллектив авторов

Международное и зарубежное финансовое регулирование.
Институты, сделки, инфраструктура. Часть 2 / Коллектив
авторов — «Центр Исследований Платежных Систем и Расчетов»,
2014

ISBN 978-5-406-03008-0

В настоящем издании впервые в отечественной юридической литературе проводится всестороннее исследование международного и зарубежного финансового регулирования в его частноправовых и публично-правовых аспектах. В части первой рассмотрены методологические и общие вопросы международного и зарубежного финансового регулирования, его историческое развитие, проанализированы правовой режим международных финансовых центров, стандарты, конвенционные нормы международного финансового регулирования, особенности применения норм международного частного права, общая структура правового регулирования финансовых услуг в европейском праве, публичном и частном праве зарубежных стран. В части второй предметно анализируется правовое регулирование деятельности кредитных учреждений, банковских (финансовых) холдингов, поставщиков платежных услуг, инвестиционных фирм, институтов коллективного инвестирования, фондовых бирж (NYSE.Euronext, NASDAQ, Лондонской фондовой биржи, Франкфуртской фондовой биржи) и торговых систем, SWIFT, платежных систем (CHIPS, CLS, TARGET2, EURO 1), клиринговых систем (LCH.Clearnet, Eurex Clearing, NSCC), систем расчета по ценным бумагам (Euroclear, Clearstream Banking), а также сделок, совершаемых с участием указанных субъектов, нормами международного частного права, гражданского и торгового права зарубежных стран, европейского права, банковского законодательства и законодательства о финансовых рынках зарубежных стран. Книга уникальна по охвату тем, юрисдикций, используемых источников правового регулирования и может быть рекомендована специалистам-практикам, представителям федеральных

органов законодательной и исполнительной власти, Банка России, судебных органов, студентам юридической и финансово-экономической специализации.

УДК 336.71

ББК 65.262.3

ISBN 978-5-406-03008-0

© Коллектив авторов, 2014

© Центр Исследований Платежных
Систем и Расчетов, 2014

Содержание

Редакторское пояснение общего замысла книги	8
Информация об авторах	10
Перечень сокращений	11
Предисловие	15
Введение	17
Глава 2	18
2.1. Правовое регулирование международного перевода денежных средств, включая аспекты электронного перевода денежных средств	18
2.2. Международно-правовое регулирование документарных аккредитивов	23
2.3. Международно-правовое регулирование документарного инкассо	26
2.4. Международные банковские гарантии и резервные аккредитивы	28
2.5. Основы международного вексельного и чекового права	31
Понятие международного векселя и чека	31
Особенности определения субъектного состава международной вексельной и чековой сделки	32
Регулирование обращения международного векселя и чека	33
Протест в неакцепте или неплатеже	34
2.6. Правовое регулирование международных кредитных сделок	36
2.6.1. Общая характеристика международных кредитных сделок и условий стандартных кредитных соглашений	36
2.6.2. Правовое регулирование международного синдицированного кредитования	37
Регулирование синдицированных кредитов в рамках стандартной документации LMA	39
Регулирование синдицированных кредитов в рамках английского прецедентного права	41
2.6.3. Правовые аспекты проектного финансирования. Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников	47
2.6.4. кредиты иностранным государствам и правовые аспекты разрешения кризиса внешней задолженности	51
2.6.5. Международные аспекты обеспечения кредитных сделок	54
2.7. Сделки международного факторинга и их регулирование нормами Оттавской и Нью-Йоркской конвенций	57
2.8. Унификация международного финансового лизинга и ее влияние на регулирование лизинговых отношений в Российской Федерации	65
Глава 3	68
3.1. Отдельные вопросы пруденциального регулирования банковской деятельности в праве зарубежных стран	68

Основания отзыва у банка лицензии	68
Требования в отношении финансового положения и деловой репутации собственников, меры воздействия со стороны надзорного органа при нарушении установленных требований	69
Контроль рисков кредитования сторон, связанных с банком (далее – связанные стороны)	70
Квалификационные требования и требования к деловой репутации должностных лиц банка	71
Управление рисками (на примере риска ликвидности)	74
Особенности банковского надзора за реорганизуемыми кредитными организациями	76
3.2. Регулирование банковских и финансовых холдинговых компаний в праве США и европейских стран	77
3.2.1. Регулирование банковских и финансовых холдинговых компаний в праве США	77
3.2.2. Регулирование банковских и финансовых холдинговых компаний в праве европейских стран	80
3.3. Правовое регулирование создания и деятельности филиалов иностраных банков в США	89
3.4. Правовое регулирование электронного перевода денежных средств в праве США	94
3.5. Правовое регулирование деятельности по переводу денежных средств в США на уровне штатов(на примере штатов Техас и Делавэр)	99
3.6. Регулирование перевода денежных средств в ЕТК США	102
3.7. Регулирование документарного аккредитива в ЕТК США	107
Конец ознакомительного фрагмента.	113

Международное и зарубежное финансовое регулирование. Институты, сделки, инфраструктура. Часть 2

© Коллектив авторов, 2014

© ООО «Центр Исследований Платежных Систем и Расчетов», 2014

© ООО «КноРус», 2014

* * *

Редакторское пояснение общего замысла книги

В XXI веке финансовая тематика постоянно находится в числе главных тем – от новостей до встреч на высшем уровне. Глобализация финансовых отношений достигла такого масштаба, что проблемы относительно небольшого числа банков, бирж и некоторых других финансовых организаций начинают оказывать негативное влияние на всю мировую экономику. Не случайно двухдневная остановка торгов на Нью-Йоркской фондовой бирже, вызванная последствиями урагана в октябре 2012 г., чего не случалось за всю историю биржи с ее основания в 1720 г., воспринималась с волнением на всех финансовых рынках. Разрушение в ходе кризиса 2008 г. «надстроек» над ипотечными кредитами в виде секьюритизации и внебиржевых деривативов с необходимостью последующего экстренного спасения крупнейших мировых банков показало всю степень сложности современного финансового рынка и вызовы, стоящие перед регуляторами. Ответы на эти вызовы пытаются искать, с одной стороны, через усиление и усложнение регулирования на национальном уровне (характерный пример – американский Закон Додда – Франка 2010 г., составленный на 848 страницах)¹, скоординированного перед этим на международном уровне в рамках различных форумов, объединяющих органы финансового регулирования и надзора. С другой стороны, снятие барьеров для движения капиталов в рамках Международного валютного фонда, доступа на рынки финансовых услуг в рамках Всемирной торговой организации, Организации экономического сотрудничества и развития, региональных интеграционных объединений (в первую очередь европейского союза), превращение евровалютного рынка в глобальный центр ликвидности с совершением на нем кредитных, депозитных, облигационных сделок, фактически по автономным правилам на основе английского права, стремительное развитие финансовых инструментов, в том числе внебиржевых деривативов, торговля которыми повсеместно превращается в электронную и трансграничную, формирование транснациональных банков, осуществляющих деятельность в сотнях юрисдикций и управляемых в рамках международных финансовых холдингов, глобальных биржевых групп, индустрии хедж-фондов, офшорных финансовых центров. Все это повышает зависимость национальных финансовых организаций от внешних факторов, включая изменение регулирования, нестабильность финансовых рынков и степень спекулятивности сделок с финансовыми инструментами.

В конце XIX в. сторонниками либеральной модели финансового регулирования отмечалось, что «следом за политическим беспорядком в мире следует финансовый беспорядок. Среди всех развитых цивилизаций присутствует отчетливое понимание недостаточности методов и механизмов банковских систем для удовлетворения быстро растущих торговли и финансов. Равным образом мировые валютные системы способны быть настолько обременительными и негибкими, чтобы более ограничивать, чем способствовать все увеличивающемуся в объемах внутреннему и внешнему валютному обороту. Законы, предназначенные для регулирования инструментов валютного оборота, ухудшают их эффективность, делают необоснованно затратными, ограничивают обращение и прямо повышают степень опасности инвестиций»². В настоящее время скорее представляется справедливым обратное утверждение, что «глобальная финансовая система нестабильна, поскольку основана на неоправдавшем себя представлении о том, что международные финансовые рынки (денег, капитала и валюты) способны сами себя регулировать. Рынки не имеют и международного регулирования. На них царит „рыночный фундаментализм“, „невидимая рука“ свободной конкуренции наводит порядок

¹ Текст доступен в Интернете: URL: www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-111hr4173en

² Sumner William Graham. A History of Banking in all the Leading Nations. Vol. 1: A History of Banking in the United States // The Journal of Commerce and Commercial Bulletin. New York, 1896. Editor's preface.

в системе. Однако под давлением кризиса такая система перестала работать»³. На повестке дня поиск новых моделей и механизмов правового регулирования финансового рынка в глобальном и национальном масштабе.

Вместе с тем для России, на наш взгляд, пока более важно понимание, более целостное, всего комплекса уже существующих правоотношений в рассматриваемой области, как «вертикальных» (публично-правовое регулирование), так и «горизонтальных» (частноправовое регулирование), в их сложной взаимосвязи, которая в случае финансового регулирования проявляется особенно сильно. Данная книга призвана, насколько это возможно и по силам авторам, помочь решению этой задачи.

В названии используется понятие «финансовое регулирование», которое не претендует на отраслевую независимость и позволяет рассматривать совместно нормы публичного и частного права, характеризующиеся одинаковой спецификой субъектного состава (финансовые организации) регулируемой деятельности и целей ее осуществления, совершаемых сделок и их объектов, но остающиеся в рамках той отрасли права, с которой они связаны по предмету и методу регулирования. Такой подход требует «отбора» среди норм международного публичного права, международного частного права, европейского права, банковского права и права финансовых рынков, гражданского и торгового права зарубежных стран норм, обладающих указанным единством, и их анализа в рамках определенной методологии, примеров которой в отечественной юридической литературе найти не удалось, несмотря на растущее, но все еще незначительное по сравнению с иностранным специализированным книжным ассортиментом количество работ по отдельным аспектам международного и зарубежного финансового регулирования.

В связи с этим был избран, может быть, не совсем традиционный, но допустимый и практически более эффективный путь синтеза – начиная с отдельных сфер регулирования (с выделением вопросов международного, зарубежного банковского регулирования, международного, зарубежного регулирования финансовых рынков, международного и зарубежного регулирования финансовой инфраструктуры), переходя к общим вопросам. В связи с этим издание книги начинается ее второй частью (в Приложении примерное содержание первой части приводится, хотя потом оно может уточняться).

В рамках проводимого анализа большое место занимают частноправовые аспекты, учитывая цивилистическую направленность научных интересов редактора книги, а также авторского коллектива, представленного магистрами торгового отделения Международно-правового факультета МГИМО (У) МИД России и аспирантами кафедры международного частного и гражданского права этого же университета. Научное сотрудничество оказалось результативным еще и в силу преподавания специального курса, появление которого в свое время было бы невозможно без поддержки профессоров С. Н. Лебедева и А. А. Костина.

³ *Шавиуков В. М.* Посткризисные императивы развития глобальной финансовой системы // Вестник Санкт-Петербургского университета: сер. Экономика. 2012. № 2. С. 34.

Информация об авторах

Научная и литературная редакция, введение – Андрей Васильевич Шамраев, МГИМО (У) МИД России, Банк России, канд. юрид. наук, канд. экон. наук.

Глава 2: параграфы 2.1–2.5, 2.7, 2.8 – А. В. Шамраев; параграф 2.6 – А. В. Шамраев; Элеона Юрьевна Викторова, *LLC Cleary Gottlieb Steen&Hamilton*, магистр права МГИМО (У) МИД России, Наталья Николаевна Кислякова, *Beiten Burkhardt*, магистр права МГИМО (У) МИД России.

Глава 3: параграфы 3.1–3.2, 3.4, 3.6–3.10, 3.12–3.15, 3.28 – А. В. Шамраев; параграф 3.3 – Александра Игоревна Сошникова, магистр права МГИМО (У) МИД России; параграф 3.5 – Мария Дмитриевна Ефремова, европейский суд по правам человека, магистр права МГИМО (У) МИД России; параграфы 3.11, 3.23 – Федор Сергеевич Коватев, магистр права МГИМО (У) МИД России; параграф 3.16 – Азалия Наильевна Мукминова, *Freshfields Bruckhaus Deringer LLP*, магистр права МГИМО (У) МИД России; параграф 3.17 – Алина Валерьевна Петрова, магистр права МГИМО (У) МИД России; параграф 3.18 – Ксения Романовна Томилина, *MNP avocats*, магистр права МГИМО (У) МИД России; параграф 3.19 – Сергей Андреевич Королев, Коллегия адвокатов «Монастырский, Зюба, Степанов и Партнеры», магистр права МГИМО (У) МИД России; параграф 3.20 – Александр Валерьевич Михайлов, Банк России, магистр права МГИМО (У) МИД России; параграф 3.21 – Дмитрий Викторович Каминский, магистр права МГИМО (У) МИД России; параграф 3.22 – Максим Александрович Новиков, ЗАО «евроцемент групп», магистр права МГИМО (У) МИД России; параграф 3.24 – Юлия Александровна Стахеева, *DLA Piper*, магистр права МГИМО (У) МИД России; параграф 3.25 – Арсен Ашотович Сафарян, *Beiten Burkhardt*, магистр права МГИМО (У) МИД России; параграф 3.26 – Анна Евгеньевна Худоренко, *Atos IT Solutions&Services LLC*, магистр права МГИМО (У) МИД России; параграф 3.27 – Наталия Александровна Кривенко, магистр права МГИМО (У) МИД России.

Глава 4: параграфы 4.1–4.2, 4.4, 4.7 – А. В. Шамраев; параграф 4.5 – А. В. Шамраев, Василий Юрьевич Аверин, «Ю Би Эс Банк», магистр *Columbia Law School*; параграф 4.6 – К. Р. Томилина.

Глава 5: параграфы 5.1–5.2, 5.5, 5.6, 5.10, 5.13, 5.19, 5.20 – А. В. Шамраев; параграф 5.3 – М. Д. Ефремова, А. В. Шамраев; параграф 5.4 – А. Н. Мукминова, А. В. Шамраев; параграфы 5.7, 5.9 – Э. Ю. Викторова, А. И. Сошникова; параграфы 5.8, 5.11 – А. А. Сафарян; параграф 5.12 – А.е. худоренко, С. А. Королев; параграф 5.14 – А. В. Петрова, Д. В. Каминский; параграф 5.15 – Ульяна Александровна Маглеева, магистр права Университета Тулузы; параграф 5.16 – Ю. А. Стахеева; параграф 5.17 – Н. А. Кривенко; параграф 5.18 – М. А. Новиков.

Глава 6: параграфы 6.1–6.4 – А. В. Шамраев; параграф 6.5 – А.е. худоренко; параграф 6.6 – Н. Н. Кислякова; параграф 6.7 – Лидия Сергеевна Фенева, *Attorneys at Law Borenus Russia Ltd.*, магистр права МГИМО (У) МИД России.

Перечень сокращений

Базель I – документ Базельского комитета по банковскому надзору «Международная конвергенция измерения и стандартов капитала» 1988 г.

Базель II – документ Базельского комитета по банковскому надзору «Международная конвергенция принципов измерения капитала и стандартов капитала: новые подходы» 2004 г.

Базель III – документ Базельского комитета по банковскому надзору «Глобальные регулятивные подходы к повышению устойчивости банков и банковского сектора» 2010 г.

Банк России – Центральный банк Российской Федерации (Банк России)

БКБН – Базельский комитет по банковскому надзору

ВТО – Всемирная торговая организация

ВФК – Валютный и финансовый кодекс Франции

Гаагская конвенция о трастах – Гаагская конвенция от 1 июля 1985 г. «О праве, применимом к трастам, и их признании»

Гаагская конвенция по ценным бумагам – Гаагская конвенция «О праве, применимом к некоторым правам в отношении ценных бумаг, находящихся во владении у посредника» 2006 г.

ГАТС – Генеральное соглашение по торговле услугами

ГГУ – Германское гражданское уложение

ГК РФ – Гражданский кодекс Российской Федерации

ГТУ – Германское торговое уложение

Директива 2002 г. – Директива европейского парламента и Совета ЕС от 16 декабря 2002 г. № 2002/87/ЕС «О дополнительном надзоре за кредитными, страховыми учреждениями и инвестиционными компаниями в финансовом конгломерате»

Директива 2004 г. – Директива европейского парламента и Совета ЕС от 21 апреля 2004 г. № 2004/39/ЕС «О рынках финансовых инструментов»

Директива 2006 г. – Директива европейского парламента и Совета ЕС от 14 июня 2006 г. № 2006/48/ЕС «О создании и деятельности кредитных учреждений»

Директива 2008 г. – Директива европейского парламента и Совета ЕС от 23 апреля 2008 г. № 2008/48/ЕС «О соглашениях потребительского кредитования»

Директива о защите данных – Директива европейского парламента и Совета ЕС от 24 октября 1995 г. № 95/46/ЕС «О защите физических лиц в отношении обработки персональных данных и свободном движении таких данных»

Директива о кредитовых переводах – Директива европейского парламента и Совета ЕС от 27 января 1997 г. № 97/5/ЕС «О трансграничных кредитовых переводах»

Директива о ликвидации кредитных учреждений – Директива европейского парламента и Совета ЕС от 4 апреля 2001 г. № 2001/24/ЕС «О реорганизации и прекращении деятельности кредитных учреждений»

Директива об окончательности расчета – Директива европейского парламента и Совета ЕС от 19 мая 1998 г. № 98/26/ЕС «Об окончательности расчета в платежных системах и системах расчета по ценным бумагам»

Директива о платежных услугах – Директива европейского парламента и Совета ЕС от 13 ноября 2007 года № 2007/64/ЕС «О платежных услугах на внутреннем рынке»

Директива о проспекте – Директива европейского парламента и Совета ЕС от 4 ноября 2003 г. № 2003/71/ЕС «О проспекте, публикуемом при публичном предложении ценных бумаг или при допуске ценных бумаг к торгам и изменении Директивы № 2001/34/ЕС»

Директива о финансовом обеспечении – Директива европейского парламента и Совета ЕС от 6 июня 2002 г. № 2002/47/ЕС «О соглашениях финансового обеспечения»

Директива об учреждениях электронных денег – Директива европейского парламента и Совета ЕС от 16 сентября 2009 г. № 2009/110/ЕС «О деятельности учреждений электронных денег и пруденциальном надзоре за ними, изменяющая Директивы 2005/60/ЕС и 2006/48/ЕС и отменяющая Директиву № 2000/46/ЕС»

Директива об электронной коммерции – Директива европейского парламента и Совета от 8 июня 2000 г. № 2000/31/ЕС «О некоторых правовых аспектах услуг информационного общества, в том числе электронной коммерции, на внутреннем рынке»

Директива об электронных подписях – Директива европейского парламента и Совета ЕС № 1999/93/ЕС от 13 декабря 1999 г. «О правовых основах Сообщества для электронных подписей»

Директива *AIFM* – Директива европейского парламента и Совета ЕС от 8 июня 2011 г. № 2011/61/EU «О менеджерах фондов альтернативных инвестиций»

Директива *UCITS* – Директива европейского парламента и Совета ЕС от 13 июля 2009 г. № 2009/65/ЕС «О координации законов, постановлений и административных актов, касающихся предприятий для коллективного инвестирования в обращающиеся ценные бумаги (*UCITS*)»

ЕБРР – европейский банк реконструкции и развития

ЕС – европейский союз

ЕТК – единообразный торговый кодекс США

ЕЦБ – европейский центральный банк еЭП – евразийское экономическое пространство
жениевская конвенция по ценным бумагам – жениевская конвенция «О материальных правилах, касающихся ценных бумаг, находящихся у посредника» 2009 г.

Закон 1933 г. – Закон «О ценных бумагах» 1933 г.

Закон 1934 г. – Закон «О фондовых биржах» 1934 г.

Закон 1940 г. – Закон «Об инвестиционных компаниях» 1940 г.

Закон 2000 г. – Закон «О финансовых услугах и рынках» 2000 г.

Закон Грэмма – Лича – Блайли – Закон Грэмма – Лича – Блайли о модернизации финансовых услуг 1999 г.

Закон Додда – Франка – Закон Додда – Франка о реформировании Уолл-стрит и защите потребителей 2010 г.

Закон о хранении – Закон «О хранении и приобретении ценных бумаг» 1937 г.

ИКОТ – инвестиционная компания открытого типа (*open-ended investment company*)

Кейптаунская конвенция – Конвенция «О международных гарантиях в отношении подвижного оборудования» 2001 г.

КПРС – Комитет по платежным и расчетным системам

МЦДЦБ – Международный центральный депозитарий ценных бумаг (*International central securities depository, ICSD*)

МВФ – Международный валютный фонд

МФЦ – Международный финансовый центр

МТП – Международная торговая палата

Нью-Йоркская конвенция – Нью-Йоркская конвенция «Об уступке дебиторской задолженности в международной торговле» 2001 г.

Оттавские конвенции – Оттавские конвенции 1988 г. «О международном факторинге» и «О международном финансовом лизинге»

Регламент о трансграничных платежах – Регламент европейского парламента и Совета ЕС от 16 сентября 2009 г. № 924/2009 «О трансграничных платежах в Сообществе и об отмене Регламента № 2560/2001»

Регламент о требованиях к переводам – Регламент европейского парламента и Совета ЕС от 14 марта 2012 г. № 260/2012 «Об установлении технических и бизнес-требований для кредитовых переводов и прямых дебетов в евро и изменении Регламента № 924/2009»

Регламент Рим I – Регламент европейского парламента и Совета ЕС от 17 июня 2008 г. № 593/2008 «О праве, применимом к договорным обязательствам»

РНБ – режим наибольшего благоприятствования

ОЭСР – Организация экономического сотрудничества и развития

СНГ – Содружество независимых государств

СРЦБ – система расчета по ценным бумагам (*Securities settlement system, SSS*)

СФК – специальная финансовая компания (см. также *SPV*)

Типовой закон 1992 г. – Типовой закон ЮНСИТРАЛ «О международных кредитовых переводах» 1992 г.

Типовой закон об электронной коммерции – Типовой закон ЮНСИТРАЛ «Об электронной коммерции» 1996 г.

Типовой закон об электронных подписях – Типовой закон ЮНСИТРАЛ «Об электронных подписях» 2001 г.

УНИДРУА – Международный институт по унификации частного права

УП 1978 г. – Унифицированные правила для договорных гарантий 1978 г.

УП 1992 г. – Унифицированные правила по гарантиям с платежом по требованию 1992 г.

УП 2010 г. – Унифицированные правила для гарантий по требованию 2010 г.

ФРС – Федеральная резервная система

ФСФР – Федеральная служба по финансовым рынкам

ЦДЦБ – Центральный депозитарий ценных бумаг (*Central securities depository, CSD*)

ЦКА – центральный контрагент (*Central counterparty, CCP*)

ЮНСИТРАЛ – Комиссия ООН по международному торговому праву

AMF – *Autorité des Marchés Financiers* (Ведомство по финансовым рынкам)

ATS – *Alternative Trading System* (альтернативная торговая система)

BaFin – *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht* (Федеральное ведомство по надзору за финансовыми услугами)

CHIPS – *Clearing House Interbank Payment System* (Клиринговая палата межбанковской платежной системы)

DOSM – *designated offshore securities market* (установленный офшорный рынок ценных бумаг)

ECN – *Electronic Communications Network* (электронная коммуникационная сеть)

EFT – *electronic funds transfer* (электронный перевод денежных средств)

e-UCP – *electronic UCP* (Дополнение к *UCP* по электронному представлению документов)

FMU – *Financial market utility* (сервисное предприятие финансового рынка)

FATF – *Financial Action Task Force* (Специальная группа финансовых действий по борьбе с отмыванием денег)

GRIF – *General Rules for International Factoring* (Общие правила для международного факторинга)

GMRA – *Global Master Repurchase Agreement* (Глобальное генеральное соглашение РЕПО)

ICMA – *International Capital Market Association* (Международная ассоциация рынка капитала)

ICOM Master Agreement – *International Currency Options Market Master Agreement* (Генеральное соглашение международного рынка валютных опционов)

IFEMA – *International Foreign Exchange Master Agreement* (Генеральное соглашение по международным валютным сделкам)

IFEOMA – International Foreign Exchange and Options Master Agreement (Генеральное соглашение по международным валютным сделкам и опционам)

IFXCO Master Agreement – International Foreign Exchange and Currency Options Master Agreement (Генеральное соглашение по международным валютным сделкам и валютным опционам)

IOSCO – International organisation of securities commissions (Международная организация комиссий по ценным бумагам)

ISDA – International Swap and Derivatives Association (Международная ассоциация свопов и деривативов)

ISP-98 – International Standby Practices 1998 (Международная практика для резервных аккредитивов 1998 г.)

LIBOR – London Interbank Offered Rate (Лондонская межбанковская ставка размещения)

LMA – Loan Market Association (Ассоциация ссудного рынка)

LSE – London Stock Exchange (Лондонская фондовая биржа)

MTF – Multilateral trading facility (многосторонняя торговая система)

NASDAQ – National Association of Securities Dealers Automated Quotation (Автоматизированные котировки Национальной ассоциации дилеров по ценным бумагам)

NMS – National Market System (национальная рыночная система)

NYSE – New York Stock Exchange (Нью-Йоркская фондовая биржа)

OPCVM – Organismes de placement collectif en valeurs mobilières (институты коллективного инвестирования в ценные бумаги)

RTGS – Real time gross settlement (валовый расчет в режиме реального времени)

SWIFT – Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications (Сообщество всемирных межбанковских телекоммуникаций)

SPV (E) – special purpose vehicle (entity) (целевая структура, лицо/ (подразделение) специальной правоспособности)

UCP – Uniform customs and practice for documentary credits (Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов)

Предисловие

До начала 1990-х гг. в России существовала монополия на внешнюю торговлю, в связи с чем распространенные на тот период времени экономические инструменты ее финансового обеспечения были доступны небольшому количеству участников внешнеэкономической деятельности и их обслуживающим специализированным банкам. Соответственно связанные с этим вопросы правового регулирования представляли практический интерес и рассматривались в отечественной доктрине международного частного права в основном в аспектах денежных обязательств и международных расчетов, включающих документарные операции, вексельные и чековые отношения, вопросы валютного законодательства⁴. Вместе с тем в рассматриваемый период времени появлялись исследования, предмет которых был сфокусирован с различной степенью на вопросах международного финансового регулирования, включая сферу международного частного права⁵.

С либерализацией внешнеэкономической деятельности, валютного регулирования, открытием зарубежных кредитных, валютных и фондовых рынков для российских субъектов предпринимательской деятельности, увеличением доли присутствия иностранных банков в России (посредством создания дочерних кредитных организаций) и активизацией международных банковских операций российских кредитных организаций, включением в правительственные планы создания международного финансового центра спектр вопросов, требующих предметного исследования, существенно расширился. Курсы международного частного права последнего времени уделяют большее внимание проблемам финансового регулирования⁶, но вместе с тем в силу общей направленности рассматривают, как правило, аспекты, по которым достигнута определенная степень унификации регулирования. В силу этого часть вопросов остается за рамками исследований.

В частности, это касается международных кредитных сделок (среди них по значимости первое место занимает синдицированное кредитование), сделок с международными финансовыми инструментами, сделок трансграничной секьюритизации. Значительная их часть регулируется стандартными формами типовых соглашений, разработанных международными отраслевыми ассоциациями⁷. хотя соответствующие сделки и подчинены тому или иному праву

⁴ Луиц Л. А. Международное частное право. Особенная часть. М.: Госюриздат, 1963. С. 213–235.

⁵ Луиц Л. А. Денежное обязательство в гражданском и коллизионном праве капиталистических стран. М., 1948; Валютные отношения во внешней торговле / под ред. А. Б. Альтшулера. М., 1968; *Он же*. Восток-Запад: валютно-кредитные отношения, М., 1979; *Он же*. Валютно-кредитные отношения / Правовые формы научно-технического и промышленно-экономического сотрудничества СССР с капиталистическими странами. М., 1980; *Он же*. Международное валютное право, М., 1984; Лисовский В. И. Валюта и международные отношения, М., 1974; Казакова Н. А. Правовые проблемы применения чеков в международных расчетах (теория и практика): дис. ... канд. юрид. наук. М., 1974; *Она же*. Новые унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов (ред. 1983 г.) // Внешняя торговля. 1985. № 2; Лорджипанидзе А. Г. Законодательство капиталистических государств о финансово-кредитных предприятиях (Франция, Англия, США) / Законодательство зарубежных стран. Обзорная информация. Вып. 197 ВНИИСЗ. М., 1983; Андреев В. П. Правовое регулирование валютных отношений. М., 1988; Коротков В. В. Валютно-финансовое обеспечение внешнеэкономических связей предприятий и организаций, СПб., 1992.

⁶ Международное частное право: учебник / Министерство образования и науки РФ. / Моск. Гос. юрид. академия им. О.е. Кутафина; отв. ред. Г. К. Дмитриева. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2010. С. 356–388; Канашевский В. А. Международное частное право: учебник. 2-е изд., доп. М.: Междунар. отношения, 2009. С. 387–409; Гетьман-Павлова И. В. Международное частное право: учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Эксмо, 2009. С. 361–364, 373–375; Богуславский М. М. Международное частное право: учебник. 6-е изд., перераб. и доп. М.: Норма, 2009. С. 374–384; Луиц Л. А. Курс международного частного права: в 3 т. М.: Спарк, 2002. С. 616–636; Ерпылева Н. Ю. Международное частное право: учебник / Академия народного хозяйства при Правительстве РФ. М.: ТК Велби, Проспект, 2004. С. 295–417; Звеков В. П. Международное частное право: учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юрист, 2004. С. 417–442; Международное частное право: учеб. пособие / отв. ред. Н. И. Марышева. М.: Юрист, 2006. С. 196–213.

⁷ В качестве примеров можно привести расположенные в Лондоне Ассоциацию ссудного рынка (LMA), Ассоциацию свопов и деривативов (ISDA), Международную ассоциацию кредитования ценными бумагами (ISLA), в Нью-Йорке – Ассоциацию

(чаще всего английскому), но по содержанию своих условий фактически образуют автономное регулирование, используя применимое право в качестве «периметра».

Еще один значимый, но малоисследованный блок вопросов касается правового регулирования международной финансовой инфраструктуры. Данное понятие включает в себя совокупность субъектов, организующих или обеспечивающих осуществление трансграничных переводов денежных средств, ценных бумаг, определение (клиринг) и исполнение (расчет) обязательств множества участников, в том числе иностранных, на основе единых правил. Речь идет о платежных, клиринговых и расчетных системах, играющих ключевую роль на каждом развитом финансовом рынке. Соответственно возникает комплекс норм, регулирующих как сделки, совершение которых обеспечивает система, так и функционирование самих систем.

Аналогичные соображения могут быть высказаны и в отношении анализа регулирования финансовых сделок в гражданском и торговом праве зарубежных стран, где также присутствует потенциал для специализированных и углубленных исследований, результаты которых могут быть использованы в качестве дополнительных материалов при преподавании общего курса.

Представленная книга «многослойна» и в этом качестве будет полезна как для цивилистов, так и для исследователей публичного права, нормы которого определяют «границы дозволенного» для финансовых организаций при совершении ими сделок. Подбор тем и источников позволяет соединить отдельные «кусочки мозаики» в более цельное «полотно», хотя даже показанный в книге объем правового регулирования и его сложность позволяют говорить о начале пути.

Вовлечение в научный процесс молодых юристов всегда следует приветствовать, тем более выпускников Международно-правового факультета МГИМО, как это имеет место в данной книге. Многие из них после завершения образования (а иные и ранее) начинают работать в юридических фирмах, банках, государственных органах, сталкиваясь с проблематикой финансового регулирования. Участие в подобных научно-практических проектах дает углубленные профессиональные знания и позволяет в дальнейшем эффективно работать в финансовой сфере.

А. А. Костин, заведующий кафедрой международного частного и гражданского права МГИМО (У) МИД России, председатель Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ (МКАС) и Морской арбитражной комиссии при ТПП РФ (МАК), канд. юрид. наук, проф.

синдицированного кредитования и вторичного кредитного рынка (*LSTA*), Ассоциацию индустрии ценных бумаг и финансовых рынков (*SIFMA*), в Гонконге – Тихоокеанскую ассоциацию ссудного рынка (*APLMA*), в Цюрихе – Ассоциацию международного рынка капиталов (*ICMA*), в Париже – Ассоциацию финансовых рынков (*ACI*), в Брюсселе – европейскую банковскую федерацию (*EBF*).

Введение

Структура и содержание второй части книги призваны показать современное состояние международного и зарубежного финансового регулирования по его двум основным направлениям – банковское регулирование и регулирование финансовых рынков.

В главе 2 проанализировано правовое регулирование международных банковских сделок: перевод денежных средств, включая аспекты электронного перевода денежных средств, документарные аккредитивы, инкассо, банковские гарантии и резервные аккредитивы, векселя и чеки, кредитные сделки (общие условия, синдицированное кредитование, проектное финансирование, суверенные займы) и их обеспечение, сделки факторинга и лизинга.

В главе 3 представлен анализ зарубежного банковского регулирования, при этом рассматриваемые вопросы сгруппированы как по отдельным юрисдикциям (США, европейский союз, Великобритания, Германия, Франция, Швейцария, Люксембург, Лихтенштейн), так и тематически, с выделением аспектов пруденциального регулирования (от этапа создания банка до прекращения его деятельности), регулирования банковских сделок в гражданском и торговом праве рассматриваемых стран, а также защиты прав потребителей банковских услуг. В частности, подробно исследуется ЕТК США, который часто называют «кодекс банкиров» по обилию норм, применимых в банковской деятельности.

Глава 4 содержит анализ международного регулирования финансовых рынков в части сделок с международными ценными бумагами (на примере еврооблигаций), трансграничного владения ценными бумагами и трансграничных переводов ценных бумаг, международных сделок РЕПО и сделок кредитования ценными бумагами, сделок трансграничной секьюритизации, международных сделок с производными финансовыми инструментами (деривативами), правовых аспектов неттинга на международных финансовых рынках, а также международных трас-тов. Проведенный анализ позволяет показать в том числе практические аспекты всех основных видов сделок, распространенных на международных финансовых рынках.

В главе 5 рассматривается зарубежное регулирование финансовых рынков применительно к следующим вопросам: размещение ценных бумаг (на регулируемых рынках и частное), особенности регулирования отдельных видов ценных бумаг, в том числе бездокументарных и обеспеченных активами, учет прав на ценные бумаги, защита инвесторов, регулирование деятельности инвестиционных фирм и фондов, включая хедж-фонды, правовые средства минимизации рисков по сделкам на финансовых рынках.

Глава 6 посвящена международному и зарубежному регулированию финансовой инфраструктуры. Раскрыты правовые аспекты информационных технологий в финансовой сфере, включая правовые основы *SWIFT*, платежных систем, систем расчета по ценным бумагам и клиринговых систем. Особый интерес с точки зрения практики зарубежного размещения российских ценных бумаг представляет правовое регулирование фондовых бирж, расположенных в международных финансовых центрах – Лондоне, Нью-Йорке, Франкфурте. Комплексный анализ правового регулирования финансовой инфраструктуры в Норвегии позволяет лучше понять скандинавскую модель.

Глава 2

Международное банковское регулирование

2.1. Правовое регулирование международного перевода денежных средств, включая аспекты электронного перевода денежных средств

Перевод денежных средств (*funds transfer*) может быть юридически определен как последовательность сделок начиная с передачи плательщиком (инициатором) поручения перевода в свой банк, после чего может следовать серия межбанковских переводов между банками-посредниками, заканчивая принятием поручения перевода к исполнению банком бенефициара в пользу бенефициара⁸. Перевод денежных средств, инициируемый плательщиком, является кредитовым, инициируемый бенефициаром – дебетовым (примерами дебетового перевода является прямое дебетование (*direct debit*)⁹ и перевод с использованием платежных карт).

Перевод денежных средств является международным, если банки-участники расположены на территории разных государств (основной признак), а также если его предметом является предоставление плательщиком, 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 перевода денежных средств, необходимо указать на Типовой закон ЮНСИТРАЛ «О международных кредитовых переводах» 1992 г. (далее – Типовой закон 1992 г.) и регламенты европейского парламента и Совета ЕС от 16 сентября 2009 г. № 924/2009 «О трансграничных платежах в Сообществе и об отмене Регламента № 2560/2001» (далее – Регламент о трансграничных платежах)¹⁰ и от 14 марта 2012 г. № 260/2012 «Об установлении технических и бизнес-требований для кредитовых переводов и прямых дебетов в евро и изменении Регламента № 924/2009» (далее – Регламент о требованиях к переводам).

Определенный интерес с точки зрения использования принципов Типового закона 1992 г. представляет Директива европейского парламента и Совета ЕС от 27 января 1997 г. № 97/5/ЕС «О трансграничных кредитовых переводах» (далее – Директива о кредитовых переводах)¹¹, которая действовала до 1 ноября 2009 г.

Важнейшей частью Типового закона 1992 г. является определение обязанностей отправителя платежного поручения и банка-получателя, а также ответственности сторон. Понятие «отправитель платежного поручения» включает в себя инициатора 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

⁸ Данный принцип закреплён в ст. 2 (а) Типового закона ЮНСИТРАЛ «О международных кредитовых переводах» 1992 г.

⁹ Списание денежных средств с банковского счета плательщика по требованию бенефициара на основании согласия плательщика, предоставленного банку плательщика.

¹⁰ О.Ж., L 266, 9.10.2009. Р. 11–18.

¹¹ Утратила силу с принятием Директивы 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 рассматриваются в качестве трансграничных и должны осуществляться по единым правилам.

в отношении платежных поручений в роли как отправителей, так и получателей. Юридическим фактом, порождающим обязанность инициатора произвести платеж, является акцепт со стороны банка-получателя. Расчет (операции списания и зачисления денежных средств по счетам) может прямо следовать за акцептом или осуществляться в определенную дату (дату валютирования).

Типовой закон 1992 г. уделяет особое внимание определению момента окончательности платежа, т. е. когда кредитовый перевод считается завершенным. В качестве такого момента ст. 6 Типового закона 1992 г. указывает на момент, в который банк-получатель вправе использовать денежные средства, зачисленные на его счет, или если они не используются на следующий рабочий день банка после дня, на который зачисленные средства представляются 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 1992 г., 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 1992 г. В противном случае банк-получатель считается акцептовавшим платежное поручение.

При исполнении платежного поручения важным является вопрос о правомерности удержания вознаграждения банка из переводимой суммы. Типовой закон 1992 г. этот вопрос не регулирует. В Директиве о кредитовых переводах (ст. 7), испытывавшей влияние Типового закона 1992 г., было прямо предусмотрено, что 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 бенефициара¹².

Согласно ст. 19 Типового закона 1992 г., по завершении кредитового перевода банк бенефициара становится должником бенефициара в размере акцептованного им платежного поручения. В данный 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, 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 получила название межбанковской компенсации (*interbank compensation*). Порядок определения размера уплачиваемых процентов определяется:

- европейскими руководящими принципами для межбанковских компенсаций 2010 г., разработанными европейской банковской федерацией, европейской группой сберегательных банков, европейской ассоциацией кооперативных банков для применения при переводах в евро;

¹² В статье 67 Директивы от 13 ноября 2007 г. № 2007/64/ЕС «О платежных услугах на внутреннем рынке» данная норма была изменена с предоставлением бенефициару права договориться с обслуживающим банком об удержании его вознаграждения из переводимой суммы.

- Руководящими принципами для межбанковских компенсаций 2009 г., разработанными британской платежной системой *CHAPS* для применения при переводах в фунтах стерлингов;
- Правилами межбанковских компенсаций 2010 г., разработанными Национальным советом США для единообразных процентных компенсаций при применении переводов в долларах США.

Уплата межбанковской компенсации банком-получателем не исключает его ответственности перед бенефициаром в случае задержки кредитового перевода. Согласно ст. 17 Типового закона 1992 г., 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. Аналогичный подход был использован в ст. 6 Директивы о кредитовых переводах, согласно которой 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.

Предметом регулирования Регламента о трансграничных платежах является такой достаточно узкий вопрос, как размер оплаты платежных услуг, предоставляемых на территории ЕС. Вместе с тем этот вопрос является важным для построения единого пространства для платежей в евро (*Single Euro Payments Area, SEPA*)¹³, и поэтому было решено принять по нему материально-правовые нормы непосредственного действия. Трансграничный платеж определяется в ст. 2 Регламента как обрабатываемый электронно платеж, инициированный плательщиком или получателем, поставщики платежных услуг которых расположены в разных государствах-членах. Регламент применяется к трансграничным платежам в евро, а также в национальных валютах тех государств-членов, которые решили распространить действие документа на такие платежи. Общее требование Регламента заключается в установлении равного размера оплаты услуг в отношении трансграничных платежей на сумму до 50 тыс. евро и национальных платежей (ст. 3). Кроме того, предусмотрены обязанности поставщиков платежных услуг:

- использовать единообразные идентификаторы счета клиента (*International Bank Account Number, IBAN*), самих поставщиков (*Bank Identification Number, BIC*) с предоставлением информации об этих идентификаторах клиентам и обменом информацией между поставщиками платежных услуг. В случае неприменения данных идентификаторов поставщик платежных услуг вправе взимать с клиента дополнительную комиссию за осуществление трансграничных платежей;

- взимать при трансграничном прямом дебетовании фиксированный размер комиссии многостороннего обмена (*multilateral interchange fee*);

- участие в национальной схеме прямого дебетования (общий перечень правил, практик и стандартов, согласованных между поставщиками платежных услуг), обеспечивающей возможность получения платежных инструкций поставщика платежных услуг, обслуживающего получателя средств (требование «достижимости», *reachability*). В целях ускорения внедрения *SEPA* Регламент о требованиях к переводам предусматривает дальнейшие меры по обеспечению возможности осуществления платежных операций в рамках ЕС по единым прави-

¹³ Юридически *SEPA* представляет собой свод правил и стандартов, принятых европейским платежным советом (*European Payments Council, EPC*), объединяющим представителей платежной индустрии ЕС. Данный свод регулирует платежные схемы (рамочные принципы) (*payment scheme/ framework*), которых в настоящее время действует три: «Кредитовый перевод *SEPA*» (*SEPA Credit Transfer*), «Прямое дебет *SEPA*» (*SEPA Direct Debit*) в двух видах («Основной» (*Core*) для плательщиков – физических лиц, «*B2B*» для плательщиков – юридических лиц), «Карты *SEPA*» (*SEPA Cards*).

лам. Регламент выделяет национальные и трансграничные платежные операции в зависимости от местонахождения поставщиков платежных услуг, обслуживающих плательщика и получателя средств. В отношении всех переводов установлены требования «достижимости» в соответствии с правилами «платежной схемы европейского охвата» (*union-wide payment scheme*), под которой подразумевается *SEPA*, а также операционной совместимости (*interoperability*) платежных схем, розничных платежных систем. Используемые платежные схемы должны иметь аналогичные правила для национальных и трансграничных платежных операций. Данные условия направлены на централизацию платежных схем и их укрупнение в рамках ЕС. Розничные платежные системы, функционирующие в ЕС, должны обеспечивать взаимную совместимость путем использования международных или европейских стандартов, а также не препятствовать этому в принимаемых правилах. Регламент о требованиях к переводам содержит сходные положения с Регламентом о трансграничных платежах в части идентификаторов счетов клиента, поставщиков платежных услуг, обмена связанной с этим информацией, устанавливая дополнительные требования, касающиеся реквизитов платежных инструкций, обмена информацией о полномочиях (мандатах) на прямое дебетование, а также отдельных вопросов прямого дебетования.

Вышеуказанные документы представляют собой материально-правовой уровень правового регулирования международного кредитового перевода денежных средств. Вместе с тем коллизионное регулирование также значимо, учитывая принятое определение международного кредитового перевода как совокупности сделок, совершаемых банками, находящимися в разных 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 международном уровне в Типовом законе, на национальном уровне – в ЕТК США (ст. 4А-507).

Несмотря на то что в ходе принятия Типового закона коллизионные нормы были исключены из основного текста и рекомендованы для факультативного использования государствами, их содержание все равно представляет определенный интерес. При отсутствии оговорки о выборе права к правам и обязанностям из платежного поручения, направляемого банку-получателю, в качестве применимого права в Типовом законе указывается право 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.

ЕТК США в отличие от Типового закона 1992 г. предусматривает в ст. 4А-507 достаточно объемные коллизионные нормы. если стороны перевода не избрали применимое право (наличия разумной связи отношений с избранным правом не требуется), то отношения между отправителем и банком-получателем регулируются законом штата, где находится банк-получатель, между бенефициаром и его банком – законом штата, где находится банк бенефициара. Время совершения платежа инициатором бенефициару определяется по закону места нахождения банка бенефициара. Также в рассматриваемой статье установлены специальные коллизионные нормы в случае использования системы перевода средств (анализируются в параграфе 6.2).

При осуществлении международного дебетового перевода возникают свои коллизионные проблемы, которые в настоящее время в международном частном праве специально не урегулированы. В качестве примера таких проблем при переводе с использованием платежных карт¹⁴ можно отнести:

¹⁴ См., в частности: Electronic Funds Transfer. Plastic Cards and Consumer. Organisation for Economic Co-operation and Development. Paris, 1989.

- 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 валютных курсов;

- 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 отказе от перевода или его оспаривании.

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

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 включает в себя применительно к международному кредитовому переводу возможность его осуществления с использованием электронных средств.

В 1987 году 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. б) 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 устанавливает 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 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).

2.2. Международно-правовое регулирование документарных аккредитивов

Источники международно-правового регулирования документарных аккредитивов можно подразделить на две группы: 1) международные банковские обычаи; 2) коллизионные нормы. Говоря о первой группе источников, следует отметить ведущую роль Международной торговой палаты (далее – МТП)¹⁵. Попытки унификации обычаев и практики по документарным аккредитивам предпринимались еще в 1920-е гг. на уровне национальных банковских ассоциаций (например, в виде Правил Нью-Йоркской банковской конференции 1920 г.). Первый документ МТП появился в 1929 г. – единообразные правила в отношении документарных аккредитивов (*Reglement Uniforme Relatif Aux Credits Documentaires*). В 1933 году они получили свое нынешнее название – Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов (*Uniform Customs and Practice for Documentary Credits*, далее – UCP). Позднее UCP пересматривались в 1951, 1962, 1974, 1983, 1993 гг. В настоящее время действует редакция 2007 г. (Публикация № 600, вступила в силу с 1 июля 2007 г.).

Значение коллизионных норм, применяемых к документарным аккредитивам, снижается преимущественным подчинением аккредитивов UCP¹⁶. В качестве примеров специальных коллизионных норм можно привести ст. 5–116 раздела 5 ЕТК США, которая указывает, что ответственность эмитента, уполномоченного лица, авизирующего банка определяется правом их местонахождения (если применимое право не избрано сторонами или аккредитив не подчинен UCP), а также Банковский кодекс Республики Беларусь (ст. 274), содержащий сходные принципы. Закон Кыргызстана «Об аккредитивах» в ст. 3 «Применимое право» устанавливает, что в случае отсутствия в условиях аккредитива ссылки на применимое право используются положения UCP.

В странах, где специальные коллизионные нормы для документарных аккредитивов законодательно не установлены, суды исходят из наиболее тесной связи аккредитива с местом нахождения банка-эмитента или исполняющего банка при его наличии (Канада) с местом исполнения аккредитива (Великобритания, Египет, Турция).

Далее будут рассмотрены наиболее существенные положения UCP 600, в том числе в сравнении с предыдущей редакцией.

В UCP 600 дается определение аккредитива как любого соглашения (вне зависимости от названия), которое является безотзывным¹⁷ и представляет собой твердое обязательство банка-эмитента выполнить обязательство по надлежащему представлению. В свою очередь надлежащее представление (*complying presentation*) означает представление документов, которое соответствует условиям аккредитива, применяемым положениям UCP 600 и международной стандартной банковской практике¹⁸. Выполнение обязательства банком-эмитентом означает:

- заплатить по предъявлению, если аккредитив исполняется путем платежа по предъявлению;

¹⁵ www.iccwbo.org

¹⁶ Teoh Oon Teong, Letters of Credit: A Conflict of Laws Perspective, 2 Singapore Academy of Law Journal (1990), 51; Schärer, Die Rechtsstellung des Begünstigten im Dokumenten-Akkreditiv, 1980. P. 41; Gozlan, International Letters of Credit, 2nd ed. 1999. P. 36; Lombardini, Droit et pratique du crédit documentaire, 1994. P. 190; Sarna, Letters of Credit, 3rd ed., Ontario 1992. P. 9–5.

¹⁷ Таким образом, UCP 600 прямо исключают случай открытия отзывного аккредитива, презюмируемый в UCP 400 и допускаемый в UCP 500.

¹⁸ МТП принята Международная стандартная банковская практика для проверки документов по документарным аккредитивам (Публикация № 681, 2007).

- принять на себя обязательство отсроченного платежа и заплатить по наступлении срока, если аккредитив исполняется путем отсроченного платежа;

- акцептовать переводной вексель (тратту), выписанный бенефициаром, и заплатить по наступлении срока, если аккредитив исполняется путем акцепта.

По отношению к расчетам по аккредитиву применяются два основных принципа – принцип независимости и принцип строгого соответствия. Принцип независимости состоит в юридическом обособлении аккредитива от договора купли-продажи или иного договора, на котором может быть основан аккредитив. Соответственно банки никак не связаны с такими договорами даже при наличии в аккредитиве ссылки на такой договор (ст. 3 *UCP 500*, ст. 4 *UCP 600*).

Принцип строгого соответствия документов вытекает из ст. 13, 14 *UCP 500* и ст. 14 *UCP 600*. *UCP 600* устанавливают в ст. 14 критерии для проверки документов, используя понятие надлежащего представления. Так, банки должны проверить представление с тем, чтобы удостовериться на основании самих документов, составляют ли эти документы по своим внешним признакам надлежащее представление. *UCP 600* исключили требование проверки документов с разумной тщательностью (содержалось в ст. 13 (а) *UCP 500*), которое было достаточно неопределенным.

В статье 2 *UCP 600* вводится следующий перечень участников расчетов по аккредитиву:

- приказодатель – сторона, по просьбе которой выставлен аккредитив;
- бенефициар – сторона, в пользу которой выставлен аккредитив;
- банк-эмитент – банк, который выставляет аккредитив по просьбе приказодателя или от своего имени;

- подтверждающий банк – банк, который добавляет свое подтверждение к аккредитиву на основании полномочий или просьбы банка-эмитента;

- авизирующий банк – банк, который авизует аккредитив по просьбе банка-эмитента;
- исполняющий банк – банк, в котором аккредитив предусматривает исполнение, или любой банк в случае, если аккредитив предусматривает исполнение в любом банке.

Также вводится понятие представляющего лица, которое означает бенефициара, банк или иную сторону, которая осуществляет представление.

UCP 600 определили обязанности банка-эмитента следующим образом. В соответствии со ст. 7 *UCP 600* при надлежащем представлении исполняющему банку или банку-эмитенту предусмотренных аккредитивом документов у банка-эмитента возникает обязанность произвести исполнение по аккредитиву, если аккредитив исполняется:

- в банке-эмитенте – путем платежа по предъявлении, отсроченного платежа или акцепта;
- исполняющем банке – путем платежа по предъявлении, и такой исполняющий банк не платит;

- исполняющем банке – путем отсроченного платежа, и такой исполняющий банк не принимает на себя обязательство произвести отсроченный платеж либо, приняв на себя обязательство произвести отсроченный платеж, не платит по наступлении срока;

- исполняющем банке – путем акцепта, и такой исполняющий банк не акцептует тратту, выставленную на него, или, акцептовав тратту, выставленную на него, не платит по наступлении срока;

- исполняющем банке – путем неогциации, и такой исполняющий банк не осуществляет неогтацию.

Сходным образом описаны в ст. 8 *UCP 600* обязательства подтверждающего банка.

Банк-эмитент, подтверждающий банк обязаны предоставить возмещение (рамбурсирование) исполняющему банку, который произвел исполнение по аккредитиву или осуществил неогтацию в отношении надлежащего представления и направил документы банку-эми-

тенту. Межбанковское рамбурсирование может быть подчинено Унифицированным правилам для межбанковского рамбурсирования (ред. № 725, 2008 г.), которые определяют порядок предоставления банком-эмитентом рамбурсного полномочия (*reimbursement authorization*) другому банку (рамбурсирующему банку) по возмещению денежных средств банку, исполнившему аккредитив, по его требованию.

UCP 600, как и предыдущая редакция, специально выделяет переводной (трансферабельный) аккредитив, определяя его как аккредитив, которым по просьбе бенефициара («первого бенефициара») может пользоваться полностью или частично другой бенефициар («второй бенефициар»). Банк не обязан осуществлять перевод аккредитива иначе как в пределах и в порядке, на которые он прямо выразил свое согласие. Аккредитив может быть частично переведен более чем одному второму бенефициару при условии, что частичные использования или частичные отгрузки по аккредитиву разрешены. Переведенный аккредитив не может быть переведен по просьбе второго бенефициара последующему бенефициару. При этом UCP 600 делают оговорку о том, что первый бенефициар не рассматривается в качестве последующего бенефициара.

Просьба о переводе аккредитива должна содержать указание на возможность и условия авизования изменений последующему бенефициару. UCP 600 предусматривают, что, если аккредитив переводится более чем одному второму бенефициару(ам), отказ от изменения одним или более вторыми бенефициарами не делает недействительным принятие такового любым другим вторым бенефициаром, в отношении которого переведенный аккредитив будет соответственно изменен. В отношении любого второго бенефициара, который отказался от изменения, переведенный аккредитив останется неизменным. В своем поручении на перевод (трансферацию) первый бенефициар может указать, что выполнение платежного обязательства или неогоциация должны быть произведены второму бенефициару в месте, куда аккредитив был переведен, до истечения срока аккредитива, включая его последнюю дату.

Применительно к вопросам правового регулирования документарных аккредитивов следует отметить, что в целях учета развития информационных технологий, в первую очередь электронной коммерции, Комиссией МТП по банковской технике и практике 7 ноября 2001 г. было принято Дополнение по электронному представлению к UCP (далее – Дополнение)¹⁹. Дополнение касается вопросов электронного представления документов («записей») по документарному аккредитиву аналогично тому, как UCP содержат требования к представлению бумажных документов. Дополнение рассматривает, в частности, следующие вопросы:

- соотношение между Дополнением и UCP (на аккредитив, подчиненный UCP, Дополнение распространяется без специальной ссылки; положения Дополнения имеют преимущественную силу в случае коллизий; при представлении только бумажных документов действуют UCP);
- трактовка терминов, используемых в UCP, применительно к электронному представлению («по внешним признакам», «документ», «место представления», «подписывать»), а также введение новых терминов («электронная запись», «электронная подпись», «формат»);
- принципы электронного представления электронных записей (место, время представления, представление посредством нескольких электронных записей, представление электронных записей совместно с бумажными документами, последствия технической неспособности банка получать электронные записи), их изучения (посредством гиперссылки или отсылки к внешней системе, неспособность изучать записи в формате их представления и др.) и отказа в принятии (временные критерии);
- ситуации искажения электронных записей после представления (порядок повторного представления).

¹⁹ Supplement to the Uniform Customs and Practice for Documentary Credits for Electronic Presentation (EUCP).

2.3. Международно-правовое регулирование документарного инкассо

Документарное инкассо характеризуется участием в сделке банка без самостоятельных обязательств (в этом отличие от документарного аккредитива), но с осуществлением платежа против документов (в этом сходство с документарным аккредитивом) и гарантией сохранения права собственности на товары для продавца в случае несостоятельности покупателя и гарантией упрощенного взыскания при использовании тратты.

Ведущая роль в унификации правил по документарному инкассо также принадлежит МТП, которой в 1978 г. были впервые изданы Унифицированные правила по инкассо (Публикация № 322, далее – УПИ). С 1 января 1996 г. вступила в силу новая редакция УПИ (Публикация № 522, 1995 г.), подтвердившая тенденцию совершенствования основных сводов международных банковских обычаев (в области документарных аккредитивов, инкассо и банковских гарантий).

УПИ подлежат применению, если стороны подчинили им инкассовую сделку. Необходимо отметить влияние УПИ на гражданские кодексы России, стран СНГ, Литвы, Банковский кодекс Республики Беларусь, их совместимость с положениями ЕТК США (раздел 4), а также широкое признание судебной практикой в качестве международного банковского обычая (Швейцария, Великобритания).

Специальные коллизионные нормы в отношении инкассо существуют в ст. 4–102 ЕТК США (ответственность банка определяется по праву его местонахождения), ст. 279 Банковского кодекса Республики Беларусь (применимым к международному инкассо правом является в отношениях между приказодателем и банком-ремитентом – право государства банка-ремитента; банком-ремитентом, плательщиком и представляющим банком – право государства представляющего банка).

Структура УПИ приближена к структуре *UCP*. За основу взята следующая логическая последовательность: инкассовое поручение; представление документов; обязательства и ответственность банков; инкассо основной суммы платежа; инкассо иных сумм (процентов, комиссий, расходов).

УПИ предусматривают в ст. 4 стандарт инкассового поручения, указывая на обязательные требования к инкассовому поручению и разрешая банкам действовать только в соответствии с такими инкассовыми инструкциями. Инкассовое поручение должно содержать: данные о банке, от которого получено инкассовое поручение (включая адрес *SWIFT*); сведения о принципале, плательщике (включая почтовый адрес или место, в котором должно быть сделано представление); сведения о представляющем банке, если таковые имеются; сумму и валюту инкассо; перечень приложенных документов; сроки и условия получения платежа и (или) акцепта; сроки и условия передачи документов против платежа и (или) акцепта или на иных условиях; инструкции в отношении взыскания расходов (допускается ли отказ от их оплаты); инструкции в отношении взыскания процентов (допускается ли отказ от их оплаты), включая размер процентов, процентный период, основание для расчета; метод платежа и форму платежного извещения; инструкции на случай неплатежа, неакцепта и (или) несогласия с другими условиями.

Принципал обязан указать адрес плательщика или домилциль в качестве места представления документов, а также период времени для совершения плательщиком любого действия. Принципал несет риск, связанный с выбором любого банка, привлекаемого для осуществления операции, даже если выбор делается иным банком-участником. Принципал обязан предоставить возмещение банку-ремитенту, если комиссии и (или) расходы по инкассо относятся на счет принципала.

Инкассовое поручение и инкассовые инструкции не обязывают банк-ремитент и другие банки к их выполнению (ст. 1), таким образом, инкассовое поручение должно быть банком-ремитентом только принято. Если банк-ремитент решит не выполнять поручение, то его единственная обязанность – известить об этом принципала «без задержки посредством телекоммуникационной связи или, если это невозможно, другим ускоренным способом». Выполнение инструкций банком-ремитентом сводится к отправке документов инкассирующему банку.

В свою очередь инкассирующий банк обязан направить документы представляющему банку, указанному банком-ремитентом (ст. 5 УПИ), а также без задержки направить инкассированные суммы только в пользу банка-ремитента, если не оговорено иное (ст. 16 УПИ), направив также извещение о платеже.

Представляющий банк обязан передать плательщику документы в соответствии с полученными инструкциями. Только такая передача образует надлежащее представление по смыслу ст. 5 УПИ. Для надлежащего представления требуется соблюдение условий в отношении формы, сроков представления, способа передачи коммерческих документов, валюты, размера платежа, порядка уплаты процентов, комиссии и расходов.

Способ передачи коммерческих документов зависит от вида инкассовых инструкций: «документы против акцепта» (Д/А) и «документы против платежа» (Д/П). УПИ 1995 г. по сравнению с предыдущей редакцией (ст. 10 УПИ 1978 г.) содержат не только простое упоминание данных видов инструкций, но и правила для разрешения возможных коллизий, когда при наличии векселя с отсроченной датой платежа инструкции требуют передачи коммерческих документов против платежа или не содержат указаний в отношении способа передачи (в обоих случаях коммерческие документы подлежат передаче против платежа без ответственности банка за последствия, вытекающие из-за задержки в передаче документов).

Представляющий банк при акцепте несет ответственность только за полноту и правильность его формы, а также за своевременность направления банку, направившему инкассовое поручение, извещения о платеже (акцепте) или неплатеже (неакцепте) и надлежащее исполнение дальнейших инструкций банка-ремитента (при отсутствии таковых в течение 60 дней с момента отправления извещения – вернуть документы). В случае отказа в платеже (акцепте) представляющий банк может прибегнуть к помощи представителя (нотадресата). УПИ в ст. 25 требуют, чтобы полномочия такого представителя были указаны в инкассовом поручении, хотя, например, американское право допускает указание на представителя и иным способом (например, в тратте).

В отношении всех банков-участников действуют два принципа: автономности и ограничения ответственности (содержание аналогично принципам документарного аккредитива).

2.4. Международные банковские гарантии и резервные аккредитивы

Международные банковские гарантии и резервные аккредитивы служат цели обеспечения обязательств принципала (приказодателя). Прежде чем проанализировать признаки международных банковских гарантий и резервных аккредитивов, представляется целесообразным начать с источников регулирования, перечисляя их в хронологическом порядке. В 1978 году МТП опубликовала Унифицированные правила для договорных гарантий (Публикация № 325, далее – УП 1978 г.), цель которых состояла в ограничении случаев неправильного понимания сторонами самой сути гарантии. УП 1978 г. не распространялись на гарантии по требованию, наиболее востребованные в международной банковской практике, в связи с чем данные Правила не получили широкого применения. В СССР УП 1978 г. действовали в форме приложения к Инструкции Внешторгбанка СССР от 25 декабря 1985 г. № 1 (Приложение № 23). В 1992 году МТП опубликовала Унифицированные правила по гарантиям с платежом по требованию (Публикация № 458, далее – УП 1992 г.), вступившие в силу с 1 января 1993 г. и восполнившие пробел регулирования, имевшийся в УП 1978 г. Следующими документами являются Конвенция ООН «О независимых гарантиях и резервных аккредитивах» 1995 г. (далее – Конвенция) и Международная практика для резервных аккредитивов (*International Standby Practices*) 1998 г. (далее – *ISP-98*), разработанная Институтом международного банковского права и практики под эгидой МТП (Публикация № 590). Последним по времени принятия документом являются Унифицированные правила для гарантий по требованию 2010 г. (Публикация № 758, далее – УП 2010 г.). Таким образом, можно говорить о системе международно-правовых источников регулирования международных банковских гарантий и резервных аккредитивов.

Международные банковские гарантии и резервные аккредитивы характеризуются:

- наличием иностранного элемента – из всех указанных документов только Конвенция в ст. 4 содержит прямое указание на его признаки: обязательство является международным, если указанные в нем коммерческие предприятия любых двух из следующих лиц находятся в разных государствах: гарант (эмитент), бенефициар, принципал (приказодатель), инструктирующая сторона, подтверждающая сторона;
- документарностью – означает, что обязательства эмитента зависят от представления документов и проверки требуемых документов по внешним признакам (*ISP-98*, Конвенция, УП 1992 г., УП 2010 г.);
- абстрактностью (автономностью) – означает, что права и обязанности сторон определяются условиями обязательства (Конвенция) и средства правовой защиты основаны на условиях международной банковской гарантии (УП 1978 г.);
- независимостью – определяется в отношении обязательств гаранта (эмитента) перед бенефициаром применительно к основной сделке, иному обязательству (Конвенция), осведомленности эмитента об исполнении (неисполнении) по рамбурсному соглашению или основной сделке (*ISP-98*), ссылки на основную сделку (УП 1992 г., *ISP-98*, УП 2010 г.), условий вне обязательства или событий, за исключением представления документов (Конвенция), прав и обязанностей эмитента перед приказодателем (*ISP-98*), права бенефициара на получение платежа от приказодателя (*ISP-98*).

Исключение из принципа независимости составляют случаи явного обмана со стороны бенефициара. Особой разновидностью международной банковской гарантии является контргарантия (гарантия выдачи другой гарантии), определение которой дается в УП 1992 г., Конвенции и УП 2010 г. Обе указанные редакции Унифицированных правил содержат принцип двойной автономии контргарантии, отсутствующий в Конвенции. Данный принцип озна-

чает независимость контргарантии как от основного договора между принципалом и бенефициаром, так и от основной гарантии. Контргарантия по выполняемым функциям аналогична встречному аккредитиву (*back-to-back credit*)²⁰, когда первый аккредитив используется, по существу, только в качестве гарантии.

Вопрос о праве, применимом к международным банковским гарантиям и резервным аккредитивам, решается во всех документах примерно одинаково – если право не избрано сторонами, то применяется право места коммерческой деятельности гаранта²¹, местонахождения учреждения гаранта (эмитента)²² или места выдачи резервного аккредитива²³. В национальном законодательстве, включая российское, вопросы права, применимого к банковской гарантии, решаются также достаточно единообразно, с использованием критерия местонахождения гаранта²⁴. Важным следствием принципа двойной автономии контргарантии является самостоятельный характер права, применимого к контргарантии (местонахождение контргаранта), и его независимость от права, применимого к основному договору и основной гарантии.

Содержание обязательств, возникающих по международной банковской гарантии (резервному аккредитиву), будут рассматриваться применительно к обязательствам двух основных субъектов правоотношений: гаранта (эмитента) и принципала (приказодателя). Правоотношения между гарантом (эмитентом) и банками регулируются соглашениями по межбанковскому рамбурсированию, обязательства привлеченных банков с бенефициаром строятся с учетом объема по принципам, применяемым к гаранту (эмитенту).

Основанием возникновения обязательств гаранта (эмитента) является выдача гарантии (аккредитива), под которой понимается передача документа (в том числе электронного) гарантом (эмитентом) бенефициару или третьим лицам (авизующей, подтверждающей, исполняющей стороне). Для определения момента выдачи Конвенцией и УП 2010 г. используется критерий выхода за пределы контроля гаранта (эмитента). Поскольку выдача гарантии (аккредитива) является правом гаранта (эмитента), что прямо указано в ст. 7 Конвенции, момент выхода за пределы контроля гаранта (эмитента), определяет он сам. Условиями гарантии (аккредитива) может предусматриваться вступление в силу гарантии (аккредитива) в более позднюю дату, если императивные нормы национального права препятствуют гаранту (эмитенту) в выдаче или точном исполнении инструкций принципала (приказодателя), гарант обязан уведомить последнего о такой невозможности. Из всех рассматриваемых документов эта ситуация отражена только в ст. 7 УП 1992 г.

Общим подходом рассматриваемых документов является установление стандарта поведения гаранта (эмитента), основанного на добросовестности и разумной осмотрительности (ст. 14 Конвенции, ст. 9 УП 1992 г.) с учетом общепризнанных стандартов международной практики независимых гарантий или резервных аккредитивов (ст. 14 Конвенции, п. 2.01 *ISP-98*). Данный стандарт применим ко всем обязательствам гаранта (эмитента). Вместе с тем можно говорить и о содержании его конкретных обязательств. Основным обязательством гаранта (эмитента) является уплата бенефициару суммы, указанной в гарантии (аккредитиве), по представлении последним документов, соответствующих по внешним признакам условиям данной гарантии или аккредитива (ст. 2 УП 1992 г., п. 2.01 *ISP-98*, ст. 19 УП 2010 г.). Кроме того, гарант обязан известить бенефициара об отклонении его требования (ст. 10 УП 1992 г., ст. 24 УП 2010 г.), а в случае его удовлетворения – без задержки передать требование бене-

²⁰ *UCP* и *ISP-98* не содержат каких-либо специальных норм в отношении этого вида аккредитивов, поскольку здесь речь идет о самостоятельных аккредитивах, которые образуют единство в экономическом, а не в правовом отношении.

²¹ УП 1978 г. (ст. 10) и 1992 г. (ст. 27).

²² Конвенция (ст. 22), УП 2010 г. (ст. 34).

²³ См. п. 1.08 (d) *ISP*.

²⁴ См. ч. 3 ст. 1211 ч. III ГК РФ.

фициара и соответствующие документы принципалу или, когда это применимо, инструктирующей стороне для передачи принципалу (ст. 21).

Ответственность гаранта (эмитента) за неисполнение (ненадлежащее исполнение) своих обязательств имеет ограниченный характер в силу автономности и независимости обязательства.

Основными обязательствами принципала (приказодателя) являются уплата комиссионного вознаграждения и возмещение расходов гаранта (эмитента).

2.5. Основы международного вексельного и чекового права

Основными источниками международного вексельного и чекового права в настоящее время являются Женевские конвенции 1930 г.²⁵ и 1931 г.²⁶, Конвенция ЮНСИТРАЛ «О международных переводных и простых векселях» 1988 г. (далее – Конвенция) и проект конвенции ЮНСИТРАЛ «О международных чеках» (далее – проект Конвенции)²⁷. К источникам международного вексельного и чекового права относится также национальное вексельное и чековое законодательство в части коллизионных норм. Проведем сравнительный анализ соответственно Конвенции (в силу еще не вступила, СССР присоединился к Конвенции в 1990 г., Россия с 1991 г. является по ней правопреемником) и ЕВЗ, проекта Конвенции и ЕЧЗ, отдавая приоритет конвенциям как последним по времени документам. Отметим, что ЕВЗ и ЕЧЗ уже получили в отечественной литературе достаточно полное отражение²⁸.

Понятие международного векселя и чека

Конвенция, как и ЕВЗ, проводит различие между простым и переводным векселем с выделением элементов, присущих международному векселю²⁹. Международным является вексель, в котором названы по крайней мере два из следующих мест и указано, что любые два таких места находятся в разных государствах: место выставления векселя; место, указанное рядом с подписью векселедателя; место, указанное рядом с наименованием плательщика (в международном переводном векселе) или получателя; место платежа по векселю. Проект Конвенции при определении международного чека использует сходные критерии с учетом того, что плательщиком может являться только банк, на который выставлен чек. Конвенция и проект Конвенции используют формальный подход к определению международного характера соответственно векселя и чека. Фактически международный документ (пересекающий границу одного или более государств), не отвечающий конвенционным требованиям, не будет признаваться международным векселем и чеком, и, наоборот, документ, отвечающий указанным требованиям, но обращающийся в течение всего срока своего действия на территории одного государства, будет признаваться таковым³⁰.

Реквизиты международного векселя по Конвенции незначительно отличаются от предусмотренных ЕВЗ, что объясняется стремлением учесть принципы англо-американского вексельного права (наличие требования о включении слов «международный вексель» в название

²⁵ Конвенция о единообразном законе о переводном и простом векселе (ЕВЗ), Конвенция, имеющая целью разрешение некоторых коллизий законов о простых и переводных векселях, Конвенция о гербовом сборе в отношении переводных и простых векселей.

²⁶ Конвенция, устанавливающая единообразный закон о чеках (ЕЧЗ), Конвенция, имеющая целью разрешение некоторых коллизий законов о чеках, Конвенция о гербовом сборе в отношении чеков.

²⁷ Работа над данной конвенцией была приостановлена в 1984 г. в силу невысокого распространения чеков в международном обороте.

²⁸ Новоселова Л. А. Вексель в хозяйственном обороте. Комментарий практики рассмотрения споров. М., 1997; Ертылева Н. Ю. Вексель в международном банковском праве: сравнительный анализ Женевской и англо-американской систем // Законодательство и экономика. 2003. № 9. С. 70–89; 2003. № 10. С. 74–83; Беляева О. А. Расчеты чеками в России и за рубежом. Законодательство и практика. М., 2004; Лазарева Т. П. Международные расчеты посредством векселей и чеков // журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2005. Вып. 3. С. 39–45; Ертылева Н. Ю. Чековые операции банков в международном банковском праве // Международные банковские операции. 2006. № 6; 2007. № 1; Кандашевский В. А. Коллизионные вопросы векселя в российской судебной практике // Законодательство и экономика. 2007. № 8. С. 22–29.

²⁹ Для сравнения: английский вексельный закон 1882 г. в ст. 4 проводит деление векселей на отечественные и иностранные (разновидностью которых можно считать международные). Аналогично Закон КНР 1995 г. «О векселе» в ст. 95 содержит понятие зарубежного векселя.

³⁰ Дробышев П. Ю. Вексельное право и Конвенция ЮНСИТРАЛ о международных переводных векселях и международных простых векселях. М.: Фонд «Международный институт развития правовой экономики», 1996. С. 9.

и текст документа без признания обязательной вексельной меткой, предложение уплатить именуется приказом уплатить, получатель векселя может не указываться).

Аналогично в проекте Конвенции в числе реквизитов международного чека предусмотрен безусловный приказ (в ЕЧЗ – простое и безусловное предложение), посредством которого чекодатель дает указание плательщику уплатить определенную денежную сумму получателю или его приказу или предъявителю (в ЕЧЗ субъектный состав не указан). Возможность выставления чека «приказу получателя» является характерным именно для англоамериканского вексельного права. Вместе с тем в проекте Конвенции сохранена чековая метка, требуемая ЕЧЗ.

Особенности определения субъектного состава международной вексельной и чековой сделки

1. Векселедатель переводного и простого векселя (ст. 38–39 Конвенции). Различие между ними состоит в том, что векселедатель простого векселя обязан по выданному векселю в любом случае, а векселедатель переводного может включить в текст векселя прямую оговорку об исключении своей ответственности за акцепт или платеж. Последнее допущено для облегчения безоборотного финансирования (форфейтинга)³¹, при котором векселедатель может исключить или ограничить свою ответственность за акцепт или платеж путем выдачи векселя «без оборота на себя». Условием включения в вексель такой оговорки является принятие ответственности получателем векселя (обычно банк или иное финансовое учреждение).

2. Чекодатель. Проект Конвенции аналогично ЕЧЗ (ст. 12) не допускает исключения или ограничения ответственности чекодателя путем оговорки на чеке (англо-американское право допускает такую оговорку).

3. Получатель (держатель). В обеих конвенциях употребляется понятие «защищенный держатель», т. е. лицо, которое получило международный вексель или чек надлежащим образом и право которого не может быть оспорено третьими лицами, за исключением некоторых случаев (например, обманных или незаконных действий со стороны держателя). Защищенность держателя международного векселя презюмируется, если не доказано обратное (ст. 32 Конвенции, ст. 30 проекта Конвенции).

Конвенции предусматривают возможность выдачи международного векселя и чека в пользу двух и более получателей (особенность, присущая англо-американскому вексельному праву), которые могут осуществлять права по векселю и чеку отдельно или совместно.

4. Гарант. Конвенция предусматривает возможность гарантии платежа по международному векселю. Такая гарантия может выдаваться как в отношении всей суммы, так и в отношении ее части. Гарантом может выступать любое лицо, даже если оно и является стороной по векселю (ст. 46 Конвенции). Конвенция проводит разделение всех гарантов на банки или иные финансовые учреждения, а также на прочих гарантов (ст. 47 Конвенции), предоставляя первым право выдвигать возражения даже против защищенных держателей.

Проект Конвенции также предусматривает возможность гарантии чека (ст. 40), рассматривая в качестве таковой и аваль. Содержание обязательств гаранта сходно с обязательствами авалиста в ЕЧЗ (ст. 25–27), за исключением права гаранта ограничить размер своей ответственности (согласно ЕЧЗ, авалист отвечает так же, как и тот, за кого он дал аваль).

³¹ В настоящее время МТП разрабатываются Унифицированные правила для форфейтинга.

Регулирование обращения международного векселя и чека

Передача международного векселя и чека. Конвенцией и ЕВЗ предусмотрена передача переводного векселя посредством именного или бланкового индоссамента (опосредованный способ передачи векселя предъявителю), а также установлены требования к порядку передачи³², предусмотрены специальные правила в случае, когда индоссамент является подложным или совершен представителем с превышением полномочий (ст. 25–26 Конвенции). Конвенция не рассматривает простое вручение векселя как имеющее самостоятельное юридическое значение, что характерно для англо-американского права, где индоссамент и фактическая передача отделены друг от друга³³.

Проект Конвенции также содержит положения о порядке передачи чека по индоссаменту, сохраняя при этом ключевую норму ЕЧЗ (ст. 19) о приобретении чекодержателем прав законного даже при подложности одного из индоссаментов (в англо-американском праве подложный индоссамент недействителен и не способен передать другому лицу титул законного держателя).

Предъявление к платежу международного векселя и чека, акцепт международного векселя. Положения Конвенции об акцепте международного векселя в целом повторяют ЕВЗ. Новацией является право векселедателя предусмотреть в переводном векселе, что он не должен предъявляться к акцепту или оплате до наступления определенного срока или наступления определенного события (ст. 50 Конвенции). Кроме того, в Конвенции описан такой вариант определения способа платежа, как рассрочка. Пункт 3 ст. 9 Конвенции устанавливает, что вексель может содержать указание на оплату частями в последовательные даты (такой вариант прямо запрещен ст. 23 ЕВЗ).

Согласно ст. 43 проекта Конвенции, чек должен быть предъявлен к платежу в течение 120 дней от его даты (максимальный срок, согласно ЕЧЗ, составляет 70 дней, англо-американское право предполагает предъявление чека к платежу в разумный срок, ограниченный банковской практикой).

По вопросу о допустимости акцепта чека проект Конвенции занимает промежуточную позицию между ЕВЗ (согласно ст. 4, чек не может быть акцептован) и англо-американским правом (разрешает акцепт в силу понимания чека как разновидности векселя), предоставляя конкретному договаривающемуся государству право предусмотреть, что плательщик может акцептовать чек и определить юридические последствия этого.

Платеж по международному векселю и чеку. Платеж может производиться полностью или частично. В последнем случае принятие исполнения остается на усмотрение держателя, если частичные платежи не предусмотрены условиями самого векселя (ст. 73 Конвенции). Проект Конвенции позволяет держателю отказаться от принятия частичного платежа по чеку в отличие от ЕЧЗ (ст. 34).

Конвенции предусматривают специальные правила в отношении места, валюты платежа, порядка определения валютного курса, а применительно к международному векселю – и размера процентов (допускается плавающая процентная ставка).

Проект Конвенции сохраняет преемственность норм ЕЧЗ о перечеркнутых (кроссированных) и расчетных чеках. Кроссированные чеки могут быть оплачены только банку, действующему в качестве агента держателя. Расчетные чеки подлежат платежу только в безналичном порядке путем перевода денежных средств на банковский счет.

³² См. ст. 13, 18–19, 21 Конвенции.

³³ Дробышев П. Ю. Указ. соч. С. 44.

Протест в неакцепте или неплатеже

Согласно Конвенции, протест совершается в месте и по законам места, где было отказано в акцепте или платеже. Конвенция устанавливает реквизиты, обязательно указываемые при протесте векселя, а также срок для протеста – в день отказа в платеже (акцепте) или в течение последующих четырех рабочих дней (ст. 61 Конвенции), что дольше требований ЕВЗ. Срок протеста чека составляет два рабочих дня (ст. 50 проекта Конвенции), что также дольше срока в ЕЧЗ.

Учитывая возникновение регрессных требований, конвенции предусматривают обязанность держателя (ст. 64 Конвенции, ст. 53 проекта Конвенции) в случае неплатежа по векселю или неакцепта векселя уведомить векселедателя, последнего индоссанта переводного векселя, иных гарантов и индоссантов, в случае неплатежа по чеку – чекодателя, индоссантов и их гарантов. По сравнению с ЕВЗ и ЕЧЗ процедура уведомления изменена, поскольку ранее векселедержатель был обязан известить только векселедателя и своего индоссанта, чекодержатель – индоссанта и чекодателя. Протест может быть заменен письменным датированным заявлением плательщика об отказе в платеже или акцепте (в случае векселя), за исключением случая, когда требование о протесте содержится в самом векселе или чеке.

В качестве примеров коллизионного регулирования будут рассмотрены нормы Женевской конвенции, имеющей целью разрешение некоторых коллизий законов о простых и переводных векселях; Женевской конвенции, имеющей целью разрешение некоторых коллизий законов о чеках; английского закона 1882 г., а также Кодекса Бустаманте и межамериканских конвенций «О коллизии законов, касающихся переводных векселей, простых векселей и счетов» 1975 г. и «О коллизии законов, касающихся чеков» 1979 г. Женевские конвенции предусматривают следующие общие для векселей и чеков коллизионные нормы:

- способность обязываться по векселю и чеку определяется национальным законом с возможностью отсылки к закону другой страны и правом обязываться на территории другой страны, если это позволяет ее право;
- форма документа и обязательств по векселю и чеку определяется законом государства, на территории которого происходит выставление векселя, подписание чека;
- форма и сроки совершения действий, необходимых для осуществления и защиты прав по векселю и чеку, определяются законом страны, на территории которой должно совершаться соответствующее действие;
- последствия утраты или кражи векселя и чека определяются законом места платежа.

Для векселей установлены самостоятельные коллизионные нормы по вопросам действительности вексельных обязательств, содержания обязательств акцептанта (закон места платежа), сроков предъявления иска в порядке регресса и порядка приобретения держателем прав требования (закон места составления).

Для чеков такие нормы регулируют по закону места платежа вопросы круга лиц, на которых может быть выставлен чек, срока предъявления чека к платежу, а также возможности оплаты чека по предъявлении, права на акцепт чека и получения частичного платежа, права на отзыв чека.

Статья 72 английского закона 1882 г. содержит следующие коллизионные нормы:

- форма векселя и его юридическая сила подчинены месту совершения векселя;
- отношения между держателем и акцептантом регулируются правом страны, в которой совершается действие;
- при толковании понятий индоссамента, акцепта или акцепта после протеста применяется право места совершения соответствующих действий.

Кодекс Бустаманте регулирует коллизионные аспекты вексельных правоотношений в ст. 263–270. Их содержание будет рассмотрено в сравнении с нормами межамериканских конвенций. Формы выдачи, индоссирования, обеспечения, принятия и протеста в отношении векселя подчинены закону места совершения действий (аналогично в конвенциях). Отношения между векселедателем и векселедержателем, получателем и предъявителем, отношения по индоссаменту, вексельному поручительству регулируются соответственно законом места выдачи векселя, места получения чека, места совершения индоссаментов, места выдачи поручительства (конвенции предусматривают, что все обязательства из векселя и чека подчинены закону места их принятия, при отсутствии указания такого места – закону места платежа, при его неуказании – закону места выдачи).

2.6. Правовое регулирование международных кредитных сделок

2.6.1. Общая характеристика международных кредитных сделок и условий стандартных кредитных соглашений

Для целей дальнейшего анализа международные кредитные сделки можно в зависимости от особенностей субъектного состава подразделить:

- с точки зрения кредитора – на сделки, где в роли кредитора выступает один банк, и сделки, где в роли кредитора выступают два или более банков, действующих в рамках единого кредитного соглашения (международные консорциональные (синдицированные) кредитные сделки);
- точки зрения заемщика – на сделки, где в роли заемщика выступает коммерческая организация (корпоративные займы), и сделки, где в роли заемщика выступает государство (суверенные займы);
- точки зрения цели кредитования – на сделки, совершаемые в целях финансирования конкретной внешнеэкономической сделки, определенного объекта предпринимательской деятельности (проектное финансирование) или определенной сферы предпринимательской деятельности.

Говоря о праве, применимом к международной кредитной сделке, следует отметить, что, поскольку банк, как правило, имеет возможность самостоятельно определять условия предоставления кредита (за исключением случаев особого интереса к заемщику или в случае суверенных займов), право местонахождения банка обычно указывается в качестве применимого.

Существующие в законодательстве зарубежных государств специальные коллизионные привязки также указывают на право страны места нахождения кредитора как на право, применимое к кредитному договору (характерно для законодательства стран СНГ, включая Россию³⁴, стран Балтии, Венгрии, стран бывшей Югославии, Китая). При коллизионном регулировании банковских сделок в целом также применяется привязка к местонахождению банка (Австрия, Лихтенштейн, Румыния). Предоставляемые евровалютные кредиты подчинены, как правило, английскому праву в силу использования стандартной кредитной документации.

К стандартным международным кредитным соглашениям относят соглашения, предусматривающие предоставление кредита одним банком-кредитором одному заемщику – коммерческой организации. 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 том числе частями (траншами), обычно обусловлены соблюдением заемщиком предварительных условий (*conditions precedent*). В число предварительных условий, как правило, входит обязательство представления заемщиком документов о корпоративном статусе, документов, подтверждающих финансовое положение заемщика, заключение договоров обеспечения, а также получение юридических заключений.

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*

³⁴ См. ч. 3 ст. 1211 ГК РФ.

period) направить заемщику подтверждение. По истечении согласованного периода времени заемщик утрачивает право на получение кредита.

В качестве договорных средств защиты прав кредитора применяются заверения (*representations*) и гарантии (*warranties*), даваемые заемщиком банку, а также обязательства (*covenants, undertakings*), принимаемые на себя заемщиком. Заверения и гарантии направлены на подтверждение правового статуса заемщика в течение срока действия кредитного соглашения на основании предусмотренных кредитным соглашением документов. Целью заверений и гарантий является обеспечение возможности банку прекратить кредитование при изменении правового статуса заемщика, предоставлении недостоверной информации, что может рассматриваться в качестве обстоятельства неисполнения (*event of default*) по кредитному соглашению.

Обязательства обеспечивают возможность контроля со стороны банка за деятельностью заемщика и ее ограничения в целях поддержания надлежащего финансового положения заемщика.

Обязательства можно подразделить на три типа: финансовые обязательства, обязательства, связанные с предоставлением информации, и обязательства, связанные с защитой активов. К финансовым обязательствам относятся различные лимиты и пропорции, которые зависят от изменения финансового положения заемщика. Информационные обязательства связаны с предоставлением банку в течение срока действия кредитного соглашения финансовой отчетности, корпоративной информации, информации об обеспечении.

Обязательства, связанные с защитой активов, можно в свою очередь подразделить на позитивные и негативные. Позитивные обязательства связаны с информированием банка о невозможности (потенциальной невозможности) исполнения обязательств заемщиком. К категории позитивных обязательств можно отнести обязательства по страхованию обеспечения, получению заемщиком необходимых лицензий (недропользовательских, валютных, экспортных), предоставлению банку доступа к информации заемщика, назначению независимых аудиторов. Негативные обязательства включают в себя негативный залог (*negative pledge*)³⁵, обязательство равной очередности требований по сравнению с необеспеченными кредиторами (*pari passu ranking*), а также запрет на отчуждение активов, предоставления займов, распределения дивидендов.

К событиям неисполнения, присущим международным кредитным соглашениям, относится нарушение 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*). Также обстоятельством, влекущим неисполнение обязательств, может явиться изменение в деятельности (*change of business*) или в управлении заемщика (*change of control*).

2.6.2. Правовое регулирование международного синдицированного кредитования

Прежде чем переходить к рассмотрению отдельных аспектов международного синдицированного кредитования, необходимо кратко охарактеризовать данный институт с точки зрения определения, основных признаков, субъектного состава и особенностей возникающих правоотношений.

Международный синдицированный кредит – кредит, предоставляемый заемщику несколькими банками, объединенными в синдикат. При этом заемщик и банки расположены

³⁵ Негативный залог не является обеспечением, а представляет собой особые условия кредитного соглашения, устанавливающие обязательство заемщика не создавать обеспечения иного, чем в пользу кредитора по данному кредитному соглашению. У заемщика есть возможность согласовать группу активов, исключаемых из-под действия негативного залога при намерении использования их в обычной деятельности или для целей, улучшающих финансовое положение заемщика.

в разных государствах, а кредит, как правило, является евровалютным, что образует иностранный элемент кредитных отношений. Сделка по синдицированному кредитованию имеет достаточно простую структуру (обязательствам кредиторов предоставить определенную денежную сумму корреспондирует обязательство заемщика возратить полученную сумму кредита и уплатить соответствующие проценты), но в силу значительных сумм требует тщательной юридической проработки³⁶.

Международное синдицированное кредитование обладает следующими отличительными признаками:

- совместная ответственность – банки-кредиторы несут совместную ответственность перед заемщиком, а заемщик – перед всеми кредиторами одновременно;
- равноправие кредиторов – банки-кредиторы не имеют преимущественных прав по взысканию долга, все средства, поступающие для погашения кредита или от реализации обеспечения, делятся пропорционально сумме, предоставленной каждым банком;
- единство документации – заключаемые соглашения являются многосторонними, подписываются всеми банками-кредиторами и заемщиком без возможности заключения отдельных соглашений;
- единство информации – все сведения, относящиеся к синдицированному кредиту, должны быть известны банкам-кредиторам и заемщику. Обмен информацией осуществляется посредством банка-организатора, который обязан извещать всех участников синдиката³⁷.

В качестве обеспечения при международном синдицированном кредитовании могут выступать любые активы, включая ценные бумаги, недвижимость, оборудование, сырье и готовую продукцию, гарантии и поручительства третьих лиц³⁸.

Основными участниками международного синдицированного кредитования являются: 1) заемщик; 2) дочерние компании заемщика (иногда выступают как гаранты или субсидиарные заемщики); 3) банки-организаторы; 4) банки – участники синдицированного кредита; 5) гаранты (предусматриваются не во всех соглашениях синдицированного кредита); 6) банк-агент (часто выступает доверительным управляющим по обеспечению, а также может совпадать в одном лице с банком-организатором)³⁹.

Тематика правового регулирования международного синдицированного кредитования чрезвычайно обширна, в связи с чем далее будут рассмотрены только отдельные его аспекты, такие как заверения и гарантии заемщика по синдицированному кредитному соглашению, отказ от иммунитета и случаи неисполнения обязательств, исследуемые в контексте применения преимущественно английского права.

Выбор кредиторами и заемщиками английского права для подчинения ему заключаемых кредитных соглашений не случаен. Во-первых, это связано с высокой гибкостью английской правовой системы, позволяющей структурировать кредитное соглашение необходимым для его сторон образом, без риска признания соглашения недействительным⁴⁰; во-вторых, с доверием международных банков к английской судебной системе при необходимости разрешения споров, вытекающих из кредитных соглашений⁴¹; в-третьих, с авторитетом располо-

³⁶ Wood Phillip R. Law and Practice of International Finance. International Loans, Bonds, Guarantees, Legal opinions. Second Edition. London: Sweet&Maxwell, 2007. P. 1 (Chapter 1).

³⁷ Fight Andrew. Syndicated Lending. London: Elsevier Butterworth-Heinemann, 2004. P. 10.

³⁸ Thiele Angélique. Collective security Arrangements. A comparative study of Dutch, English and German Law. Law of Business and Finance, Vol. 5. Kluwer Legal Publishers. Amsterdam. 2003. P. 23.

³⁹ Шамраев А. В. Правовое регулирование международных банковских сделок и сделок на международных финансовых рынках: научное издание. М.: КНОРУС, ЦИПСИР, 2010. С. 23.

⁴⁰ The Handbook of Loan Syndications and Trading (McGraw-Hill Professional, 2004). P. 155.

⁴¹ Yener Alunbaş, Blaise Gadanecz, Alper Kara. Syndicated loans: a hybrid of relationship lending and publicly traded debt (Palgrave Macmillan, 2006). P. 12.

женной в Лондоне Ассоциации ссудного рынка (*Loan Market Association*, далее – *LMA*)⁴², которая объединяет всех профессиональных участников рынка синдицированного кредитования (банки, инвестиционные компании, юридические фирмы) и с 1996 г. успешно занимается унификацией стандартов и договорных положений, применяемых в области синдицированного кредитования.

Соответственно правовое регулирование международного синдицированного кредитования в Великобритании развивается в рамках стандартной документации *LMA*, а также в рамках прецедентного права английских судов.

Регулирование синдицированных кредитов в рамках стандартной документации LMA

Структура типичной сделки синдицированного кредитования, пояснения относительно юридической природы и последствий каждого из стандартных положений соглашения синдицированного кредитования содержатся в Пользовательском руководстве к рекомендуемым формам первичной документации (*Users Guide to the Recommended Form of Primary Documents*, далее – Руководство *LMA*), опубликованном на сайте *LMA*⁴³.

Целью Руководства *LMA* является информирование участников рынка синдицированного кредитования:

- об основных способах предоставления синдицированного кредита;
- о субъектном составе соглашения синдицированного кредитования и роли сторон в сделке;
- об общем содержании документации по сделке;
- о временном графике стандартной сделки синдицированного кредитования;
- способах участия в синдицированных кредитах.

Руководство *LMA* предусматривает следующие основные способы предоставления синдицированного кредита: 1) в форме срочной кредитной линии; 2) форме возобновляемой (револьверной) кредитной линии, когда в кредитном соглашении кредитора предусматривается максимальная сумма денежных средств, которая может быть предоставлена заемщику в течение определенного периода времени; 3) форме смешанной кредитной линии, когда заемщику предоставляется определенная сумма денежных средств с возможностью увеличения общего размера кредита до максимальной суммы, указанной в соглашении.

Руководство *LMA* выделяет следующих участников сделки:

1) банк-организатор (*arranger*) – под организатором понимают банк, в который изначально обращается заемщик с просьбой о привлечении синдицированного кредита. Главной задачей банка-организатора является ведение переговоров с заемщиком относительно условий предоставления кредита и возможных кредиторов;

2) ведущий андеррайтер (*book-runner*) – в задачи ведущего андеррайтера входят поиск и подбор банков-кредиторов для участия в сделке синдицированного кредитования, а также ведение переговоров с ними относительно условий их участия в синдикате;

3) банк-агент (*agent*) – функции банка-агента включают в себя представление интересов синдиката в отношениях с заемщиком, контроль за соблюдением заемщиком условий предоставления кредита, получение от заемщика требуемых кредитным соглашением документов

⁴² Основной задачей *LMA* является повышение ликвидности, эффективности и транспарентности европейских, ближневосточных и африканских рынков первичного и вторичного синдицированного кредитования, являющегося ключевым долговым продуктом для корпоративных заемщиков, путем принятия обоснованной, широко распространенной рыночной практики. Более подробная информация о деятельности *LMA* доступна в Интернете по адресу URL: <http://www.loan-market-assoc.com>

⁴³ Доступно на сайте: URL: <http://www.loan-market-assoc.com/documents.aspx>

и уведомлений, осуществление переводов полученных от кредиторов (возвращенных заемщиком) сумм заемщику (кредиторам);

4) доверительный управляющий обеспечением (*security trustee*) – в случае предоставления обеспеченного синдицированного кредита может назначаться доверительный управляющий имуществом заемщика, используемым в качестве обеспечения. Доверительный управляющий обеспечением действует в интересах всех кредиторов и гарантирует сохранность обеспечения.

Документация, используемая при совершении сделки синдицированного кредитования, согласно Руководству *LMA*, включает:

1) мандатное письмо, представляющее собой договор, заключаемый между заемщиком и банком-организатором, в соответствии с которым последний обязуется организовать предоставление синдицированного кредита на рыночных или наилучших условиях (наиболее распространенные в практике варианты), иногда с принятием на себя гарантий организации, а заемщик обязуется оплатить услуги банка по организации синдицированного кредитования;

2) протокол о намерениях, содержащий основные условия предоставления синдицированного кредита, на которые рассчитывают заемщик и банк-организатор. Данный документ не имеет для сторон обязательной юридической силы, но может впоследствии использоваться для уяснения намерения сторон при возникновении разногласий по поводу толкования условий соглашения синдицированного кредитования;

3) информационный меморандум, подготавливаемый банком-организатором и заемщиком и направляемый возможным участникам синдиката. Информационный меморандум обычно содержит описание коммерческой деятельности заемщика и результаты его юридической проверки. Обычно данный документ является конфиденциальным;

4) соглашение синдицированного кредитования, являющееся основным документом в сделке синдицированного кредитования, в котором содержится детальное описание юридических прав и обязанностей заемщика и участников синдиката, а также между участниками синдиката;

5) письмо о вознаграждении, представляющее собой соглашение между заемщиком и банком-организатором, банком-агентом, доверительным управляющим обеспечением и иным субъектом оказания возмездных услуг заемщику в рамках синдиката.

С точки зрения времени заключения соглашения синдицированного кредитования Руководство *LMA* выделяет гарантированные и негарантированные синдицированные кредиты. В первом случае кредитное соглашение заключается до вступления в синдикат банков помимо банка-организатора, во втором – кредитное соглашение не может быть заключено до вступления в синдикат всех участников.

Руководство *LMA* устанавливает следующие возможные варианты передачи банками-кредиторами своих прав и обязанностей из соглашения синдицированного кредитования:

1) новация – единственный способ, по которому банк-кредитор может передать все свои права и обязанности по соглашению синдицированного кредитования другому лицу. Соглашение о новации заключается с участием всех сторон соглашения синдицированного кредитования, включая заемщика;

2) уступка прав по общему праву – обеспечивает только переход прав банка-кредитора, но не его обязанностей. Кроме того, такая уступка должна удовлетворять законодательным требованиям о полном переводе прав из договора, письменной форме сделки, а также об уведомлении заемщика в письменной форме;

3) уступка по праву справедливости – если уступка права не удовлетворяет какому-либо из требований, предъявляемых к уступке по общему праву, то она квалифицируется как уступка по праву справедливости и оба банка-кредитора (первоначальный и новый) высту-

пают в качестве соистцов по искам из такого договора. В результате заемщик приобретает право исполнять свои обязательства любому из банков-кредиторов;

4) участие в финансировании – банк-кредитор по соглашению синдицированного кредитования может заключить с другим банком договор участия в финансировании кредита, в соответствии с которым такой банк будет обязан принимать долевое участие в предоставлении денежных средств кредитором заемщику, а также будет иметь право требования от банка-кредитора любых сумм, полученных от заемщика, пропорционально своей доле в финансировании. Согласия заемщика на участие в кредите другого банка не требуется, обязательства между банком-участником и заемщиком не возникают;

5) участие в распределении риска – банк обязан принять участие в финансировании только в предусмотренных соглашением случаях наступления риска, к которым относят невозврат (просрочку в возврате) заемщиком суммы кредита и процентов, несоблюдение требований к финансовому положению заемщика, обеспечению и другие основания. Согласия заемщика на участие в кредите другого банка не требуется, обязательства между банком-участником и заемщиком не возникают.

Регулирование синдицированных кредитов в рамках английского прецедентного права

Признавая значимость стандартной документации *LMA*, следует также учитывать роль английской судебной практики и ведущие прецеденты по спорам из соглашений синдицированного кредитования.

В деле *Bear Stearns Bank Plc* против *Forum Global Equity Ltd* (2007 г.)⁴⁴ суд рассматривал действительность и взыскание убытков из соглашения синдицированного кредитования, заключенного с использованием средств связи (по телефону). В качестве одного из оснований недействительности соглашения и, как следствие, невозможности взыскания убытков кредитор приводил аргумент о том, что документация *LMA* требует, чтобы предоставление синдицированного кредита оформлялось в письменном виде с составлением целого ряда документов. Однако суд, признав значимость документации *LMA*, отказался признавать ее в качестве банковского обычая или обыкновения и подтвердил действительность заключенного устно соглашения синдицированного кредитования. Результатом рассмотрения данного дела стало введение в банковскую практику при ведении переговоров с потенциальными заемщиками предупреждения об отсутствии у банка намерения заключить соглашение в устной форме.

В деле *Chartbrook Ltd* против *Persimmon Homes Ltd* и др. (2009 г.)⁴⁵ палате лордов пришлось столкнуться с противоречием между финальным текстом соглашения о предоставлении синдикатом возобновляемой кредитной линии и предшествующей документацией по сделке, а именно между протоколом о намерениях и перепиской банка-организатора с банками-кредиторами. Суть спора состояла в том, что банки-кредиторы с долей участия в синдикате около 10 % (далее – миноритарные банки) первоначально выдвигали требование о единогласном одобрении любых изменений, включая новацию, соглашения синдицированного кредитования. Такое требование содержалось первоначально также в протоколе о намерениях между заемщиком и банком-организатором, но в подписанный представителями указанных банков экземпляр кредитного соглашения было включено условие об одобрении новации квалифицированным (66,66 %) большинством банков-кредиторов (далее – мажоритарные банки). Через год после заключения кредитного соглашения мажоритарные банки одобрили изменение усло-

⁴⁴ *Bear Stearns Bank Plc v. Forum Global Equity Ltd* [2007] EWHC 1576 (Comm) (05 July 2007), доступно на сайте: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2007/1576.html>

⁴⁵ *Chartbrook Ltd v. Persimmon Homes Ltd & Ors* [2009] UKHL 38 (1 July 2009), доступно на сайте: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2009/38.html>

вий предоставления кредита в части требований к финансовым показателям заемщика. Миноритарные банки по дали в суд иск о ректификации (исправлении) кредитного соглашения, и суд, включая апелляционную инстанцию, удовлетворил их требования. Однако палата лордов не согласилась с выводами нижестоящих судов и отказала миноритарным банкам в иске, поскольку, по ее мнению, был безосновательно не применен принцип стабильности договора и необходимости его толкования на основе принципа «четырёх стен». Палата лордов посчитала, что истцы не доказали, что ошибка носила технический характер или была откровенно очевидной (*fair on its face*). Решение палаты лордов направлено на более тщательную юридическую проверку документов по сделке синдицированного кредитования.

Еще одним делом, которое существенно повлияло на практику подготовки документации по синдицированному кредитованию, является дело *Raiffeisen Zentralbank Osterreich AG* против *The Royal Bank of Scotland Plc* (2010 г.)⁴⁶. Истец (один из банков-кредиторов) обратился в английский суд с деликтным иском о намеренном введении в заблуждение ответчиком, который выступал организатором предоставления синдицированного кредита в форме невозобновляемой кредитной линии, относительно финансовых показателей и коммерческой деятельности заемщика. Основанием для намеренного введения в заблуждение истец считал недостоверность информации, указанной в бухгалтерской отчетности заемщика, приложенной к соглашению синдицированного кредитования. В самом соглашении содержалось заверение ответчика о том, что «бухгалтерская отчетность, приложенная к настоящему соглашению, является подлинной бухгалтерской отчетностью заемщика». Суд установил, что бухгалтерская отчетность, представленная заемщиком банку-организатору, изначально содержала сведения, не соответствующие действительности, и банк-организатор не провел тщательной проверки деятельности заемщика. Однако суд отказал истцу в иске, указав, что ответчик не гарантировал «точность или полноту информации, указанной в бухгалтерской отчетности» заемщика. Следовательно, у истца отсутствует право на иск. Принятие данного судебного решения косвенно способствовало введению соответствующего заверения в стандартные формы соглашений синдицированного кредитования.

Важные вопросы передачи прав из соглашения синдицированного кредитования были рассмотрены в деле *Helmsley Acceptances Ltd* против *Lambert Smith Hampton Group Ltd* (2010 г.)⁴⁷. В данном деле рассматривалось право кредитора по соглашению синдицированного кредитования взыскать убытки с оценщика недвижимого имущества, предоставленного в качестве обеспечения по кредиту в форме гарантированной кредитной линии. Между истцом и оценщиком был заключен договор об оценке обеспечения, в рамках которого оценщик был проинформирован о планируемой передаче кредитором своих прав из соглашения синдицированного кредитования новым участникам синдиката. Оценщик представил истцу отчет с указанием на ответственность за его достоверность только перед клиентом – истцом. В последующем истец передал часть своих прав из соглашения синдицированного кредитования другим банкам, после чего заемщик не исполнил свои обязательства и участники синдиката обратили взыскание на заложенное имущество, стоимость которого оказалась существенно ниже оценочной стоимости. Истец предъявил к оценщику иск о взыскании убытков всех участников синдиката. Суд первой инстанции отказал истцу в иске без проведения слушания (*summary judgment*), однако апелляционный суд отменил данное решение и отправил его на новое рассмотрение. Суд признал, что истец сохранил за собой право предъявлять иск к ответчику о воз-

⁴⁶ *Raiffeisen Zentralbank Osterreich AG v. The Royal Bank of Scotland Plc* [2010] EWHC 1392 (Comm) (11 June 2010), доступно на сайте: URL: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2010/1392.html>

⁴⁷ *Helmsley Acceptances Ltd v. Hampton* [2010] EWCA Civ 356 (11 March 2010), доступно на сайте: URL: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2010/356.html>

мещении всех убытков синдиката, а не только своей доли, с последующим обязательством передать другим участникам синдиката взысканные суммы.

Условия договора соглашения синдицированного кредитования стали предметом рассмотрения в деле *Strategic Value Master Fund Ltd* против *Ideal Standard International Acquisition S.a.r.l.* и др. (2011 г.)⁴⁸. В данном деле иск был предъявлен миноритарным банком к мажоритарным банкам. Суть дела состояла в том, что после нарушения заемщиком своих обязательств истцы сначала отправили заемщику уведомление о нарушении им своих финансовых обязательств и требование о досрочном возврате кредита, а через несколько дней отозвали свои уведомления и требования, заявив, что не считают нарушение состоявшимся. Соглашение синдицированного кредитования предусматривало, что отказ банков-кредиторов от своих прав по соглашению производится решением квалифицированного большинства банков-кредиторов, в то время как изменение любого из положений соглашения должно быть в обязательном порядке одобрено всеми банками-кредиторами единогласно. Миноритарный банк квалифицировал первоначальное осуществление ответчиками своих прав на уведомление заемщика и предъявление ему требований и последующий отказ от их осуществления как изменение условий соглашения, которое такого порядка не предусматривало. Суд решил, что отказ от права действителен как до, так и после осуществления права. Следовательно, отказ ответчиков от требований к заемщику, являясь отказом от права, должен быть одобрен квалифицированным большинством голосов банков-кредиторов.

Рассмотрим далее содержание некоторых условий соглашений синдицированного кредитования.

1. заверения и гарантии (representations and warranties). Данный раздел в соглашении синдицированного кредитования создает необходимые юридические предпосылки для предоставления синдицированного кредита заемщику. Заверения и гарантии следует отличать от условий кредитного соглашения, предусматривающих требования к заемщику по исполнению кредитного соглашения и действующих до возврата всех причитающихся сумм⁴⁹.

В теории заверения и гарантии подразделяются на юридические и коммерческие⁵⁰.

К юридическим относятся заверения и гарантии:

- юридического статуса заемщика (гарантии надлежащей инкорпорации);
- корпоративных полномочий заемщика;
- надлежащего исполнения обязательств заемщиком;
- соблюдения требований валютного регулирования;
- соблюдения всех регистрационных требований;
- непротиворечия кредитного договора иным обязательствам заемщика;

• правового титула на имущество заемщика;

• отсутствия налоговых задолженностей, обязательств по иностранным судебным решениям, иммунитета и пр.

К коммерческим относятся заверения и гарантии:

- отсутствия судебных разбирательств (существующих или будущих);
- достоверности бухгалтерской отчетности заемщика на последнюю отчетную дату;
- достоверности информационного меморандума, включая упущения по неосторожно-

сти;

⁴⁸ *Strategic Value Master Fund Ltd v. Ideal Standard International Acquisition SARL & Ors* [2011] EWHC 171 (Ch) (04 February 2011), доступно на сайте: URL: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2011/171.html>

⁴⁹ *Tennekoon Ravi C.* The Law and Regulation of International Finance. London. Butterworth&Co (Publishers) Ltd 1994. P. 71.

⁵⁰ *Wood Phillip R.* Law and Practice of International Finance. International Loans, Bonds, Guarantees, Legal opinions. Second Edition. London: Sweet&Maxwell, 2007. P. 65.

- отсутствия существенных изменений в финансовой структуре заемщика с момента составления бухгалтерской отчетности на последнюю отчетную дату;
- отсутствия неисполнения обязательств по иным договорам заемщика.

В отдельных договорах данные перечни могут дополняться более обширными гарантиями в отношении, например, страхования, правовых титулов, прав интеллектуальной собственности, структуры группы заемщика.

На практике заверения и гарантии подразделяются на две группы. Первая группа включает в себя заверения и гарантии, практически полностью совпадающие с предварительными условиями договора. Такими условиями могут служить подтверждения юридического статуса заемщика и его правоспособности заключать кредитное соглашение, а также подтверждения получения всех необходимых разрешений (корпоративных и государственных, если требуются) на заключение такого соглашения. Заемщик также должен заверить кредиторов в том, что исполнение обязательств по соглашению синдицированного кредитования не нарушит положений учредительных документов заемщика – юридического лица, применимого законодательства, включая корпоративное и валютное, или договора, стороной по которому является заемщик. Если заверения и гарантии данной группы нарушаются, то синдикат вправе:

- прекратить соглашение синдицированного кредитования и потребовать немедленного возврата всех полученных по нему сумм;
- предъявить к заемщику иск о взыскании убытков по общему праву за умышленное или неосторожное искажение фактов в случаях, когда нарушение заверений или гарантий приводит к недействительности кредитного соглашения в целом⁵¹.

Вторая группа заверений и гарантий относится к финансовому и деловому состоянию заемщика. Как правило, синдикат получает необходимую информацию о финансовом состоянии заемщика до заключения кредитного соглашения, в связи с чем заемщик в соглашении заверяет и гарантирует точность и достоверность уже предоставленной финансовой информации. Заемщик обязан заверить кредиторов в том, что в отношении него отсутствуют какие-либо судебные разбирательства, могущие существенным образом повлиять на его финансовое состояние. Кроме того, заемщик обязан гарантировать отсутствие задолженности по другим действующим соглашениям. Заемщик также обязан предоставить информацию о правах на имущество для юридической проверки синдикатом, которая может быть международной при наличии имущества заемщика в нескольких государствах. Если заверения и гарантии данной группы нарушаются, то синдикат вправе прекратить соглашение синдицированного кредитования и потребовать немедленного возврата всех полученных по нему сумм, если такое нарушение квалифицируется в соглашении как случай неисполнения обязательств заемщика. Таким образом, использование слова *warranty* в отношении данных обязательств может ввести в заблуждение, так как нарушение гарантии по английскому праву предоставляет только право взыскать убытки, но не расторгнуть договор. Однако на практике эта ситуация решается иначе, поскольку основной задачей включения заверений и гарантий в текст самого кредитного соглашения является стремление кредиторов обезопасить себя от несостоятельности заемщика, предвидеть и устранить проблемы в будущем⁵².

Соглашения синдицированного кредитования часто содержат «вечную гарантию» (*evergreen warranty*) о принятии заемщиком на себя риска существенных изменений юридического характера, таких как изменение законодательства, действия государства. Если по какой-либо причине синдикатом не были получены от заемщика заверения и гарантии,

⁵¹ Tennekoorn Ravi C. The Law and Regulation of International Finance. London: Butterworth&Co (Publishers) Ltd 1994. P. 72.

⁵² Wood Phillip R. Law and Practice of International Finance. International Loans, Bonds, Guarantees, Legal opinions. Second Edition. London: Sweet&Maxwell, 2007. P. 66.

то по английскому праву применяются общие положения договорного права об ответственности за предоставление недостоверной информации.

2. отказ от иммунитета (waiver of immunity). Развитие концепции иммунитета от абсолютного к ограниченному (функциональному) иммунитету⁵³ связано с активным участием государств во внешнеторговом обороте и применительно к международным кредитным соглашениям приводит к включению в них специальных оговорок об отказе суверенных заемщиков от иммунитета по получаемым кредитам. Оговорка об отказе от иммунитета имеет следующие цели: во-первых, устранение юрисдикционного риска (типовая оговорка включает отказ от иммунитета в любой юрисдикции, в которой может возникнуть спор, вытекающий из кредитного соглашения); во-вторых, риска утраты обеспечения (отказ от любого иммунитета в отношении собственности суверенного государства при осуществлении обеспечительных и принудительных мер); в-третьих, обеспечение доказательств коммерческого характера отношений между кредиторами и суверенным заемщиком⁵⁴. В целом отказ от иммунитета служит дополнительной гарантией исполнимости обязательств сторон по соглашению синдицированного кредитования.

На практике оговорка об отказе от иммунитета включается и в кредитные соглашения без участия государства. Это может происходить по следующим причинам:

- государство имеет или может получить косвенный контроль над активами одной из сторон;
- возможна передача в будущем обязательств заемщика третьим лицам с государственным контролем;
- возможна национализация имущества одной из сторон кредитного соглашения либо самой стороны. Так, мексиканские банки после своей национализации ссылались в судах США на иммунитет государства в качестве аргумента защиты по требованиям об исполнении обязательств, принятых данными банками до национализации⁵⁵.

3. обязательства банка-агента. Обязательства банка-агента подчинены интересам банков-кредиторов, что подчеркивается следующими условиями соглашения синдицированного кредитования:

- банк-агент действует в качестве представителя банков-кредиторов, полномочия банка-агента носят административный характер;
- банк-агент действует согласно инструкциям банков-кредиторов и на основании решения мажоритарных банков. Кредитное соглашение может предусматривать право банка-агента не учитывать голоса банка-кредитора при неполучении от него ответа в течение определенного кредитным соглашением периода времени⁵⁶;
- ответственность банка-агента перед банками-кредиторами является ограниченной случаями умысла или грубой неосторожности. Банк-агент не несет ответственности за любое действие или бездействие, которое возникло в результате соблюдения инструкций банков-кредиторов. Банк-агент имеет право на получение от банков-кредиторов (пропорционально их долям) возмещения убытков, возникших в связи с привлечением банка-агента к ответственности третьими лицами при исполнении им своих обязательств;
- банк-агент не вправе действовать от имени синдиката в рамках любого судебного или арбитражного разбирательства без предварительного согласия банков-кредиторов.

⁵³ Луиц Л. А. Международное частное право. Особенная часть. М.: Юрид. литература, 1975. С. 79.

⁵⁴ Lee C. Buchheit. How to negotiate Eurocurrency Loan Agreements. London: Euromoney Publication Plc. 2000. P. 144.

⁵⁵ Callejo v. Bancomer, 724 F. 2d 1101 (5th Cir., 1985).

⁵⁶ Так называемый механизм «промедли и потерей» (*snooze and loose*). См.: Заливако А. Л. Структурирование отношений сторон в рамках договора синдицированного кредитования // Банковское кредитование. 2011. № 3 (37).

В зависимости от условий кредитного соглашения оказание банком-агентом банковских услуг заемщику может допускаться без ограничений, с согласия банков-кредиторов, при отсутствии конфликта интересов, допускаться с ограничениями либо запрещаться.

Банк-агент исполняет свои обязательства на возмездной основе. Информация о комиссиях банка-агента включается в письмо о вознаграждении. Кроме общего агентского вознаграждения банк-агент также может получать вознаграждение за время управления синдицированным кредитом (*agent's management time fee*) и вознаграждение при передаче (уступке) прав по кредиту (*transfer (assignment fee)*)⁵⁷.

Основными обязательствами банка-агента являются получение от банков-кредиторов их долей в синдицированном кредите, аккумулирование и перевод суммы кредита заемщику, получение возвращаемых сумм кредита от заемщика и перевод банкам-кредиторам пропорционально их долям. В рамках данных обязательств:

- банк-агент вправе требовать от заемщика возврата любых средств, которые банк-агент перевел заемщику, но не получил от банков-кредиторов (*claw back clause*)⁵⁸;
- заемщик вправе требовать от банков-кредиторов предоставления кредита при неисполнении банком-агентом своих обязательств по переводу денежных средств заемщику;
- банки-кредиторы не вправе требовать от заемщика возврата сумм по кредиту при их переводе банку-агенту и его неспособности осуществить перевод денежных средств банкам-кредиторам.

К другим обязательствам банка-агента можно отнести:

- подтверждение банкам-кредиторам выполнения заемщиком предварительных условий кредитного соглашения;
- информационное взаимодействие с заемщиком и банками-кредиторами посредством получения от заемщика запросов, уведомлений, документов и иной информации и их направления банкам-кредиторам, а также наоборот. Банк-агент обеспечивает единство информации, гарантируя каждому банку-кредитору предоставление равного объема информации с другими банками-кредиторами. За пределами требований общей заботливости и норм законодательства о введении в заблуждение банк-агент вправе полагаться на получаемую информацию, не обязан ее проверять (а при проверке имеет право на возмещение связанных с этим расходов), не отвечает за достоверность и полноту информации, о чем в кредитное соглашение включаются соответствующие оговорки⁵⁹;
- осуществление контроля за соблюдением сроков предоставления и возврата кредита, определения размеров траншей, процентной ставки (если она плавающая) и размеров процентных выплат;
- осуществление мониторинга исполнения заемщиком своих обязательств по кредитному соглашению;
- получение согласия и решений банков-кредиторов в случаях, предусмотренных кредитным соглашением;
- уведомление банков-кредиторов о возможном неисполнении заемщиком своих обязательств и требование от заемщика досрочного возврата кредита по решению мажоритарных банков;

⁵⁷ Буркова А. Ю. Роль и значение агента при синдицированном кредитовании // Кредитный процесс. 2009. № 3 (25).

⁵⁸ Ранних Н. А. Роль лид-менеджера в процессе синдицированного кредитования // Международные банковские операции. 2005. № 5. Октябрь.

⁵⁹ Там же.

- организацию взаимодействия с заемщиком и банками-кредиторами в случае неисполнения заемщиком своих обязательств.

В синдицированном кредитном соглашении важным является порядок замены банка-агента при неисполнении им своих обязательств (*impaired agent*), который будет проанализирован на основе рекомендуемых положений документации *LMA*. Банк-агент признается неисполнившим свои обязательства в случаях неосуществления перевода денежных средств в соответствии с кредитным соглашением, отказа от исполнения своих обязательств, а также в случае несостоятельности⁶⁰. В этих случаях банки-кредиторы вправе после проведения консультаций с заемщиком осуществить замену банка-агента, взаимодействуя до этого момента непосредственно. Банк-агент считается освобожденным от своих обязанностей в момент получения соответствующего извещения банков-кредиторов.

4. случаи неисполнения обязательств (events of default). Соглашение синдицированного кредитования обычно содержит детальное описание случаев неисполнения (*events of default*), включая:

- неуплату в срок процентов или невозврат в срок основной суммы кредита;
- нарушение любого из условий (*covenants*) кредитного договора;
- нарушение любого заверения или гарантии;
- распоряжение активами в нарушение условий кредитного соглашения, причинение ущерба имуществу заемщика (гаранта), обращение принудительного взыскания на данное имущество;
- принятие заемщиком (гарантом) решения о добровольной реорганизации или ликвидации;
- несостоятельность (банкротство) заемщика (гаранта).

При наступлении случаев неисполнения банки-кредиторы получают безусловное (без необходимости оценки существенности нарушения) право требовать от заемщика досрочного возврата кредита (*acceleration*)⁶¹. Однако следует учитывать, что для банков-кредиторов реализация данного права влечет за собой наступление случаев неисполнения по другим соглашениям (*cross-default*), в связи с чем от заемщика, как правило, сначала требуется исправить (*remedy*) финансовое положение. Если неисполнение заемщиком своих обязательств имеет место в результате сознательных неправомерных действий (*fraudulent trading*) руководства заемщика, соответствующие должностные лица могут быть привлечены к персональной ответственности (допускается английским правом)⁶².

2.6.3. Правовые аспекты проектного финансирования.

Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников

Проектное финансирование является одним из широко используемых в банковской практике, в том числе международной, способом привлечения капитала из частных источни-

⁶⁰ Заливако А. Л. Риск дефолта финансовых сторон в синдицированном кредитовании // Банковское кредитование. 2010. № 5 (33).

⁶¹ Наличие у банка-кредитора такого права признается в юридической литературе важным фактором в пользу выбора английского права для подчинения ему соглашений синдицированного кредитования. См.: Tennekoon Ravi C. The Law and Regulation of International Finance. London: Butterworth&Co (Publishers) Ltd 1994. P. 98.

⁶² Wood Phillip R. Law and Practice of International Finance. International Loans, Bonds, Guarantees, Legal opinions. Second Edition. London: Sweet&Maxwell, 2007. P. 102.

ков. Активное развитие инфраструктуры экономик развивающихся стран (транспорт, энергетика, связь и телекоммуникации) потребовало расширения инструментов финансирования⁶³. Поскольку финансирование инфраструктурных проектов посредством стандартного банковского кредитования и размещения ценных бумаг на международных финансовых рынках возможно далеко не во всех случаях (в силу политической и экономической нестабильности кредитные риски оцениваются банками и инвесторами как неприемлемые), проектное финансирование позволяет кредиторам, с одной стороны, обеспечить получение большей прибыли (при большем риске), с другой стороны, эффективно управлять рисками через контроль над реализацией инвестиционного проекта.

На риски проектного финансирования существенным образом влияет законодательная среда государства, в котором реализуется инвестиционный проект. Возможность использования в качестве модели единообразных принципов правового регулирования, обеспечивающих баланс между стремлением облегчить частное финансирование проектов и интересами принимающего государства, значительно облегчает развитие национальных законодательств по вопросам проектного финансирования. Этой цели в полной мере отвечает Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников (далее – Руководство), принятое 29 июня 2000 г.⁶⁴ Руководство затрагивает правовые аспекты финансирования инфраструктурных проектов и их реализации, включая процедуры выбора концессионера, условия проектного соглашения, порядок его заключения, продления и прекращения, урегулирование споров. Далее будут рассмотрены только вопросы проектного финансирования, раскрываемые в Руководстве.

1. Концепция проектного финансирования. Крупномасштабные проекты, связанные с сооружением новых объектов инфраструктуры, часто осуществляются специально создаваемыми для этой цели инициаторами проекта проектными компаниями. Проектная компания становится получателем денежных средств банков и иных кредиторов на осуществление проекта. Поскольку у проектной компании отсутствует кредитная история, предпочтение отдается проектному финансированию, при котором основным источником возврата предоставленных кредиторами денежных средств будут являться оборотные средства проектной компании и поступления от реализации производимой продукции. Других источников не существует, либо они покрывают только конкретные риски. В связи с этим активы и доходы проекта, а также связанные с проектом права и обязанности оцениваются на не зависимой основе и между ними и активами акционеров проектной компании проводится четкое разграничение⁶⁵.

Получив денежные средства от кредиторов, проектная компания финансирует подрядчиков, которые осуществляют строительство объектов инфраструктуры, заключает операторские соглашения, а также соглашения с покупателями производимой продукции.

2. риски проектного финансирования. В рамках проектного финансирования проектные компании, инициаторы проектов, кредиторы сталкиваются с различными рисками:

- коммерческими рисками – неполучение планируемых денежных поступлений по проекту в силу неправильной оценки конъюнктуры, потенциального спроса на продукцию и других рыночных факторов;
- рисками незавершения проекта – невозможность реализации проекта в планируемый срок;

⁶³ *Glinavos Ioannis*. An Introduction to International Factoring & Project Finance // Law and Finance in International Trade // University of Kent (2002). P. 17.

⁶⁴ URL: http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2001Guide_PFI.html

⁶⁵ Пункт 54 Руководства. С. 18.

- **страновыми рисками** – неблагоприятное изменение политической и экономической ситуации в государстве, в котором реализуется инвестиционный проект, а также изменение законодательства;

- **правовыми рисками** – несоблюдение или ненадлежащее соблюдение требований законодательства, применимого при реализации инвестиционного проекта, неполучение необходимых лицензий и разрешений или несоблюдение лицензионных требований (имеет существенное значение при реализации проектов в сфере природных ресурсов)⁶⁶, возбуждение судебных исков, предъявление претензий государственными органами.

В целях минимизации описанных рисков могут приниматься различные меры, включая привлечение опытных консультантов для своевременного обнаружения рисков. страхование инвестиций с участием специализированных агентств или банков, заключение концессионных соглашений с принимающими государствами, использование стабилизационных оговорок, секьюритизацию активов, оформление отношений доверительной собственности⁶⁷.

При привлечении финансирования инициаторы проекта заинтересованы в заключении проектных соглашений на условиях отсутствия у них права регресса к инициаторам проекта в случае невозврата проектной компанией предоставленных кредиторами денежных средств (безоборотное проектное финансирование). Интересам кредиторов отвечает включение в проектные соглашения оговорки о резервном (вторичном) обеспечении либо использовании средств инициаторов проекта, правительства, покупателей или других заинтересованных третьих сторон (ограниченное оборотное проектное финансирование)⁶⁸.

3. источники финансирования проектов в области инфраструктуры. Первичным источником финансирования деятельности проектной компании является ее капитал, образуемый за счет средств инициаторов проекта или других инвесторов. В то же время на долю такого капитала, как правило, приходится лишь определенная часть общих затрат по проекту. Для привлечения коммерческих ссуд или получения доступа к другим источникам финансирования инициаторы проекта и другие инвесторы вынуждены предоставлять кредиторам преимущественное право на получение выплат, принимая на себя наибольший финансовый риск. Значительный объем инвестиций в капитал проектной компании со стороны инициаторов проекта обычно приветствуется кредиторами и правительством, поскольку это позволяет снизить долю платежей по погашению задолженности и служит дополнительной гарантией заинтересованности проектной компании и инициаторов проекта в его осуществлении⁶⁹.

Основным вторичным источником средств для финансирования проектов обычно являются заемные средства. Такие средства можно получить на финансовом рынке в форме ссуд, предоставляемых проектной компании национальными или иностранными банками, с начислением процентов по плавающей процентной ставке (влияет на срок погашения кредита, который может быть короче срока осуществления проекта) или фиксированной процентной ставке (влияет на размер процентов, который может оказаться выше рыночного при снижении плавающих процентных ставок). Коммерческие ссуды обычно предоставляются кредиторами при условии, что их погашение будет производиться в первоочередном порядке по отношению к оплате любых других обязательств заемщика. И поэтому коммерческие ссуды именуются обычно «несубординированными» или «первостепенными»⁷⁰. Ссуды, предоставляемые без такого условия, именуются «субординированными» или «мезанинными». Выплаты по субординированным ссудам предшествуют выплатам инициаторам проекта, но имеют более

⁶⁶ Mills S. Project Financing of Oil and Gas Field Developments; The Banker's view, 1994 // JIBL 9 (8). P. 310.

⁶⁷ Glinavos I. An Introduction to International Factoring & Project Finance // Law and Finance in International Trade // University of Kent (2002). P. 23–24.

⁶⁸ Пункт 55 Руководства. С. 18.

⁶⁹ Пункт 57 Руководства. С. 19.

⁷⁰ Пункт 58 Руководства. С. 19–20.

низкий статус по сравнению с первостепенными ссудами. Субординация может быть общей, когда в кредитном соглашении предусматривается более низкий статус по сравнению с любой первостепенной задолженностью, или специальной, когда в кредитном соглашении определяются те виды задолженности, по отношению к которым ссуда является субординированной. Субординированные ссуды зачастую предоставляются по фиксированным ставкам, которые обычно выше ставок по первоначальной задолженности. Дополнительно к субординации или в качестве альтернативы ей инициаторами проекта может быть предоставлена кредиторам возможность прямого участия в прибылях в результате эмиссии привилегированных или конвертируемых ценных бумаг, в том числе с подпиской на акции проектной компании по преференциальным ценам⁷¹.

Часто финансирование проектов в области инфраструктуры предполагает объединение средств частных кредиторов и государства в рамках частно-государственного партнерства. Источником публичных средств могут быть доходы правительства или суверенные займы. Средства государства могут использоваться в качестве источника капитала проектной компании, для обеспечения ее операционной деятельности или иным образом⁷².

По мере накопления опыта в реализации проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, расширяется использование рынков капитала. Средства могут быть мобилизованы путем публичного или частного размещения ценных бумаг проектной компании. Препятствием для публичного предложения акций недавно созданной проектной компании могут являться правила листинга биржи, требующие от эмитента деятельности в течение определенного минимального срока. В связи с этим предпочтительным вариантом может быть размещение облигаций под гарантии инициаторов проекта либо обеспеченных залогом, удержанием имущества проектной компании (при наличии)⁷³.

При частном размещении ценных бумаг проектной компании в роли заинтересованных инвесторов могут выступать инвестиционные фонды, страховые компании, пенсионные фонды и другие институциональные инвесторы, располагающие крупными денежными суммами для долгосрочных инвестиций. Основными причинами, побуждающими такие учреждения идти на риск, связанный с предоставлением капитала для проектов в области инфраструктуры, являются перспективы получения вознаграждения, а также заинтересованность в диверсификации инвестиций⁷⁴.

Еще одним источником привлечения денежных средств является исламское финансирование. Учитывая запрет в исламском праве на взимание процентов или получение заранее определенного дохода, исламские банки практикуют сделки проектного финансирования в форме партнерства с участием в прибылях (в размере, предусмотренном соглашением) и убытках (соразмерно долям участия) с правом банка по управлению проектом (мушарака)⁷⁵ или без такого права (мудараба)⁷⁶.

Важную роль в качестве источников ссуд, гарантий для проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, могут играть международные финансовые учреждения (Всемирный банк, Международная финансовая корпорация, европейский банк реконструкции и развития, другие региональные банки развития) и экспортно-импортные агентства. Некоторые из таких учреждений реализуют специальные программы кредитования,

⁷¹ Пункт 59 Руководства. С. 20.

⁷² Пункт 67 Руководства. С. 22.

⁷³ Пункт 62 Руководства. С. 21.

⁷⁴ Пункт 60 Руководства. С. 20.

⁷⁵ Вклады участников и соответственно права по распоряжению имуществом проектной компании могут быть равными (муфавада) или различными (айнан).

⁷⁶ Банк в рамках такого финансирования предоставляет денежные средства, клиент банка (доверенный партнер, или мудариб) осуществляет организацию и управление проектом.

в соответствии с которыми они приобретают статус единственного «официального кредитора» или «преференциального кредитора» по проекту с правом привлечения в синдикат других кредиторов и действия от их имени в отношениях с проектной компанией. Некоторые учреждения могут предоставлять средства опосредованно через специализированные инвестиционные фонды. Наконец, международные финансовые учреждения и экспортно-импортные агентства могут предоставлять гарантии от рисков, что может облегчить задачу проектной компании по привлечению средств для реализации проекта⁷⁷.

2.6.4. кредиты иностранным государствам и правовые аспекты разрешения кризиса внешней задолженности

При классификации международных кредитных сделок в особую категорию выделяют 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 качестве заемщика (по международным кредитам, облигационным займам) или в качестве гаранта.

Говоря о кредитах иностранным государствам, мы будем иметь в виду только международные кредиты, предоставляемые в денежной форме (иностранной валюте), в которых банк-кредитор расположен за пределами государства-заемщика.

Кредиты иностранным государствам можно подразделить в зависимости:

- от степени вовлеченности государства в международную кредитную сделку:
 - на предоставляемые иностранному государству как таковому,
 - предоставляемые административно-территориальным единицам иностранного государства,
 - предоставляемые юридическим лицам (в том числе центральным банкам), находящимся в государственной собственности;
- характера получения и цели использования:
 - получаемые на основании государственных полномочий (*jure imperii*) и используемые для публичных нужд,
 - получаемые на основании гражданской правоспособности (*jure gestionis*) и используемые в целях извлечения прибыли;
- правового статуса банка-кредитора:
 - на предоставляемые частными банками или их синдикатами,
 - 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:

⁷⁷ Пункт 65 Руководства. С. 21–22.

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. Также касается 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, кросс-дефолт (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 местонахождения 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*)⁷⁸, 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, включая последний греческий, 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

⁷⁸ 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.

в связи с недостаточностью активов в валюте платежа⁷⁹. 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:

- 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-заемщика⁸⁰. По мнению Ф. Джанвити, внешний долг (*external debt*) – долг, подлежащий уплате в иностранной валюте⁸¹, при этом местонахождение сторон и валюта платежа не обязательно должны быть связаны. Можно встретить также упоминание о «международном долге» (*international debt*)⁸², 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.

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*) как юридические формы, используемые для разрешения кризиса внешней задолженности.

1. Переговоры с иностранным государством. 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 государств⁸³. 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 клубом⁸⁴.

2. Реструктуризация внешней задолженности. Остается наиболее популярным и часто используемым способом разрешения кризиса внешней задолженности, заключающимся в изменении условий возврата предоставленных государству-заемщику кредитов. Реструктуризация внешней задолженности включает в себя следующие этапы:

⁷⁹ Иногда говорят также о кризисе государственной ликвидности (*sovereign liquidity crisis*).

⁸⁰ International Financial Law. Op. cit. P. 94.

⁸¹ Current Legal Issues Affecting Central Banks, International Monetary Fund. Washington, 1998. P. 311.

⁸² Current Legal Issues Affecting Central Banks. Op. cit. P. 339.

⁸³ Лондонский клуб был создан в 1976 г. для разрешения кризиса внешней задолженности Демократической Республики Конго.

⁸⁴ 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.

- установление перечня и размера обязательств, образующих внешнюю задолженность (*eligible debt*);
- консолидацию и дифференциацию обязательств;
- согласование нового графика платежей;
- согласование условий соглашения о реструктуризации (*rescheduling agreement*);
- обеспечение промежуточного финансирования (*interim financing*).

3. 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 секьюритизацией⁸⁵. В рамках данной инициативы, получившей наименование «схема Бреди», было достигнуто уменьшение задолженности Бразилии, Чили, Мексики, Филиппин и Венесуэлы. Особенность схемы – принятие государством-заемщиком на себя обязательства не вступать в переговоры с кредиторами, не согласными 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.

4. Своп внешней задолженности⁸⁶. 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).

2.6.5. Международные аспекты обеспечения кредитных сделок

В настоящее время на международном уровне проделана значительная работа по гармонизации регулирования обеспечительных сделок (*secured transactions*)⁸⁷ на основе концепции «обеспечительного интереса» (*secured interest*), позволяющей преодолеть ограничения, присущие институту залога, и охватить все разнообразие целей и предметов обеспечения, что особенно важно для кредитных сделок.

В качестве международных источников правового регулирования обеспечения кредитных сделок⁸⁸ можно отметить Международную конвенцию «О морских залогах и ипотеках» 1993 г.⁸⁹ (далее – жене́вская конвенция), Типовой закон ЕБРР «Об обеспечительных сделках» 1994 г., Основные принципы законодательства об обеспечительных сделках Организации

⁸⁵ Облигации, названные в честь Бреди – Brady bonds (cash buybacks, discount bonds, par bonds).

⁸⁶ Более подробно см.: Bird Graham. 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.

⁸⁷ В наиболее чистом виде обеспечительные сделки регулируются правом США в разделе 9 ЕТК США. его особенностью является открытый перечень видов обеспечительных сделок (ст. 9–102). Раздел 9 ввел понятие «обеспечительное соглашение», которое может применяться к залого, условной продаже и цессии (ст. 9–105). При этом решающее значение имеет не форма соглашения, а намерение сторон создать обеспечительный интерес.

⁸⁸ Вопросы обеспечения сделок на международных финансовых рынках с использованием соглашений финансового обеспечения будут рассмотрены в следующей главе.

⁸⁹ Российская Федерация присоединилась к данной Конвенции Федеральным законом от 17 декабря 1998 г. № 184-ФЗ.

по унификации коммерческого права Африки 1997 г., Нью-Йоркскую конвенцию «Об уступке дебиторской задолженности в международной торговле» 2001 г. (далее – Конвенция 2001 г.), Кейптаунскую конвенцию «О международных гарантиях в отношении подвижного оборудования» 2001 г. (далее – Кейптаунская конвенция)⁹⁰, Межамериканский типовый закон об обеспечительных сделках 2002 г. и Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспечительным сделкам 2007 г.

Существующие международные подходы преследуют следующие цели;

1) содействие развитию обеспеченного кредитования. Большинство документов имеют предметом своего регулирования кредитные сделки или сделки с возникновением кредитных обязательств;

2) расширение перечня используемых активов в качестве предмета обеспечения. Принятые документы разрешают использовать существующие и будущие активы для обеспечения исполнения существующих, будущих, условных, денежных и иных обязательств в отношениях между широким кругом должников и кредиторов;

3) упрощение процедур создания и реализации обеспечительного интереса. Большинство разработанных документов исходят из применения единого метода создания обеспечительных прав вместо многообразия механизмов обеспечения для различных категорий обремененных активов и разрешения создавать обеспечительные права в отношении будущих активов;

4) гарантия равного статуса различных видов кредиторов (банки, иные финансовые учреждения, внутренние и иностранные кредиторы) и различных форм обеспечительных сделок (кредитные соглашения, обеспечительные уступки, соглашения о контроле над финансовыми активами и т. п.);

5) создание механизмов признания действительности непосessorных обеспечительных прав и установление ясных, предсказуемых правил приоритетности. Принятые документы рекомендуют использование публичных механизмов уведомления третьих лиц о наличии у кредитора прав в отношении обеспечения и приоритетности прав кредитора, например, путем регистрации уведомлений об обеспечительных правах;

6) согласованность норм законодательства об обеспечительных сделках и норм законодательства о несостоятельности. Принятые документы исходят из необходимости признания юридической силы и приоритета обеспечительных прав, возникших до наступления несостоятельности, с обеспечением прав различных категорий кредиторов;

7) широкая диспозитивность. Принятые документы исходят из установления рамочных правил с возможностью для сторон изменять и дополнять их в договорах. Вместе с тем диспозитивность не должна приводить к нарушению прав потребителей и законных интересов третьих лиц.

Важным элементом международных подходов к регулированию обеспечительных сделок является регистрация обеспечительного интереса кредитора в целях публичного установления его приоритета перед правами третьих лиц. Примеры такой регистрации содержатся в Женевской и Кейптаунской конвенциях⁹¹.

Согласно Женевской конвенции, регистрация ипотеки и обременения необходима для их признания, принудительного осуществления и производится в соответствии с законодательством государства, в котором зарегистрировано судно⁹². Вместе с тем использование коллизионного метода регулирования не позволяет в достаточной мере обеспечить защиту прав международных кредиторов, в первую очередь банков. Кейптаунская конвенция основывается в этой

⁹⁰ Российская Федерация присоединилась к данной Конвенции Федеральным законом от 23 декабря 2010 г. № 361-ФЗ.

⁹¹ Лазарева Т.П. Международно-правовое регулирование обеспечительных сделок: Конвенция УНИДРУА о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования // журнал российского права. 2006. № 11. С. 85–95.

⁹² Аналогичный подход предусмотрен в Женевской конвенции о международном признании прав на воздушные суда 1948 г.

части на материально-правовых нормах, предусматривающих регистрацию международных гарантий в Международном регистре, с обеспечением кредитору различных способов защиты его прав при неисполнении должником своих обязательств, а также приоритета прав на оборудование по отношению к другим кредиторам, включая случай банкротства должника⁹³.

Анализ был бы неполным без краткого рассмотрения востребованных в практике банков способов обеспечения международных кредитных сделок, предусматриваемых в международных кредитных соглашениях или соглашениях об обеспечении (как правило, подчинены английскому праву). Наиболее распространенным из указанных способов является залог, или обеспечительная уступка прав требования.

Соглашениями об обеспечении может предусматриваться установление «твердого обременения» (*fixed charge*) – без права заемщика распоряжаться предметом обеспечения (применяется также в отношении залога банковского счета в случае, если банк является кредитором) или «плавающего обременения» (*floating charge*) – с таким правом при условии замены на эквивалентное обеспечение. Также между банком и заемщиком может заключаться договор обеспечительной уступки прав требования, по которому банк получает право предъявлять требования к должникам заемщика (применяется также в отношении залога банковского счета в случае предоставления банку права осуществлять списание денежных средств со счетов третьих лиц при условии уведомления банка, в котором открыт счет).

При осуществлении международного проектного финансирования используются следующие специфические способы обеспечения обязательств заемщика:

1) уступка прав на поступления в пользу доверительного собственника. Данная форма обычно используется, если применимым правом допускается уступка прав в пользу нерезидентов, и заключается в уступке со стороны проектной компании-заемщика прав на поступления в ходе реализации инвестиционного проекта 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 собственника (который может открываться и за пределами государства, на территории которого реализуется инвестиционный проект) и служат обеспечением исполнения обязательств заемщика;

2) 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.

⁹³ При присоединении к Кейптаунской конвенции Российская Федерация сделала оговорку о том, что на ее территории определенные требования кредиторов в ходе процедур банкротства будут обладать приоритетом перед зарегистрированными в Международном регистре международными гарантиями.

2.7. Сделки международного факторинга и их регулирование нормами Оттавской и Нью-Йоркской конвенций

Факторинг является сделкой финансирования, при которой финансовый агент (фактор) предоставляет денежные средства клиенту под обеспечение в виде денежных требований клиента (продавца) к его должникам (покупателям). Кроме финансирования фактор может дополнительно предоставлять клиенту услуги по его защите от кредитных рисков (при финансировании без права регресса на клиента), ведению учета причитающихся сумм, взысканию дебиторской задолженности. Сходной с факторингом сделкой является дисконтирование счетов (*invoice discounting*), при котором финансовый агент несет обязательства только по финансированию в размере суммы поставок за согласованный период времени, тогда как при факторинге финансирование является одним из обязательств финансового агента и осуществляется по сумме каждой поставки.

Выделяют следующие виды факторинга в зависимости:

- от уведомления (неуведомления)⁹⁴ клиента об уступке денежного требования:
 - открытый факторинг (*disclosed factoring*),
 - закрытый факторинг (*undisclosed factoring*);
 - от права регресса в отношении клиента:
 - оборотный факторинг (*recourse factoring*),
 - безоборотный факторинг (*recourse factoring, full service factoring*);
 - наличия денежного требования в момент финансирования:
 - факторинг с авансовым платежом (финансирование будущих денежных требований),
 - факторинг со срочным платежом (финансирование существующих денежных требований).
- При международном факторинге стороны сделки имеют место нахождения в разных государствах. В практике применяются три основные модели международного факторинга:

1) прямой импортный факторинг – клиент-экспортер уступает право требования фактору в стране должника-импортера (импорт-фактор);

2) прямой экспортный факторинг – клиент-экспортер уступает право требования фактору, расположенному в той же стране, что и клиент (экспорт-фактор);

3) косвенный (двухфакторный) факторинг – экспорт-фактор переуступает импорт-фактору дебиторскую задолженность клиента-экспортера⁹⁵.

Международный факторинг – важный инструмент финансирования внешнеэкономической деятельности (общий объем сделок международного факторинга составил за 2009 г. 165 млрд евро)⁹⁶, который относится к сфере международного коммерческого финансирования (*international commercial finance*)⁹⁷, разновидностью которого в свою очередь является международное титульное финансирование (*international title finance*)⁹⁸. Наиболее активную роль

⁹⁴ Уведомление производится с помощью специальной надписи на счете-фактуре с указанием о полной уступке дебиторской задолженности фактору, который является единственным получателем средств.

⁹⁵ Лопатина Д.А. Международный факторинг как инструмент финансирования: основы правовой регламентации // Банковское право. 2009. № 1. С. 11–12; Покаместов И.Е. Факторинг для экспортеров и импортеров // Международные банковские операции. 2011. № 3. С. 64–78.

⁹⁶ По данным Международной ассоциации *Factors Chain International*.

⁹⁷ При коммерческом финансировании основное значение имеет не финансовое положение клиента, а его активы. Сделки кредитования под обеспечение активами (*Asset-based lending*) образуют самостоятельный вид кредитных сделок.

⁹⁸ К таким сделкам кроме международного факторинга относятся, в частности, международное проектное финансирование, трансграничная секьюритизация и международные сделки РЕПО (рассмотрены в соответствующих параграфах книги).

в сделках международного факторинга традиционно играют банки⁹⁹, хотя в качестве финансовых агентов могут выступать и специализированные финансовые организации.

Основным источником материально-правового регулирования сделок международного факторинга является Конвенция УНИДРУА «О международном факторинге» 1988 г. (далее – Оттавская конвенция), вступившая в силу в 1995 г. Россия в Оттавской конвенции не участвует, но эта конвенция может применяться в России в случае обращения к коллизионным нормам, отсылающим к праву государства-участника. Вторым источником будет являться (после вступления в силу) Нью-Йоркская конвенция «Об уступке дебиторской задолженности в международной торговле» 2001 г. (далее – Конвенция 2001 г.). В части коллизионного регулирования применяются в основном общие коллизионные нормы о праве, применимом к уступке требования, за исключением некоторых стран, где действуют специальные нормы (Россия, Армения).

Сделки (двухфакторные) международного факторинга регулируются Общими правилами для международного факторинга (*General Rules for International Factoring*, далее – *GRIF*), которые были совместно разработаны международными ассоциациями *Factors Chain International (FCI)* и *International Factors Group (IFG)*, но позднее каждая ассоциация вносила свои изменения в первоначальную версию правил¹⁰⁰. Договорным основанием отношений между факторами является Соглашение между факторами (*Inter Factor Agreement*)¹⁰¹, уступка требования оформляется, подтверждается, учитывается специальными документами (соответственно *Assignment Legend*, *Transfer Letter*, *Factor Information Sheet*)¹⁰², обмен информацией между факторами осуществляется в электронном виде через информационные системы *FCI* и *IFG* (использование регулируется соответственно *edifactoring.com Rules*, *IFexchange User Manual*).

Далее будет проведен сравнительный анализ (с выделением основных отличий) Оттавской и Нью-Йоркской конвенций, что полезно в теоретическом и практическом плане, затем будут рассмотрены основные положения *GRIF* (в ред. 2012 г.)¹⁰³.

В отличие от Оттавской конвенции Нью-Йоркская конвенция имеет более широкий предмет регулирования и охватывает уступки прав требования в рамках самых разных сделок, включая сделки финансирования, такие как факторинг и секьюритизация, проектное финансирование, синдицированное кредитование. Кроме того, Нью-Йоркская конвенция регулирует только уступку права требования, а не сам контракт, как Оттавская конвенция. При этом из сферы действия Нью-Йоркской конвенции исключаются некоторые сделки, которые в большинстве случаев подпадают под регулирование национального законодательства или других конвенций. К числу таких сделок относятся, например, сделки с иностранной валютой, сделки на регулируемом фондовом рынке.

⁹⁹ Впервые факторинговые услуги были оказаны американским банком *First National Bank of Boston* в 1947 г., в 1963 г. Управление валютного контролера признало факторинг допустимым видом банковской деятельности.

¹⁰⁰ *GRIF* являются обязательными к применению факторами в силу их членства в ассоциации. Их существенное нарушение экспорт-фактором дает импорт-фактору согласно ст. 32 *GRIF* право не производить экспорт-фактору платежей по одобренной дебиторской задолженности или требовать возмещения уплаченных сумм, если нарушение последнего серьезно влияет на способность импорт-фактора оценивать кредитный риск и осуществлять взыскание дебиторской задолженности. Заявление о существенном нарушении должно быть сделано в течение 365 дней после наступления даты платежа по счету-фактуре. Экспорт-фактор обязан возместить импорт-фактору полученные от него суммы по одобренной дебиторской задолженности, а также уплатить проценты начиная с даты платежа.

¹⁰¹ При включении в соглашение между факторами условий, противоречащих *GRIF*, отличных от них или их расширяющих, условия соглашения имеют приоритет над *GRIF* только в части, касающейся предмета соглашения (п. 7.01 ст. 7 *GRIF*).

¹⁰² Покаместов И. Е. Факторинг для экспортеров и импортеров // Международные банковские операции. 2011. № 3. С. 73.

¹⁰³ См. также: Бабичев С. Н., Лабзенко А. А., Подлеснова А. Ю. Факторинг: учеб. пособие, М.: Маркет ДС, 2010. С. 140–141.

Говоря о сфере применения рассматриваемых конвенций, необходимо указать на широту применения Нью-Йоркской конвенции, которая, согласно ст. 1, применяется к уступкам международной дебиторской задолженности и международным уступкам дебиторской задолженности, т. е. для ее применения необходимо наличие международного элемента, относящегося к уступке или к дебиторской задолженности. Это положение отличается от норм Оттавской конвенции, в которой международный характер относится только к дебиторской задолженности. Таким образом, под сферу действия Нью-Йоркской конвенции подпадают международная или внутренняя уступка международной дебиторской задолженности, а также международная уступка внутренней дебиторской задолженности¹⁰⁴.

Согласно Нью-Йоркской конвенции, дебиторская задолженность является международной, если в момент заключения первоначального договора cedent и должник находятся в разных государствах. При этом ст. 5 (h) предусматривает, что лицо находится в государстве, в котором расположено его коммерческое предприятие. Данное определение международного характера дебиторской задолженности совпадает с определением Оттавской конвенции, если говорить о ситуациях, когда стороны имеют только одно коммерческое предприятие. В ситуациях же когда хотя бы одна из сторон имеет несколько коммерческих предприятий, положения данных конвенций различаются. Оттавская конвенция считает местонахождением коммерческого предприятия то предприятие, которое имеет наиболее тесную связь с договором¹⁰⁵. Согласно же Нью-Йоркской конвенции, в случаях если cedent или цессионарий имеет коммерческие предприятия в более чем одном государстве, местонахождением коммерческого предприятия является то место, в котором cedentом или цессионарием осуществляется центральное управление¹⁰⁶. Включение данного положения в Нью-Йоркскую конвенцию критикуется некоторыми авторами в связи с тем, что оно отступает от норм и правил, которые содержатся и в международных конвенциях, касающихся договорного права, и являются общепринятыми¹⁰⁷.

Как уже было отмечено, международный характер дебиторской задолженности в Оттавской конвенции устанавливается исходя из нахождения коммерческих предприятий сторон первоначального договора в разных странах, тогда как Нью-Йоркской конвенция может применяться также в тех случаях, когда коммерческие предприятия должника и cedента находятся в одном и том же государстве, при условии, что уступка является международной, т. е. коммерческое предприятие цессионария в момент совершения уступки находится в другом государстве. Таким образом, в случае когда cedentом, находящимся в другом государстве, чем цессионарий, осуществляется уступка сразу нескольких дебиторских задолженностей, уступка может подпадать под регулирование Нью-Йоркской конвенции независимо от того, являются дебиторские задолженности внутренними или международными. При таком подходе не возникает проблемы с регулированием уступки нескольких дебиторских задолженностей, которая могла бы возникнуть при использовании критерия нахождения сторон первоначального договора в разных государствах, когда кредитор уступает несколько дебиторских задолженностей одному и тому же лицу и при этом какие-то из этих задолженностей подлежат конвенционному регулированию, а какие-то подпадают под нормы внутреннего права, хотя эти задолженности и перешли к одному лицу в результате одной уступки.

Норма о применимости Нью-Йоркской конвенции не только к международным задолженностям, но и к международным уступкам также предотвращает проблему, которая могла бы возникнуть при уступке будущих дебиторских задолженностей. В случае применения только

¹⁰⁴ Статья 3 Нью-Йоркской конвенции.

¹⁰⁵ Статья 2 (2) Оттавской конвенции.

¹⁰⁶ Статья 5 (h) Нью-Йоркской конвенции.

¹⁰⁷ Basedow Jürgen, Siehr Kurt. T.M.C. Asser Instituut. Private law in the international arena. Cambridge University Press, 2000. P. 185.

критерия нахождения сторон первоначального договора в разных государствах в момент осуществления уступки будущих дебиторских задолженностей невозможно было бы определить, какое право регулирует уступку – конвенционное или внутреннее право государства, так как решение этого вопроса зависело бы от того, являются уступаемые дебиторские задолженности внутренними или международными, т. е. от того, будет ли коммерческое предприятие должника в момент заключения первоначального договора находиться в государстве ином, чем коммерческое предприятие cedent. Включение в Нью-Йоркскую конвенцию такого критерия международного характера, как международный характер уступки, снимает эту проблему в случае нахождения цессионария в государстве ином, чем cedent в момент совершения уступки, что означает применимость к данным отношениям Нью-Йоркской конвенции.

Нью-Йоркская конвенция устанавливает, что она применяется в случае, если в момент заключения договора уступки cedent находится в договариваемом государстве¹⁰⁸ (при этом применение Конвенции не должно затрагивать права и обязательства должника; для применения всех положений Конвенции необходимо, чтобы в момент заключения первоначального договора должник находился в договариваемом государстве или чтобы правом, регулирующим первоначальный договор, являлось право договариваемого государства). Данная норма Нью-Йоркской конвенции учитывает, что применение положений Конвенции, за исключением положений о правах и обязательствах должника, не может повлиять на должника, и поэтому место нахождения должника и право, применимое к первоначальному договору, не имеют значения для применения таких положений. Конвенция также принимает во внимание то обстоятельство, что исполнение ее положений будет по общему правилу осуществляться по местонахождению cedent или должника, в связи с чем нет необходимости учитывать местонахождение цессионария¹⁰⁹. Соответствующие нормы Оттавской конвенции отличаются от указанных норм Нью-Йоркской конвенции. Оттавская конвенция применяется, когда поставщик, дебитор, а также фактор находятся на территории государства-участника, либо если договор купли-продажи и факторинговый договор регулируются правом участвующего в Конвенции государства в силу коллизионной нормы права.

Нью-Йоркская конвенция дает определения таким понятиям, как понятия «уступка» и «дебиторская задолженность». При этом определение понятия «дебиторская задолженность» шире определения, которое дает Оттавская конвенция. Статья 2 (а) Нью-Йоркской конвенции устанавливает, что понятие «уступка» означает передачу по договоренности одним лицом (cedentом) другому лицу (цессионарию) договорного права, полностью или частично, или неделимого интереса в договорном праве cedent на платеж денежной суммы (дебиторской задолженности), причитающийся с третьего лица (должника). Создание прав в дебиторской задолженности в качестве обеспечения долга или иного обязательства считается передачей. Оттавская же конвенция применяется только к уступкам дебиторских задолженностей, вытекающих из договоров продажи товаров или оказания услуг. Таким образом, согласно определению, данному в Нью-Йоркской конвенции, дебиторская задолженность – это любое право на платеж денежной суммы. В пункте 3 ст. 9 этой Конвенции перечисляются такие виды дебиторской задолженности, как задолженность, возникающая из первоначального договора, являющегося договором о поставке или аренде товаров или об услугах, помимо финансовых услуг, договором о строительстве или договором о продаже или аренде недвижимости, а также задолженность, возникающая из первоначального договора о продаже, аренде или передаче по лицензии промышленной или иной интеллектуальной собственности или информации, защищенной правами собственности.

¹⁰⁸ Статья 1 (а) Нью-Йоркской конвенции.

¹⁰⁹ United Nations Commission on International Trade Law yearbook. Vol. 32: 2001, United Nations Publications, 2004. P. 109.

Как и Оттавская конвенция, Нью-Йоркская конвенция предусматривает исключения в сфере своего применения. Одним из таких исключений является положение ст. 4 о том, что Конвенция не применяется к уступкам, совершаемым физическому лицу для его личных, семейных или домашних целей. Данная норма на первый взгляд напоминает норму Оттавской конвенции, которая исключает из сферы действия Конвенции договоры международного факторинга относительно дебиторской задолженности из договоров продажи товаров, приобретаемых исключительно для личного, семейного или домашнего использования¹¹⁰. Однако норма Нью-Йоркской конвенции исключает из своей сферы применения не уступку потребительской задолженности, а уступку, совершаемую для потребительских целей (при этом такая цель должна присутствовать у цессионария).

Применение Нью-Йоркской и Оттавской конвенций в отношении факторинговых сделок может привести к противоречивым результатам. В основном это связано с более гибкими положениями Нью-Йоркской конвенции, которые предоставляют сторонам большую свободу действий исходя из принципа автономии воли сторон. Можно выделить некоторые вопросы, которые по-разному решаются в Нью-Йоркской и Оттавской конвенциях.

Важной является норма Нью-Йоркской конвенции о том, что стороны по своему соглашению могут изменять положения Конвенции. Статья 6 данной Конвенции предусматривает, что цедент, цессионарий и должник могут по договоренности отходить от положений Конвенции, касающихся их соответствующих прав и обязательств, или изменять эти положения, при этом такая договоренность не затрагивает прав любого лица, которое не является стороной этой договоренности. Исключение же применения Оттавской конвенции может касаться лишь всей Конвенции в целом (ст. 3), возможность изменения отдельных положений отсутствует. К одному из основных принципов Нью-Йоркской конвенции относят принцип автономии воли сторон. То обстоятельство, что данная Конвенция предоставляет более широкие возможности для изменения ее положений, чем Оттавская конвенция, позволяет сделать вывод о более глубокой приверженности Нью-Йоркской конвенции данному принципу¹¹¹. Однако следует заметить, что Нью-Йоркская конвенция не позволяет сторонам изменять нормы или исключать применение положений, которые затрагивают юридические интересы третьих сторон. Таким образом, полностью исключить применение Нью-Йоркской конвенции не представляется возможным.

Следует также указать, что Нью-Йоркская конвенция распространяется на нераскрытый факторинг (т. е. факторинг, в случае которого должнику не сообщается об уступке права требования), так как данная Конвенция не требует уведомления должника о состоявшейся уступке требования. При этом Оттавская конвенция содержит норму, предписывающую обязательное уведомление должника об уступке дебиторской задолженности¹¹². Такое уведомление должно быть произведено в письменной форме (телеграммы, телексы, любые иные виды сообщений, которые могут быть воспроизведены в форме документа) (п. 3 ст. 1). Конвенция не говорит о том, кто обязан уведомить должника об уступке права требования.

По-разному в Нью-Йоркской и Оттавской конвенциях решается и вопрос о недействительности любой договоренности между первоначальным и любым последующим цессионарием, ограничивающей право цедента каким-либо образом уступать свою дебиторскую задолженность. Оттавская конвенция в ст. 6 устанавливает, что уступка денежного требования поставщиком финансовому агенту будет действительной, даже если между поставщиком и должником существует соглашение о ее запрете. Однако в Конвенции предусмотрено исклю-

¹¹⁰ Пункт 2 (а) ст. 1 Оттавской конвенции.

¹¹¹ *Glinavos Ioannis*. An Introduction to International Factoring & Project Finance. University of Kent / Munich Personal RePEc Archive. 01 September 2002. P. 11.

¹¹² Пункт 2 (с) ст. 1 Оттавской конвенции.

чение. Уступка дебиторской задолженности не будет иметь юридической силы по отношению к должнику, если он осуществляет свою деятельность в договариваемом государстве, сделавшем соответствующую оговорку (п. 2 ст. 6, ст. 18). Нью-Йоркская конвенция в ст. 9 устанавливает, что уступка дебиторской задолженности имеет силу независимо от любой договоренности между первоначальным или любым последующим цедентом и должником или любым последующим цессионарием, ограничивающей каким бы то ни было образом право цедента уступать свою дебиторскую задолженность. При этом Конвенция не предусматривает исключений из этого правила и не наделяет договаривающиеся государства возможностью сделать оговорку о неприменимости соответствующих положений. Следует также указать, что должник и цедент не могут заключить соглашение о неприменении данного положения Нью-Йоркской конвенции, так как данная статья не входит в главу «Права и обязанности сторон». Это положение основано на том, что договорные ограничения на уступку, а также исключение применения данных норм Конвенции могли бы привести к неблагоприятным последствиям для цессионария¹¹³.

В нормах Нью-Йоркской и Оттавской конвенций существуют различия, касающиеся гарантий соблюдения интересов должника. Согласно ст. 9 Оттавской конвенции, в случае если фактор предъявляет должнику требование о погашении дебиторской задолженности, возникшей в рамках договора купли-продажи товаров, должник вправе выдвигать против требований фактора любые возражения, которые в соответствии с договором купли-продажи товаров он мог бы выдвинуть против поставщика. Должник может также предъявить фактору любые требования о зачете в отношении денежных требований поставщика, которые были у должника на момент получения письменного уведомления об уступке. Нью-Йоркская конвенция содержит похожее положение в ст. 18, которая устанавливает, что должник может ссылаться в отношении цессионария на все вытекающие из первоначального договора или любого другого договора, являющегося частью той же сделки, возражения или права на зачет, которые должник мог бы использовать, если бы уступка не была совершена и такое требование было заявлено цедентом. Должник может ссылаться в отношении цессионария на любое другое право на зачет при условии, что оно имелось у должника в момент получения им уведомления об уступке. Однако Нью-Йоркская конвенция в ст. 19 предусматривает право должника в письменной форме договориться с цедентом не ссылаться в отношении цессионария на возражения и права на зачет, на которые он мог бы сослаться согласно ст. 18. Такая договоренность лишает должника права ссылаться в отношении цессионария на такие возражения и права на зачет. При этом должник не может отказаться от возражений, вытекающих из мошеннических действий со стороны цессионария или основанных на недееспособности должника. Оттавская конвенция такую возможность не предусматривает.

В случаях когда Нью-Йоркская и Оттавская конвенции могут привести к противоречивым результатам, т. е. в случае коллизии Конвенций, встает вопрос о том, какая из Конвенций будет обладать преимущественной силой. На этот вопрос дает ответ ст. 38 «Коллизии с другими международными соглашениями» Нью-Йоркской конвенции. Пункт 1 данной статьи предусматривает, что Нью-Йоркская конвенция не имеет преимущественной силы по отношению к любому международному соглашению, которое уже заключено или может быть заключено и которое прямо регулирует сделки, которые в противном случае регулировались бы настоящей Конвенцией. Однако данная статья устанавливает исключение для факторинговых сделок. Пункт 2 ст. 38 предусматривает, что независимо от п. 1 ст. 38 Нью-Йоркская конвенция имеет преимущественную силу по отношению к Оттавской конвенции в той части, в которой Нью-Йоркская конвенция применяется к правам и обязательствам должника.

¹¹³ *Orkun Akseli*. International secured transactions law: facilitation of credit and international conventions and instruments. Taylor&Francis, 2011. P. 119.

Основные положения *GRIF* могут быть охарактеризованы следующим образом.

GRIF предусматривают в ст. 1, что по договору факторинга поставщик может или будет уступать независимо от того, осуществляется ли уступка в целях финансирования, дебиторскую задолженность (включая ее часть) фактору¹¹⁴, выполняющему как минимум одну из функций: ведение учета дебиторской задолженности, ее взыскание, а также защиту от плохих долгов. Уступка дебиторской задолженности¹¹⁵ подразумевает и образует передачу всех прав и интересов, включая титульные и обеспечительные (ст. 12), при условии уступки в письменной форме, к которой *GRIF* относят любой метод записи сообщения в неизменном виде с возможностью воспроизведения и использования в любое время после создания сообщения (ст. 6).

GRIF устанавливают следующие права и обязанности экспорт-фактора:

- обязанность передать импорт-фактору детали счетов-фактур и кредитовых авизо, касающихся уступаемой дебиторской задолженности, без необоснованной задержки, а в случае счетов-фактур – не позднее даты платежа (даты платежа при частичном исполнении) по дебиторской задолженности, указанной (указанных) в договоре;
- обязанность предоставить импорт-фактору в течение 30 дней со дня его запроса документы или письменные подтверждения, необходимые для придания уступке действительности или принудительной силы;
- полагаясь на информацию импорт-фактора, обязанность отвечать за действительность уступки от поставщика экспорт-фактору и от экспорт-фактора импорт-фактору, включая случаи предъявления требований третьих лиц и несостоятельность поставщика;

• обязанность возвращать импорт-фактору по его требованию переведенные денежные средства в случае отказа должника в платеже по чеку или аналогичному платежному инструменту, а также в случае приостановки платежа в силу его оспаривания. Требование импорт-фактора должно быть заявлено не позднее десяти банковских дней со дня перевода денежных средств.

GRIF устанавливают следующие права и обязанности импорт-фактора:

- право требовать оригиналы товарораспорядительных документов;
- при неисполнении экспорт-фактором своих обязанностей по предоставлению документов право переуступить в письменной форме дебиторскую задолженность не позднее 60 дней после первого запроса или, если этот срок наступает позже, 30 дней после окончания дополнительного времени, назначенного импорт-фактором;
- право осуществлять взыскание дебиторской задолженности по чекам, векселям и иным финансовым документам путем принятия обеспечительных мер в отношении товаров, предъявления исков в суды от своего имени, совместно с экспорт-фактором и (или) поставщиком;
- с учетом требований законодательства страны должника обязанность информировать экспорт-фактора о содержании и формальностях уведомления об уступке, а также любых его условиях, необходимых для защиты экспорт-фактора от требований третьих лиц;
- по просьбе экспорт-фактора обязанность осуществлять, если это не противоречит применимому праву, уступку в определенном порядке, обеспечивающем принудительное исполнение против третьих лиц, с отнесением расходов на экспорт-фактора;
- по просьбе экспорт-фактора, но не позднее 270 дней после даты платежа обязанность предоставлять в целях взыскания дебиторской задолженности точную копию счета-фактуры должника (в течение десяти дней после запроса), документы, свидетельствующие

¹¹⁴ Экспорт-фактору (п. 2.03 ст. 2), уступающему затем дебиторскую задолженность импорт-фактору (п. 2.04 ст. 2).

¹¹⁵ *GRIF* охватывают только дебиторскую задолженность, возникающую из договоров поставки товаров (оказания) услуг на кредитных условиях. Из сферы применения правил исключаются договоры с платежом по аккредитиву (с изъятием для резервного аккредитива) или любым наличным платежом (п. 3.01 ст. 3).

об отгрузке, исполнении договора, а также другие документы, запрошенные до отгрузки (в течение 30 дней после запроса). При неисполнении экспорт-фактором своей обязанности импорт-фактор может переуступить дебиторскую задолженность;

- обязанность переводить экспорт-фактору денежные средства, поступающие от должника, незамедлительно после наступления даты валютирования или получения от банка подтверждения поступления сумм, а также направлять отчет, показывающий распределение переведенных сумм. В рамках отношений между факторами может возникать ситуация кредитного риска, определяемого в ст. 16 *GRIF* как риск неисполнения должником своих платежных обязательств, за исключением причин оспаривания, в течение 90 дней с даты наступления срока платежа. В этом случае импорт-фактор может по письменному запросу экспорт-фактора с включением информации, необходимой для оценки кредитного риска, не позднее десяти дней со дня получения такого запроса принять кредитный риск путем выражения письменного одобрения кредитного лимита (кредитной линии) в размере сумм дебиторской задолженности, причитающихся одному поставщику по счетам-фактурам одного должника. Кредитная линия охватывает дебиторскую задолженность со сроком платежа не более 90 дней с даты счета-фактуры, учтенную импорт-фактором на дату одобрения, возникшую из осуществляемых отгрузок товаров (оказываемых услуг) в течение 30 дней до даты одобрения, а также из осуществленных отгрузок (оказанных услуг) до даты прекращения кредитной линии или истечения срока ее действия. В случае неспособности должника исполнить свои платежные обязательства импорт-фактор обязан уплатить экспорт-фактору в полном размере суммы одобренной дебиторской задолженности (*payment under approval*) по истечении 90 дней с даты наступления срока платежа¹¹⁶. При просрочке исполнения импорт-фактором своей обязанности он должен уплатить экспорт-фактору проценты за каждый день просрочки в размере двойной ставки ЛИБОР при условии, что размер процентов превышает 50 евро. Кредитная линия может быть прекращена или сокращена импорт-фактором после уведомления экспорт-фактора, который должен сообщить о полученном уведомлении поставщику. Прекращение (сокращение) кредитной линии действует в отношении отгрузок товаров (оказания услуг) с момента получения поставщиком информации от экспорт-фактора. По дебиторской задолженности, касающейся осуществленных отгрузок (оказанных услуг), кредитная линия сохраняет силу в течение 30 дней с даты прекращения.

¹¹⁶ В отношении дебиторской задолженности, уступка которой запрещена договором купли-продажи (оказания услуг), обязанность импорт-фактора по платежу возникает только в случае официального объявления (признания) несостоятельности должника, но не ранее 90 дней с даты платежа. В случае возникновения спора с должником одобрение импорт-фактором дебиторской задолженности приостанавливается, исполнение его обязанности по платежу ставится в зависимость от срока получения уведомления о споре. Если уведомление получено в течение 90 дней с даты платежа по счету-фактуре, то импорт-фактор не обязан платить по суммам, удерживаемым должником в связи со спором. При получении уведомления после платежа, но в течение 180 дней с даты платежа по счету-фактуре импорт-фактор вправе получить возмещение от экспорт-фактора по удерживаемым должником суммам.

2.8. Унификация международного финансового лизинга и ее влияние на регулирование лизинговых отношений в Российской Федерации

Сделки международного финансового лизинга получили широкое распространение с середины XX в. сначала в практике лизинговых компаний США, а затем и других зарубежных стран. Определение лизинга как финансового связано с участием в сделке, наряду с поставщиком и лизингополучателем также лизингодателя, чьи обязательства заключаются в приобретении у поставщика предмета лизинга и передаче в аренду лизингополучателю. Учитывая, что ответственность лизингодателя в отношении предмета лизинга перед лизингополучателем и третьими лицами отсутствует или существенно ограничена, сделка финансового лизинга становится сходной со сделкой обеспеченного кредитования с той разницей, что в последней предметом является только денежное обязательство, а обеспечение предоставляется заемщиком или третьим лицом. Соответственно в качестве лизингодателей активно выступают банки либо их дочерние лизинговые компании, поскольку это оказывается удобно с точки зрения отсутствия свойственных банкам пруденциальных ограничений по размеру кредитных рисков и возможности кредитования банками лизинговых компаний.

Указанные особенности отражены в разработанной УНИДРУА Конвенции «О международном финансовом лизинге», которая была подписана в Оттаве 28 мая 1988 г. (далее – Оттавская конвенция).

Характеризуя сделку финансового лизинга, ст. 1 Оттавской конвенции подчеркивает следующее:

- лизингодатель приобретает предмет лизинга, определенный в спецификации лизингополучателя;
- лизингодатель приобретает предмет лизинга у поставщика, избранного лизингополучателем, в связи с договором о лизинге;
- предмет лизинга должен быть предназначен для использования в целях ведения предпринимательской деятельности;
- периодические платежи по договору о лизинге учитывают амортизацию всей или существенной части стоимости предмета лизинга;
- наличие в договоре о лизинге условия о предоставлении лизингополучателю права приобретения предмета лизинга по истечении срока действия договора не является квалифицирующим признаком финансового лизинга.

Согласно ст. 3 Оттавской конвенции, сделка о финансовом лизинге является международной, когда коммерческие предприятия лизингодателя и лизингополучателя находятся в разных государствах и эти государства, а также государство, в котором поставщик имеет свое коммерческое предприятие, являются участниками Оттавской конвенции.

Рассмотрим далее обязательства лизингодателя и лизингополучателя, предусмотренные Оттавской конвенцией.

Прежде всего в ст. 7 Оттавской конвенции защищаются вещные права лизингодателя в случае банкротства лизингополучателя в отношении предмета лизинга, исключая его из сферы преимущественных прав кредиторов (за определенными исключениями). Если применимое право требует публичного уведомления для установления приоритета перед кредитором, то право лизингодателя защищается при соблюдении данного требования.

Оттавская конвенция предусматривает в ст. 8 вторую важную норму, направленную на защиту прав лизингодателя, освобождая его от ответственности перед лизингополучателем

(кроме случаев активного участия лизингодателя в выборе поставщика или предмета лизинга) и третьими лицами в отношении предмета лизинга.

В то же время Оттавской конвенцией (ст. 8) предусмотрена обязанность лизингодателя гарантировать, что спокойное владение (*quiet enjoyment*) лизингополучателя предметом лизинга не будет нарушено лицом с преимущественным титулом или правом. Следовательно, если предмет лизинга будет изъят по требованию третьего лица, лизингополучатель сможет потребовать возмещения ущерба за счет лизингодателя.

В статье 9 Оттавской конвенции устанавливается обязанность лизингополучателя проявлять надлежащую заботливость в отношении предмета лизинга с учетом нормальной амортизации, а также вернуть предмет лизинга лизингодателю по истечении срока действия лизингового договора, если им не предусмотрено право лизингополучателя приобрести предмет лизинга по остаточной стоимости либо продлить аренду.

В случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств по поставке предмета лизинга в результате действий или упущений лизингодателя, согласно ст. 12 Оттавской конвенции, лизингополучатель вправе отказаться от предмета лизинга и приостановить периодические платежи до надлежащего исполнения обязательств или расторгнуть договор лизинга с возвратом уплаченных авансом периодических платежей.

Оттавской конвенцией (ст. 13) также установлены последствия неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств со стороны лизингополучателя своевременно осуществлять периодические платежи. В этом случае лизингодатель вправе потребовать взыскания задолженности с начислением процентов, а также возмещения убытков. При существенном неисполнении лизингополучателем своих обязательств лизингодатель вправе после уведомления лизингодателя о нарушении с возможностью его устранения потребовать досрочной выплаты сумм будущих периодических платежей (если это предусмотрено договором лизинга) или может расторгнуть договор лизинга и после такого расторжения восстановить владение предметом лизинга и потребовать возмещения убытков в целях реституции.

В статье 14 Оттавской конвенции предусмотрено, что лизингодатель и лизингополучатель могут передавать свои права по договору лизинга. При этом лизингодатель вправе передать все или любым из своих прав по договору лизинга или иным образом распорядиться ими как в отношении предмета лизинга, так и в отношении причитающихся периодических платежей. Данная норма имеет важное значение для банков и лизинговых компаний при рефинансировании и секьюритизации сделок лизинга. Лизингополучатель вправе передавать свои права только с согласия лизингодателя и с учетом прав третьих лиц.

Присоединение Российской Федерации к Оттавской конвенции (февраль 1998 г.¹¹⁷) потребовало изменений Федерального закона от 29 октября 1998 г. № 164-ФЗ «О финансовой аренде (лизинге)» (далее – Закон о лизинге).

Статья 7 Закона о лизинге выделяет две формы лизинга: внутренний лизинг и международный лизинг (ГК РФ деление лизинга на формы не предусматривает). хотя в п. 2 ст. 4 Закона о лизинге установлено, что любой из субъектов лизинга (лизингодатель, лизингополучатель и продавец) может быть резидентом или нерезидентом Российской Федерации¹¹⁸, для определения внутреннего и международного лизинга Закон о лизинге использует только признак резидентности лизингодателя и лизингополучателя (им может являться продавец). При осуществлении внутреннего лизинга лизингодатель и лизингополучатель являются резидентами Российской Федерации. При осуществлении международного лизинга лизингодатель или лизингополучатель является нерезидентом Российской Федерации. Действующая редак-

¹¹⁷ Федеральный закон от 8 февраля 1998 г. № 16-ФЗ «О присоединении Российской Федерации к Конвенции УНИДРУА о международном финансовом лизинге».

¹¹⁸ Содержание понятий «резидент» и «нерезидент» определяется соответственно в п. 6 и 7 ч. 1 ст. 1 Федерального закона от 10 декабря 2003 г. № 173-ФЗ «О валютном регулировании и валютном контроле».

ция ст. 7 Закона о лизинге¹¹⁹ не содержит отсылки к нормам, регулирующим сделки международного лизинга, тогда как ранее предусматривалось, что если:

- лизингодателем является резидент Российской Федерации (предмет лизинга находится в собственности резидента Российской Федерации) – договор международного лизинга регулируется Законом о лизинге и законодательством Российской Федерации;
- лизингодателем является нерезидент Российской Федерации (предмет лизинга находится в собственности нерезидента Российской Федерации) – договор международного лизинга регулируется федеральными законами в области внешнеэкономической деятельности.

¹¹⁹ Изменения внесены Федеральным законом от 29 января 2002 г. № 10-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон „О лизинге“».

Глава 3

Зарубежное банковское регулирование

3.1. Отдельные вопросы пруденциального регулирования банковской деятельности в праве зарубежных стран

Банковское законодательство зарубежных стран детально регулирует весь «жизненный цикл» банка начиная от выдачи лицензии, предъявления пруденциальных требований (соблюдение обязательных нормативов, формирование резервов на потери по ссудам, управление рисками, организация внутреннего контроля) и заканчивая отзывом лицензии и специальным порядком ликвидации банка. В рамках настоящего параграфа будут рассмотрены отдельные вопросы пруденциального регулирования банковской деятельности в праве зарубежных стран, которые не осящаются в других параграфах.

Основания отзыва у банка лицензии

В Болгарии центральный банк обязан отозвать лицензию, если стоимость задолженности банка превышает общую стоимость его активов. Стоимость активов и задолженности определяется центральным банком.

В Германии Федеральное ведомство по надзору за финансовыми услугами может отозвать лицензию, если:

- устанавливает факты, которые могли бы повлечь отказ в выдаче лицензии, в частности отсутствие в распоряжении кредитного учреждения доступных на территории Германии ресурсов, необходимых для ведения деловых операций, включая достаточный первоначальный капитал в размере не менее 5 млн евро;
- кредитное учреждение несет убытки в размере половины его капитала или более 10 % капитала в течение трех финансовых лет.

В Индии Резервный банк Индии может отозвать лицензию, если банк перестает отвечать условиям ее выдачи, в том числе имеет неадекватную структуру капитала.

В Италии министр Казначейства по просьбе Банка Италии может отозвать лицензию, если утрата капитала банка является исключительно серьезной.

В Польше Комиссия банковского надзора может отозвать лицензию, если после первого письменного предупреждения банк не выполняет рекомендации Комиссии по увеличению капитала. При этом банк, который не выполняет требования к достаточности капитала, должен незамедлительно уведомить об этом Комиссию.

В Словакии Национальный банк Словакии обязан отозвать банковскую лицензию, если достаточность капитала банка снижается до уровня менее 2 %.

Во Франции Комитет по кредитным учреждениям и инвестиционным предприятиям отзывает лицензию у кредитного учреждения, если оно больше не выполняет условия лицензирования, к которым относится требование об эффективном поддержании размера активов выше размера обязательств, но не ниже минимального размера капитала (5 млн евро).

В Чехии Национальный банк Чехии отзывает лицензию, если ему становится известно, что достаточность капитала банка снижается более чем на $\frac{1}{3}$ от размера, установленного Национальным банком.

Требования в отношении финансового положения и деловой репутации собственников, меры воздействия со стороны надзорного органа при нарушении установленных требований

В Болгарии требования предъявляются в отношении лиц, контролирующих голосующие доли участия посредством совершения действий или оказания влияния на процесс принятия решений. Надзорный орган применяет к учредителям (участникам) банка меры в числе мер, применяемых в порядке банковского надзора, в общих случаях, предусмотренных законодательством для применения последних. Меры, осуществляемые в порядке банковского надзора, предусматривают право надзорного органа направлять предписания учредителю (участнику) банка об отчуждении последним принадлежащих ему (контролируемых им) акций (долей) в 30-дневный срок.

В Великобритании требования предъявляются в отношении лиц, контролирующих доли участия. Надзорный орган может направить лицу, контролирующему банк, письменное уведомление о наличии у надзорного органа возражений против сохранения им статуса контролирующего банк акционера в случаях, если по мнению органа банковского надзора владелец квалифицированного пакета акций (долей) банка или лицо, иным образом контролирующее банк, более не является «соответствующим и подходящим лицом». При получении такого уведомления указанное лицо в течение определенного законом срока дает надзорному органу письменные разъяснения. Если разъяснения не удовлетворяют надзорный орган, акции (доли), предоставляющие лицу права, позволяющие контролировать банк, могут быть проданы другому, уже соответствующему требованиям лицу по решению суда.

В Германии требования предъявляются в отношении держателей квалифицированных прав участия. Федеральное ведомство по надзору за финансовыми услугами вправе ввести запрет на осуществление держателем квалифицированных прав участия в капитале банка голосующих прав, если:

- держатель квалифицированных прав участия более не соответствует необходимым требованиям;
- он не информирует надзорный орган об изменениях в составе своих руководителей, партнеров;
- новые руководители, партнеры держателя квалифицированных прав участия не соответствуют необходимым требованиям (для юридического лица);
- акции (доли) банка были приобретены с нарушением предусмотренной законом процедуры.

В случае введения такого запрета акции (доли) банка, предоставляющие держателю квалифицированные права участия, переходят в доверительное управление лицу, назначенному судом.

В течение срока, определенного надзорным органом, владелец акций (долей) должен найти для них достойного покупателя либо исправить ситуацию устраивающим надзорный орган способом.

В ином случае акции (доли) самостоятельно продаются назначенным доверительным управляющим с минимальным привлечением владельцев этих акций (долей).

В Чехии требования предъявляются в отношении лиц, осуществляющих права акционеров, и лиц, контролирующих банк. Надзорный орган может применить меры по ограничению голосующих прав, контролируемых учредителем (участником) банка, либо приостановить действие договоров (соглашений), предоставляющих головной компании права контролировать банк, если:

- акции (доли) банка, предоставляющие соответствующие права или полномочия, приобретены с нарушением положений законодательства;
- у надзорного органа есть основания полагать, что влияние лиц, в отношении которых применяются меры, препятствует или может воспрепятствовать обеспечению прозрачности собственности или надлежащего управления банком;
- влияние, оказываемое на банк головной компанией, оценивается надзорным органом негативно (для случаев, когда банк является членом банковской группы (холдинга)).

Применяемые меры могут предусматривать ограничение голосующих прав, контролируемых лицом, в отношении которого принимаются меры, а именно – ограничение для присутствия и голосования на общем собрании акционеров (участников), признание в судебном порядке отдельных решений, принятых с участием таких лиц, недействительными и т. д.

Указанные голосующие права в силу закона не будут считаться таковыми до тех пор, пока акции (доли) контролируются лицом, в отношении которого принимаются соответствующие меры, а общее собрание акционеров банка может быть созвано только с согласия надзорного органа.

Названные меры применяются органом банковского надзора в порядке административного производства.

Контроль рисков кредитования сторон, связанных с банком (далее – связанные стороны)

В Болгарии к связанным сторонам относятся должностные лица банка, их супруги и их родственники по прямой линии до третьей степени родства включительно, а также родственники супругов; держатели голосующих акций (долей), составляющих 5 % и более капитала банка; акционеры, чьи законные представители являются членами руководящих органов банка или его наблюдательного совета; юридические лица, в управлении которыми перечисленные выше лица принимают участие; юридические лица, в которых банк или перечисленные выше лица владеют или управляют квалифицированными долями участия в капитале; члены наблюдательного совета банка; глава службы внутреннего контроля банка.

Решение о предоставлении кредита принимается тайным голосованием совета директоров банка, с последующим одобрением решения главой службы внутреннего контроля (если этот кредит превышает годовой доход – для должностных лиц банка или 1 % оплаченного капитала банка – для прочих лиц).

При кредитовании связанных сторон им не должны предоставляться льготы и преференции. Условия кредитования, включая сумму, цель, характер риска, не должны быть неприемлемыми для условий кредитования иных, не связанных с банком лиц. Проценты, иные платежи по кредиту, обеспечение кредита не должны быть меньшими по сравнению с теми, которые требуются от иных лиц. Общая сумма таких кредитов не должна превышать 10 % собственных средств банка.

Каждое должностное лицо банка должно письменно сообщить руководящему органу банка (совету директоров) о коммерческих и финансовых интересах, своих или членов своей семьи, которые могут иметь отношение к проводимой банком операции или сделке. Предполагается, что такой интерес существует, если стороной в договорных отношениях с банком является должностное лицо либо член его семьи, а также лицо, прямо или косвенно связанное с указанными лицами (через отношения прямого или косвенного участия в капитале, отношения административного подчинения, совместной деятельности и т. д.). Кроме того, каждые шесть месяцев должностное лицо должно письменно сообщать руководящему органу банка (совету директоров) о любых деловых контактах с банками, в которые за это время вступал он сам либо члены его семьи. Должностное лицо, которое может иметь заинтересованность

в конкретной сделке банка, не вправе участвовать в переговорах или обсуждении и принятии решения по данной сделке.

Сделки, заключенные с нарушением указанных правил, признаются ничтожными согласно решению суда по иску банка, органа банковского надзора, любого заинтересованного лица. Должностное лицо, не соблюдающее указанные правила, может быть отстранено от занимаемой должности на основании предписания надзорного органа, а также дисквалифицировано. При нарушении правил должностные лица, ответственные за предоставление кредита, несут обязательства по его возврату совместно с заемщиком.

В Германии к связанным сторонам относятся руководители банка; учредители (участники) банка; члены наблюдательного совета банка; супруги и дети указанных лиц; юридические лица, в которых указанные выше лица являются учредителями (участниками), членами наблюдательного совета; юридические лица, учредители (участники), законные представители которых являются членами наблюдательного совета банка; юридические лица, в которых банк или его руководители владеют более чем 10 % долей капитала; юридические лица, владеющие более чем 10 % капитала банка; учредители (участники), руководители, члены наблюдательного совета юридического лица, контролирующего банк или контролируемого банком.

Решение о предоставлении кредита принимается тайным голосованием всех директоров банка, с последующим одобрением наблюдательным советом банка (если этот кредит превышает годовой доход – для должностных лиц банка или 1 % оплаченного капитала банка – для прочих лиц). Решение включает в себя определение размера процентной ставки и иных платежей по кредиту. В случае если кредит был неотложным, решение по нему может быть принято немедленно после его предоставления. Если такое решение не принято в течение двух месяцев после предоставления кредита или одобрение по нему не получено в течение четырех месяцев, банк обязан сообщить об этом органу банковского надзора. Любые авансовые платежи связанным лицам приравниваются к предоставлению кредита. Если правила предоставления кредита были нарушены, он должен быть немедленно возвращен, до полного соблюдения предусмотренной процедуры. Кредиты лицам, владеющим более 25 % долей капитала банка, вычитаются из собственного капитала банка, если они были предоставлены не на рыночных условиях или недостаточно обеспечены в сравнении с банковской практикой.

В США к связанным сторонам относятся должностные лица банка, директора, основные акционеры, а также связанные с ними лица, аффилированные лица банка. При предоставлении кредита предусматривается предварительное одобрение сделки большинством совета директоров банка.

В Чехии к связанным сторонам относятся члены руководящих органов банка и должностные лица банка; члены наблюдательного совета банка; юридические лица, контролирующие банк; держатели квалифицированных долей в их капитале; руководители этих юридических лиц; юридические лица, в которых вышеназванные лица прямо или косвенно владеют более 10 % капитала; физические лица, близко связанные с членами руководящих органов банка, его наблюдательного совета, должностными лицами банка, лицами, контролируемыми банком; владельцы квалифицированных долей капитала банка и юридические лица, ими контролируемые; члены совета директоров Чешского национального банка; юридические лица, контролируемые банком.

Кредит предоставляется только по решению совета директоров на основе анализа условий и обстоятельств предстоящей сделки и финансового положения заемщика.

Квалификационные требования и требования к деловой репутации должностных лиц банка

В Болгарии члены исполнительного органа и совета директоров банка должны:

- иметь диплом о высшем образовании в области экономики или права;
- иметь необходимую квалификацию и опыт работы в банковской сфере;
- не иметь судимости за умышленное преступление публичного характера;
- не состоять в исполнительном или контрольном органе, не иметь квалифицированных долей участия в компании, признанной несостоятельной (банкротом), если ее задолженность перед кредиторами не была погашена;
- не состоять в течение пяти лет, предшествующих признанию банка несостоятельным (банкротом), в его исполнительном или контрольном органе;
- не быть лишенными права занимать должности, связанные с материальной ответственностью;
- не являться супругом или родственником по прямой или побочной линии вплоть до третьей степени родства другого члена исполнительного или контрольного органа банка.

Квалификация и профессиональный опыт должностных лиц банка должны быть подтверждены сертификатом, выданным центральным банком. Условия и процедура выдачи и отзыва такого сертификата устанавливаются нормативными актами. Отказ в выдаче или отзыв сертификата не могут быть обжалованы в суде.

Должностное лицо, не соответствующее установленным требованиям, отстраняется от работы решением центрального банка, если соответствующий орган не увольняет его самостоятельно в установленный центральным банком срок.

В Великобритании лицо, которое является или будет являться директором, контролером или управляющим банка, должно надлежащим образом соответствовать занимаемому им положению. При определении соответствия лица занимаемому им положению должно быть уделено внимание его честности, его компетенции и его способности принимать здравые решения для выполнения возложенных на него служебных обязанностей, добросовестности, с которой он выполняет или предположительно будет выполнять эти обязанности, и тому, будет ли его пребывание на данном посту создавать каким-либо образом угрозу для интересов вкладчиков или потенциальных вкладчиков. Кроме того, внимание должно быть уделено предыдущему образу действий и экономической деятельности или финансовым делам данного лица, в особенности любым свидетельствам о том, что оно:

- совершило преступление, связанное с мошенничеством, или иным обманом, или насилием;
- нарушило любое предписание или положение любого закона, направленное на защиту общества от финансовых потерь в результате обмана, некомпетентности или противозаконных действий лиц, занятых оказанием банковских, страховых, инвестиционных и других финансовых услуг или управлением компанией, финансовых потерь в результате банкротства;
- занималось любым видом деятельности, связанной с введением в заблуждение, или оскорблением общественного порядка, или каким-либо иным несоответствием (незаконным или нет), или иным образом дискредитирующей методы ведения бизнеса;
- занималось или было связано с любой другой деловой практикой или иным образом зарекомендовало себя вызывающим сомнение в его компетенции и способности принимать здравые решения.

В Германии предполагаемые управляющие (учредители) банка должны отвечать стандартам личной надежности, при этом не считаются надежными лица, совершившие преступления против собственности, нарушившие нормативные акты при руководстве деятельностью предприятия или показавшие в личном или деловом общении, что от них не следует ожидать здорового руководства.

В Малайзии лицо не может быть назначено директором, управляющим банка, занимать другую должность в его исполнительном органе, если:

- оно признавалось банкротом, прекращало платежи по обязательствам или вступало в мировое соглашение с кредиторами на территории страны или за ее пределами;
- было осуждено в связи с уголовными преступлениями, связанными с обманом, мошенничеством, или насилием любым судом на территории страны или за ее пределами;
- было признано виновным в нарушении любого положения закона о банках;
- в отношении него применялись любые меры задержания, надзора, ограничения пребывания в стране и другие меры в соответствии с любыми законами, касающимися предупреждения преступлений;
- оно являлось директором или входило в состав руководящего органа любого юридического лица, ликвидированного по решению суда или другого уполномоченного органа на территории страны или за ее пределами, или финансового института, лицензия которого была отозвана.

Лицо, являющееся директором, управляющим банка, занимающее другую должность в его исполнительном органе, если в отношении него действуют любые из изложенных выше обстоятельств, должно немедленно покинуть свой пост, а институт, в котором оно занимало должность, должен немедленно отменить его назначение. В период расследования уголовного преступления подозреваемое лицо, если оно является директором, управляющим банка, занимает иную должность в его исполнительном органе, должно приостановить свою деятельность не только в названном качестве, но и любую деятельность, связанную с данным финансовым институтом, с момента первого вызова в следственные органы для дачи показаний до принятия судом окончательного решения по делу.

В Нидерландах заявка на выдачу институту банковской лицензии должна сопровождаться предоставлением информации о количестве персонала и сведений о нем с подробным освещением прошлого тех, кто будет отвечать за политику создаваемого банка. Кроме того, к биографиям последних должны прилагаться рекомендации трех авторитетных лиц, свидетельствующие о том, что они никогда не были ранее вовлечены в истории с банкротствами, и удостоверяющие, что их материальное положение соответствует официально получаемым доходам. Выдвинутые кандидатуры обсуждаются в Банке Нидерландов, их анкетные данные перепроверяются, кандидаты оцениваются с точки зрения их компетентности (способности, опыта банковской работы), честности, надежности.

Во Франции лицо не может являться членом совета директоров или наблюдательного совета кредитного института, руководить или управлять кредитным институтом, а также действовать от его имени, если оно признано виновным:

- в краже, мошенничестве или злоупотреблении доверием, в преступлении по другим статьям Уголовного кодекса;
- незаконном присвоении средств в качестве депозитария, управляющего имуществом или ценными бумагами, криминальном банкротстве, нанесении вреда доверию к государству, нарушении правил валютного контроля;
- нарушении отдельных положений законодательства, регулирующего отношения займа, и связанных с ними положений о привлечении средств и рекламе, законодательства, регулирующего инвестиции и защиту сбережений;
- нарушении отдельных положений Кодекса о защите общественных интересов и Таможенного кодекса;
- нарушении отдельных положений Закона «О банках» (далее – Закон о банках);
- а также если оно было объявлено банкротом или отстранено от исполнения своих обязанностей в судебном порядке.

В Чехии кандидат на должность в исполнительном органе банка, предполагающую дачу обязательных к исполнению указаний и несение ответственности, должен обладать профессиональной квалификацией и заслуживать общественное доверие.

В Японии заявители на получение банковской лицензии должны продемонстрировать достаточную финансовую состоятельность, знания и опыт, необходимые для здорового и честного осуществления банковской деятельности, и заслужить соответствующее общественное доверие.

Управление рисками (на примере риска ликвидности)

В Германии ст. 11 Закона о банках предусматривается, что кредитные учреждения обязаны вкладывать свои средства таким образом, чтобы в любое время быть в состоянии выполнить свои платежные обязательства (быть платежеспособными). Федеральное министерство финансов с согласия Бундесбанка вправе издавать более подробные требования в отношении достаточной платежеспособности, касающиеся, в частности:

- методов оценки достаточной платежеспособности и необходимых для этого технических принципов;
- сделок, создающих платежные обязательства;
- обязанности кредитных учреждений предоставлять Федеральному ведомству по надзору за финансовыми услугами и Бундесбанку сведения, подтверждающие их платежеспособность, включая требования по содержанию, виду, объему и форме предоставляемых сведений, а также по частоте, носителях, каналах и форматах их подачи.

При несоблюдении установленных требований Федеральному ведомству по надзору за финансовыми услугами может, согласно ст. 45, запретить или ограничить изъятие средств собственниками, включая материнские организации, распределение прибыли или предоставление кредитов.

Управление ликвидностью регулируется в соответствии с постановлением Министерства финансов от 14 декабря 2006 г. (по согласованию с Бундесбанком) «О ликвидности организаций». В соответствии с данным постановлением кредитное учреждение обязано обеспечить выполнение своих обязательств по платежам в любой момент времени. Вместе с тем должен гарантироваться достаточный уровень диверсификации, в первую очередь в отношении активов и структуры капитала. Кредитное учреждение должно проводить обзор своей ликвидности за определенный период времени с целью сравнения ожидаемых объемов входящих и исходящих денежных потоков. При этом должны быть выработаны критерии оценки таких ожиданий. Соответствующие сценарные оценки должны проводиться на регулярной основе при подготовке обзоров ликвидности. На постоянной основе должна проводиться оценка того, в какой степени кредитное учреждение способно отвечать по любым возникающим обязательствам. Данная оценка должна затрагивать в первую очередь банковские активы. Кредитным учреждением должен быть выработан комплекс мер, применяемых в случае недостаточности ликвидности, что предполагает учет всех доступных источников ликвидности. Отчет о ликвидности кредитного учреждения должен представляться органам управления ежемесячно.

Во Франции Валютный и финансовый кодекс (далее – ВФК) возлагает в ст. L. 511-31 на органы управления кредитных учреждений обязанность предпринимать все необходимые меры, чтобы гарантировать ликвидность и платежеспособность кредитного учреждения. При необходимости органы управления кредитного учреждения могут запретить или ограничить выплаты акционерам. Общей целью регулирования ликвидности является обеспечение интересов вкладчиков и прочих третьих лиц, а также стабильности финансовой структуры кредитного учреждения (ст. L. 511-41). В постановлении о внутреннем контроле Банковской комиссии установлены следующие принципы управления риском ликвидности:

- осуществление общего контроля за риском ликвидности независимо от контроля за соответствием нормативно определенным коэффициентам;
- осуществление ежедневного контроля за риском ликвидности;

- осуществление контроля за риском ликвидности на консолидированной основе;
- использование механизма лимитов: руководители кредитного учреждения или назначаемые ими с этой целью лица должны определять общие и оперативные лимиты для риска ликвидности, а также уровни делегирования в зависимости от указаний, полученных от органа управления. Общие и оперативные лимиты должны сочетаться между собой и измеряться единой системой мер в целях облегчения осуществления контроля. После того как эти лимиты были установлены, они должны соблюдаться как всеми подразделениями, так и на всех уровнях контроля. На уровне групп лимиты должны распределяться между входящими в них подразделениями. Данные лимиты и делегирование должны регулярно – не менее одного раза в год – пересматриваться.

В Великобритании ст. 4 Закона о банках относит обязанность кредитного учреждения по поддержанию адекватной ликвидности к числу пруденциальных. Адекватность ликвидности касается соотношения ликвидных активов и обязательств, в том числе условных, с учетом факторов характера и масштаба операций банка, рисков, присущих этим операциям, а также фактора осуществления операций в рамках консолидированной группы.

Конкретные режимы ликвидности для банков установлены Справочником Управления финансовых услуг (*FSA*), который:

- для розничных банков (*sterling stock regime*) требует поддержания ликвидных активов в размере, достаточном для покрытия пятидневного чистого оттока средств по оптовым операциям, и 5 % депозитов, изымаемых за этот период;
- остальных банков (*mismatch regime*) предполагает оценку достаточности активов для исполнения обязательств с учетом их сроков.

Управление риском ликвидности включает проведение стресс-тестирования, проведение сценарного анализа потребностей в ликвидности, разработку планов резервного фондирования в случае кризисов ликвидности и внутренних документов по управлению риском ликвидности.

В Нидерландах Закон о финансовом надзоре (раздел 3.3.7) содержит следующие положения о ликвидности кредитных учреждений. Кредитные учреждения должны быть достаточно ликвидными, соответствовать правилам Центрального банка Нидерландов о минимальном размере, составе и расчете ликвидности, а также незамедлительно информировать Центральный банк Нидерландов о неспособности выполнять установленные правила, в том числе для временного введения индивидуального режима ликвидности.

В Италии, согласно Закону о банках, Банк Италии вправе принимать правила, направленные на ограничение рисков в различных формах (ст. 53), в том числе в рамках банковских групп (ст. 67), а также запрещать создание отделений в Италии или других государствах ЕС, если это угрожает ликвидности банка (ст. 15).

В Польше, согласно ст. 8 Закона о банках, устанавливается обязанность банков поддерживать достаточную ликвидность для исполнения денежных обязательств (платежная ликвидность), соответствующую масштабу и видам осуществляемой деятельности, таким образом, чтобы обеспечивать исполнение обязательств при наступлении сроков исполнения. Согласно ст. 92а, банк не может заключать соглашения о секьюритизации, которые ухудшают ликвидность банка. Стандарты банковской ликвидности устанавливаются Управлением финансового надзора (ст. 137). При ухудшении банковской ликвидности Управление финансового надзора вправе запретить выплаты из чистых доходов или создание структурных подразделений до восстановления уровня ликвидности, соответствующего стандартам, установленным Управлением (ст. 138).

В Чехии ст. 14 Закона о банках предусматривается общая обязанность банка поддерживать платежеспособность во все время его деятельности, а также соблюдать правила Национального банка Чехии, касающиеся ликвидности (установлены Декретом от 15 мая 2007 г.

№ 123/2007). Кроме того, банк обязан разработать систему управления рисками, включая риск ликвидности (ст. 8b).

Особенности банковского надзора за реорганизуемыми кредитными организациями

В Великобритании сделки по слиянию и присоединению банков регулируются правилами Кодекса по слияниям и поглощениям, который разработан Комитетом по слияниям и поглощениям. Председатель и заместители данного Комитета назначаются Управляющим Банка Англии. В Комитет также входят представители профессиональных участников финансового рынка. Английский орган финансового надзора (*FSA*) руководствуется Кодексом при контроле за процессами слияний и поглощений в банковской сфере. В соответствии с Законом «О финансовых услугах и рынках» 2000 г. *FSA* вправе применять к нарушителям Кодекса меры пруденциального воздействия. Основные цели Кодекса – транспарентность сделок с акциями и справедливость определения цены при их покупке. Кодекс не регулирует вопросы уведомления кредиторов, которые не являются акционерами.

В Латвии вопросы реорганизации банков регулируются Законом о коммерческих банках и Торговым законом. Согласно Закону о коммерческих банках, кредитное учреждение должно получить разрешение на реорганизацию от Комиссии по финансам и рынку капитала с предварительным уведомлением (за 15 дней) о принятии решения о реорганизации. Уведомление кредиторов регулируется Торговым законом, согласно которому в течение 15 дней с даты принятия решения о реорганизации каждая из компаний должна уведомить всех своих известных кредиторов путем публикации в официальном издании извещения о реорганизации, содержащего данные, требуемые Торговым законом. Кредиторы не вправе получать досрочное исполнение обязательств, но могут требовать предоставления гарантий обеспеченности исполнения.

В Эстонии вопросы слияния кредитных учреждений подробно урегулированы в Законе о кредитных учреждениях. Слияние (охватывает и присоединение) является единственно возможной формой реорганизации кредитных учреждений, поскольку Закон запрещает разделение (выделение) и преобразование банков. Слияние банков регулируется Торговым кодексом с учетом особенностей данного Закона. В частности, это касается срока уведомления органа банковского надзора (три дня с даты заключения соглашения о слиянии), перечня предоставляемых документов (план, отчет, окончательный баланс и т. п.), обязательного аудита с назначением аудитора органом банковского надзора и других вопросов. Срок для рассмотрения документов составляет не менее семи и не более 30 дней.

В Турции вопросы слияний регулируются нормами Закона о банках, который предусматривает, что слияние банков требует согласия надзорного органа. При неспособности банков провести слияние в течение трех месяцев после получения разрешения оно утрачивает свою силу. Закон прямо исключает применение общих норм Торгового кодекса Турции в отношении слияний и предусматривает регулирование процессов слияния банков актами надзорного органа.

В США вопросы слияний и поглощений регулируются нормами Закона о национальных банках, Закона о Федеральной корпорации страхования вкладов и Закона о банковской холдинговой компании, а также подзаконными актами, согласно которым функции контроля возложены на Контролера денежного обращения и Федеральную корпорацию страхования вкладов (в отношении застрахованных депозитных учреждений). Указанные законы и подзаконные акты не затрагивают вопросы взаимоотношений с кредиторами.

3.2. Регулирование банковских и финансовых холдинговых компаний в праве США и европейских стран

3.2.1. Регулирование банковских и финансовых холдинговых компаний в праве США

В настоящее время около 84 % банков США, включая все крупные банки, входят в банковские холдинговые компании, создание которых рассматривалось начиная с Закона Гласса – Стиголла 1933 г. и последовавших за ним законов, ограничивающих для коммерческих банков предметную (в первую очередь операции с ценными бумагами) и территориальную (филиалы и дочерние банки на территории нескольких штатов) сферу банковской деятельности в качестве эффективного организационного и правового механизма диверсификации и концентрации финансовых услуг. Основными источниками регулирования деятельности банковских холдинговых компаний являются Закон о банковских холдинговых компаниях 1956 г. (далее – Закон 1956 г.) с последующими изменениями, включая изменения 1970, 1994 гг.¹²⁰, Закон «О модернизации финансовых услуг» 1998 г. (далее – Закон Грэмма – Лича – Блайли) и Закон Додда – Франка «О реформе Уолл-стрит и защите потребителей» 2010 г. (далее – Закон Додда – Франка) и Положение Y Федеральной резервной службы (ФРС) «Банковские холдинговые компании и изменение банковского контроля»¹²¹, которое содержит детализированные правила деятельности банковских и финансовых холдинговых компаний.

Согласно Закону 1956 г., банковская холдинговая компания (*bank holding company*) означает любую компанию, которая:

- прямо или косвенно владеет, контролирует или обладает правом голоса 25 % или более акций банка или другой холдинговой компании;
- контролирует любым способом избрание большинства директоров или управляющих банка или другой холдинговой компании;
- прямо или косвенно обладает контролем над органами управления или принятием решений банка или другой холдинговой компании.

Если компания обладает менее чем 5 % акций в банке или другой холдинговой компании, такая компания признается не обладающей контролем в целях признания банковской холдинговой компанией.

Основным регулятором банковских холдинговых компаний в соответствии с Законом 1956 г. является ФРС. Компания, которая планирует приобрести контроль над банком, обязана получить предварительное одобрение ФРС, чтобы после приобретения банка осуществлять деятельность в качестве банковской холдинговой компании. Одобрения также требует любое предполагаемое приобретение свыше 5 % голосующих акций банка.

Банковская холдинговая компания вправе непосредственно заниматься или учреждать (приобретать) подразделения для занятия видами деятельности, тесно связанными с банковской деятельностью, определенными ФРС (ипотечное кредитование, обслуживание коммерче-

¹²⁰ Соответственно включили однобанковские холдинговые компании в сферу надзора, а также предоставили право банковским холдинговым компаниям приобретать банки в других штатах при условии, если их активы не превышали 30 % общих активов приобретаемого в штате банка или 10 % национальных активов.

¹²¹ Regulation Y, Bank Holding Companies, and Change in Bank Control. Текст доступен в Интернете по адресу www.federalreserve.gov. Также см.: Шамраев А. В. Регулирование банковских и финансовых холдинговых компаний в праве США, ЕС и отдельных европейских стран // Банковское право. 2012. № 3. С. 25–37.

ских и потребительских кредитов, лизинг, коллекторская деятельность, управление активами, трастовые операции, оценка недвижимого имущества, финансовое, инвестиционное, управленческое консультирование, некоторые виды страхования). Инвестиции банковской холдинговой компании в компании, занимающиеся видами деятельности, не связанными с банковской деятельностью, не могут превышать 5 % с предварительным одобрением ФРС или последующим уведомлением, в зависимости от типа инвестиций.

Чтобы осуществлять свою деятельность, банковская холдинговая компания должна быть «хорошо капитализированной» (*wellcapitalized*) и «хорошо управляемой» (*well-managed*).

Банковская холдинговая компания считается хорошо капитализированной, если:

- поддерживает на консолидированной основе¹²² взвешенный с учетом риска коэффициент достаточности капитала в размере 10 % и выше;
- поддерживает на консолидированной основе взвешенный с учетом риска коэффициент достаточности капитала первого уровня в размере 6 % и выше;
- в отношении банковской холдинговой компании не подлежат применению никакое письменное соглашение, приказ, директива ФРС о достижении и поддержании определенного уровня капитала.

Банковская холдинговая компания считается хорошо управляемой, если:

- при последней проверке уполномоченным банковским регулятором получила как минимум удовлетворительный общий рейтинг и рейтинг за управление (если имеется);
- отсутствии указанного рейтинга ФРС самостоятельно установит, что банковская холдинговая компания хорошо управляется.

Хорошо капитализированная и управляемая банковская холдинговая компания вправе:

- не получать в ФРС предварительное одобрение выкупа или приобретения собственных ценных бумаг;
- получать в упрощенном порядке одобрение ФРС на приобретение долей участия в банках;
- получать в упрощенном порядке одобрение ФРС на приобретение голосующих ценных бумаг или активов компании, занимающейся небанковской деятельностью, разрешенной ФРС.

Закон Грэмма – Лича – Блайли отменил ряд запретов, установленных Законом Гласса – Стигола 1933 г., в частности на аффилированность банков с организациями, основными видами деятельности которых является выпуск, размещение, андеррайтинг, публичная продажа и распределение ценных бумаг (ст. 20), а также на участие в органах управления банков должностных лиц указанных организаций (ст. 32).

Закон Грэмма – Лича – Блайли предоставил право банковским холдинговым компаниям просить ФРС о признании их финансовыми холдинговыми компаниями (*financial holding companies*) при условии, что все депозитные учреждения, контролируемые банковской холдинговой компанией, должны быть и оставаться хорошо капитализированными и управляемыми, а сама банковская холдинговая компания должна сделать так называемый эффективный выбор (*effective election*) путем направления в ФРС соответствующего заявления, которое вступает в силу на 31-й день, если ФРС не уведомит банковскую холдинговую компанию о наличии оснований для непризнания выбора эффективным.

Аналогичные требования установлены для иностранного банка, являющегося банковской холдинговой компанией, и банковской холдинговой компании, владеющей иностранным банком с коммерческим присутствием в США.

При этом иностранный банк считается хорошо капитализированным, если:

¹²² За исключением так называемых малых банковских холдинговых компаний (*small bank holding companies*) с активами до 500 млн дол., для которых действуют облегченные требования.

- надзорный орган государства происхождения принял стандарты капитала, соответствующие стандартам Базельского комитета по банковскому надзору;

- иностранный банк поддерживает взвешенный с учетом риска коэффициент достаточности капитала первого уровня в размере 6 % и взвешенный с учетом риска коэффициент достаточности капитала в размере 10 %, определенные согласно стандартам государства происхождения;

- капитал иностранного банка сравним с капиталом, требуемым для банка США, которым владеет финансовая холдинговая компания.

Иностранный банк признается хорошо управляемым, если:

- его отделение или подразделение в США получило как минимум удовлетворительный рейтинг;

- надзорный орган государства происхождения соглашается с расширением деятельности иностранного банка в США за счет видов деятельности, разрешенных для финансовой холдинговой компании;

- управление иностранным банком соответствует стандартам, сравнимым с требуемыми для банка США, которым владеет финансовая холдинговая компания.

Закон Грэмма – Лича – Блайли расширил сферу деятельности банковской холдинговой компании, признанной финансовой холдинговой компанией, за счет:

- выдачи кредитов, управления имуществом и других банковских видов деятельности, инвестирования в интересах других лиц, а также принятия сбережений, осуществления инвестиций в ценные бумаги;

- действий в качестве принципала, агента или брокера для целей страхования, предоставления гарантий от вреда, убытков, вреда жизни и здоровью;

- предоставления финансовых консультаций;

- осуществления коллективных инвестиций;

- предоставления услуг андеррайтера.

Финансовая холдинговая компания может осуществлять любую иную деятельность, если ФРС определяет такую деятельность как финансовую по характеру или сопутствующую финансовой деятельности, включая услуги администрирования взаимных фондов, приобретение акций на бирже, предоставление услуг по выдаче сертификатов электронных подписей, выдачу наличных денежных средств по чекам, осуществление переводов денежных средств, совершение сделок с финансовыми активами иными, чем деньги и ценные бумаги, предоставление услуг посредника (*finder*).

Если ФРС устанавливает, что финансовая холдинговая компания контролирует любое депозитное учреждение, которое не является хорошо капитализированным и управляемым, то надзорный орган вправе принять меры по исправлению ситуации, включая предписание о прекращении собственности или контроля за депозитным учреждением. При выявлении нарушений, касающихся иностранного банка, ФРС может ввести ограничения в отношении его деятельности в США, при этом иностранный банк не может начинать заниматься любыми дополнительными видами деятельности в США и приобретать контроль над любыми компаниями в соответствии с Законом о банковских холдинговых компаниях без предварительного одобрения ФРС. При неустранении нарушений ФРС может предписать иностранному банку закрыть отделения и подразделения в США.

Закон Додда – Франка содержит следующие ключевые положения, затрагивающие банковские холдинговые компании¹²³:

¹²³ Vartanian Thomas P., Miller Gordon L. Systemic Regulation of Large Bank Holding Companies Under the Dodd-Frank Act, Bank Accounting&Finance, December 2010 – January 2011. P. 3–11.

- банковские холдинговые компании с общим размером консолидированных активов 50 млрд дол. и выше должны подлежать более строгому пруденциальному надзору, включая повышенные требования к контролю за рисками, капиталу и ликвидности, лимитам концентрации кредитных рисков, заемных средств;
- расширены полномочия ФРС по надзору за функционально регулируемые дочерними организациями (инвестиционными и страховыми компаниями) банковской холдинговой компании;
- в сферу регулирования Закона о банковских холдинговых компаниях включены некоторые небанковские финансовые компании (*nonbank financial companies*) и холдинговые компании по ценным бумагам (*securities holding companies*) под надзором ФРС;
- ужесточены лимиты приобретений банковской холдинговой компанией контролируемых организаций;
- введены ограничения по торговле за свой счет (*proprietary trading*) банковскими холдинговыми компаниями и небанковскими финансовыми компаниями под надзором ФРС¹²⁴.

3.2.2. Регулирование банковских и финансовых холдинговых компаний в праве европейских стран

В Австрии сфера консолидированного надзора определена в Законе о банках в отношении групп кредитных учреждений (раздел IV). Группа кредитных учреждений считается существующей, когда кредитное учреждение или финансовая холдинговая компания («доминирующее кредитное учреждение»), имеющие корпоративное присутствие в Австрии:

- поддерживают прямо или косвенно преобладающее участие в капитале;
- владеют большинством голосующих прав акционеров;
- имеют право назначать или отзывать большинство членов административного управляющего или контрольного органа;
- имеют право оказывать или оказывает контролирующее влияние;
- на основании соглашения с одним или более акционерами дочерней организации имеют право решать, как будут осуществляться права акционеров в случае назначения или отзыва большинства членов управляющего или контрольного органа (в части, необходимой для достижения преобладающего большинства всех голосов с учетом собственных голосов);
- прямо или косвенно владеют по крайней мере 20 % прав голоса или капитала подчиненного учреждения и соответствующая доля участия управляется компанией, принадлежащей той же самой группе вместе с одной или более компаниями, не принадлежащими к группе кредитных учреждений, относительно одного или более кредитных или финансовых учреждений, инвестиционных фирм или вспомогательных компаний банковских услуг («подчиненных учреждений»), имеющих свое корпоративное присутствие в Австрии или за границей.

Группа кредитных учреждений также признается существующей, когда финансовая холдинговая компания имеет свое корпоративное присутствие в другом государстве-члене и при этом:

- по крайней мере одно кредитное учреждение, имеющее его корпоративное присутствие в Австрии, подчинено этой финансовой холдинговой компании;
- никто из членов группы не является кредитным учреждением, допущенным к деятельности в государстве-члене и имеющим свое корпоративное присутствие в государстве учреждения финансовой холдинговой компании;

¹²⁴ Данное положение можно рассматривать как частичный отход от идеологии либерализации регулирования кросс-секторальных связей в финансовом секторе США, заложенной в Законе Грэмма – Лича – Блайли, и возврат к принципам Закона Гласса – Стигола.

• кредитное учреждение, расположенное в Австрии, имеет больший совокупный ежегодный баланс, чем другие кредитные учреждения группы, допущенные к занятию деятельностью в государствах-членах.

Косвенные участия учитываются для целей консолидации, если они осуществляются через одну или более компаний, в которой (которых) доминирующее учреждение владеет правами участия по крайней мере в 20 %.

Группа кредитных учреждений не считается существующей в отношении следующих доминирующих учреждений:

- кредитного учреждений, расположенного в Австрии, в то же время подчиненного другому кредитному учреждению, расположенному в Австрии;
- финансовой холдинговой компании, расположенной в Австрии, в то же время подчиненной кредитному учреждению или финансовой холдинговой компании, расположенным в Австрии;
- финансовой холдинговой компании, расположенной в Австрии, в то же время являющейся подчиненным учреждением кредитного учреждения, допущенного к деятельности в государстве-члене.

Доминирующее кредитное учреждение обязано составлять консолидированную финансовую отчетность для группы кредитных учреждений. Отчетность подчиненного кредитного учреждения не включается в консолидированную при временном характере владения акциями или долями, но она прилагается к консолидированной отчетности. Доминирующее кредитное учреждение также обязано ежеквартально направлять надзорному органу отчетность об активах и торговых операциях подчиненных кредитных учреждений, включая иностранные.

Закон о банках предусматривает ответственность доминирующего кредитного учреждения за соблюдение требований законодательства, применимых к группе кредитных учреждений. С этой целью учреждения, принадлежащие к группе кредитных учреждений, обязаны устанавливать адекватные процедуры внутреннего контроля и предоставлять доминирующему кредитному учреждению всю информацию, необходимую для консолидации, а также для ограничения рисков группы. Обязанность по предоставлению информации распространяется также на компании, в которых кредитное учреждение группы владеет правом участия, на дочерние организации, расположенные в Австрии (в части предоставления информации материнским организациям, расположенным за рубежом). В отношении консолидируемых компаний, расположенных за рубежом, применяется требование о направлении информации надзорному органу по его запросу.

Доминирующее кредитное учреждение обязано незамедлительно письменно сообщать надзорному органу наименование, правовую форму, корпоративное присутствие и государство инкорпорации доминирующей финансовой холдинговой компании, а также последующие изменения указанных сведений.

Доминирующее кредитное учреждение отвечает перед надзорным органом за представление информации подчиненными учреждениями, финансовой холдинговой компанией. Если последняя оказывается не в состоянии представить требуемую информацию, доминирующее кредитное учреждение обязано информировать об этом надзорный орган. В случае когда при приобретении участия, подлежащего консолидации, представление информации не может быть гарантировано, доминирующее учреждение не вправе приобретать такое участие.

Надзорный орган вправе запрашивать у доминирующих, подчиненных кредитных учреждений и их органов представления промежуточной финансовой отчетности, аудиторских заключений, информации по всем вопросам ведения банковской деятельности, изучать документы и данные в ходе проверок, а также требовать обеспечения доступности определенных документов в Австрии. Если материнской организацией является компания со смешанной деятельностью, надзорный орган уполномочен требовать от кредитных учреждений всю необхо-

димую информацию о материнской организации, которая обязана обеспечить предоставление кредитным учреждениям необходимых документов и информации. Представленные материнской организацией документы и информация могут быть проверены представителями надзорного органа или назначенными им независимыми (от материнской организации) аудиторами в кредитном учреждении. Если материнская организация или одна из ее дочерних организаций расположены в другом государстве-члене, надзорный орган запрашивает компетентные органы этого государства о проведении проверки документов и информации.

Во Франции сфера консолидированного надзора определена ст. L. 511-20, L. 511-34, L. 511-41 Валютного и финансового кодекса и Положением Банковской комиссии от 6 сентября 2003 г. № 2000-03 о пруденциальном надзоре на консолидированной основе (далее – Положение 2003 г.). Объектом консолидированного надзора являются:

- финансовые группы, формируемые прямыми или косвенными дочерними организациями кредитного учреждения или финансовой холдинговой компании, а также компаниями финансового характера (определяются министром экономики), в отношении которых материнская компания осуществляет контроль;

- смешанные группы, формируемые прямыми или косвенными дочерними организациями, материнская организация которых не является финансовой холдинговой компанией, кредитным учреждением, но как минимум одна дочерняя организация является кредитным учреждением.

Положение 2003 г. конкретизирует сферу консолидированного надзора следующим образом.

На кредитные учреждения распространяются требования, касающиеся консолидации, если:

- кредитное учреждение осуществляет на исключительной или совместной основе контроль за одним или более кредитных учреждений, допущенных к банковской деятельности уполномоченным органом государства – члена ЕС, либо оказывает на них существенное влияние;

- кредитное учреждение осуществляет на исключительной или совместной основе контроль за одним или более финансовыми учреждениями.

Если кредитные учреждения объединены в специализированную сеть с наличием центрального органа (национальные кассы сельхозкредита, взаимного кредита, общества ипотечного кредита), то в рамках сети должна быть определена консолидирующая материнская организация. Вместе с тем банковская комиссия может решить, что в качестве консолидирующей будет рассматриваться другая организация.

Финансовые холдинговые компании, имеющие головное местонахождение во Франции, включаются в сферу консолидированного надзора Банковской комиссии при наличии во Франции дочерних кредитных учреждений. Если финансовая холдинговая компания имеет головное местонахождение в другом государстве – члене ЕС, не имеет в этом государстве дочерних кредитных учреждений, но имеет дочернее кредитное учреждение во Франции, то финансовая холдинговая компания включается в сферу консолидированного надзора, если размер совокупных активов французского дочернего кредитного учреждения больше активов всех остальных дочерних кредитных учреждений, расположенных в других странах. В отношении кредитных учреждений, допущенных к банковской деятельности в двух и более государствах – членах ЕС, имеющих в качестве своих материнских организаций более одной финансовой холдинговой компании с головными офисами в различных государствах – членах ЕС, каждое из которых является принимающим для кредитных учреждений, консолидированный надзор осуществляется уполномоченным органом кредитного учреждения с наибольшим балансом.

По согласованию между Банковской комиссией и надзорным органом государства – члена ЕС, в котором дочерние кредитные учреждения финансовой холдинговой компании

осуществляют большую часть своей банковской деятельности, полномочия по консолидированному надзору могут быть переданы надзорному органу другого государства. Перечень финансовых холдинговых компаний, в отношении которых осуществляется консолидированный надзор, публикуется Банковской комиссией.

Положение 2003 г. содержит специальные нормы, касающиеся надзора за финансовыми конгломератами. Группа подлежит надзору в качестве финансового конгломерата в следующих случаях:

- бизнес группы осуществляется главным образом в финансовом секторе и соотношение размера балансов финансовых организаций группы и размера баланса группы превышает 40 %;
- бизнес группы в финансовом секторе является важным, и соотношение совокупного баланса (коэффициента платежеспособности) группы в финансовом секторе и балансов (коэффициентов платежеспособности) финансовых организаций группы превышает 10 %;
- бизнес группы в секторе является важным и размер баланса наименее важного для группы финансового сектора превышает 6 млн евро.

В отношении финансовых конгломератов, действующих на территории нескольких государств – членов ЕС, установлены следующие критерии определения ведущего координатора:

1) для финансовых конгломератов, возглавляемых регулируемой организацией, координатором является орган, ответственный за пруденциальный надзор за этой организацией;

2) финансовых конгломератов, возглавляемых смешанной финансовой холдинговой компанией, координатором является орган, ответственный за пруденциальный надзор за регулируемой дочерней организацией:

- допущенной к деятельности в государстве, в котором смешанная финансовая холдинговая компания имеет свой зарегистрированный офис, когда данная компания является материнской для нескольких регулируемых организаций,
- осуществляющей свой бизнес в наиболее значимом финансовом секторе, когда несколько регулируемых организаций, являющихся дочерними для смешанной финансовой холдинговой компании, имеющих свои зарегистрированные офисы в том же государстве, что и смешанная финансовая холдинговая компания, и активных в различных финансовых секторах,
- имеющей наибольший совокупный баланс в наиболее значимом финансовом секторе, когда нерегулируемая организация является дочерней для смешанной финансовой холдинговой компании и допущена к занятию деятельностью в государстве, в котором указанная компания имеет свой зарегистрированный офис.

В случае когда конгломерат возглавляется несколькими смешанными финансовыми холдинговыми компаниями, имеющими свои зарегистрированные офисы в разных государствах и как минимум одну регулируемую дочернюю организацию в государстве, в котором финансовые холдинговые компании имеют свои зарегистрированные офисы, координатором является орган, ответственный за пруденциальный надзор за регулируемой организацией, осуществляющей свою деятельность в наиболее значимом финансовом секторе или имеющей наибольший совокупный баланс, если в этом же финансовом секторе осуществляют свою деятельность несколько регулируемых организаций.

Положение 2003 г. предусматривает установление нормативов на консолидированной основе: в отношении консолидированных групп действуют коэффициенты платежеспособности, крупных рисков, рыночных рисков. Кредитные учреждения, входящие в группу, могут не соблюдать эти нормативы, если:

- отсутствуют существенные препятствия для перевода собственных средств или выплат по обязательствам материнской организации группы;

- материнская организация заявляет Банковской комиссии, что она гарантирует исполнение обязательств своих дочерних организаций, которые применяют подход пруденциального управления;

- процедуры оценки, контроля рисков материнской организации охватывают дочерние организации и управления рисками;

- материнской организации принадлежит более 50 % голосующих прав в капитале дочерних организаций либо право назначения (увольнения) большинства членов органов управления дочерних организаций.

Для распространения исключений на кредитные учреждения группы материнская организация обязана сообщить Банковской комиссии перечень дочерних организаций, а также в дальнейшем направлять сведения, влияющие на соблюдение установленных условий. Банковская комиссия вправе отказать в применении исключения при невыполнении установленных условий, потребовать от любого кредитного учреждения соблюдения всех нормативов на индивидуальной или при необходимости на консолидированной основе.

Материнская организация может не соблюдать нормативы на консолидированной основе, если:

- отсутствуют существенные препятствия для перевода собственных средств или выплат по обязательствам материнской организации;

- процедуры оценки, контроля рисков материнской организации охватывают дочерние организации и управления рисками.

Все регулируемые организации финансовых конгломератов обязаны выполнить процедуры:

- отражающие влияние стратегии организации в рамках конгломерата на профиль риска и дополнительные требования к капиталу;

- для идентификации, измерения, мониторинга, контроля сделок между различными организациями конгломерата и концентрации рисков.

Финансовые холдинговые компании, находящиеся под консолидированным надзором, обязаны уведомлять надзорный орган о любых назначениях и увольнениях лиц, ответственных за планирование бизнеса, в течение одного месяца после соответствующего события. Финансовые конгломераты, для которых координатором является Банковская комиссия, обязаны представлять ей ежегодные декларации, описывающие соблюдение дополнительных требований к капиталу финансовых конгломератов, информацию о важных сделках между различными организациями конгломерата и о концентрации риска.

Валютный и финансовый кодекс предписывает компаниям, которые учреждены во Франции и формируют часть финансовой или смешанной группы, включающей кредитные учреждения, имеющие зарегистрированные офисы в государствах – членах ЕС, направлять компаниям этой же группы в других государствах-членах информацию, касающуюся их финансового положения, которая необходима для организации консолидированного надзора за кредитными учреждениями. Данная информация не может сообщаться вне группы, за исключением уполномоченных органов государств-членов.

Банковская комиссия вправе требовать от кредитных учреждений, входящих в группу, соблюдения нормативов на субконсолидированной основе в случаях, когда кредитные учреждения или, если применимо, материнская организация, являющаяся финансовой холдинговой компанией, имеют в качестве дочернего кредитное учреждение, учрежденное в третьей стране.

Банковская комиссия может исключить любую компанию из сферы консолидированного надзора, если:

- головной офис компании расположен в стране, в которой существуют правовые и практические препятствия для передачи информации, необходимой для определения рисков и контроля за ними;

- консолидация компании может быть ненадлежащей или вводящей в заблуждение с учетом задач консолидированного надзора.

В Германии в соответствии с Законом о кредитном деле консолидированный надзор осуществляется в отношении групп финансовых учреждений, финансовых холдинговых компаний и смешанных холдинговых компаний.

Группа учреждений (кредитных учреждений и (или) фирм по торговле ценными бумагами) состоит из учреждения, главный офис которого расположен внутри страны (головная компания), и нижестоящих компаний (компании, входящие в группу). Нижестоящими компаниями считаются дочерние структуры учреждения, которые сами являются учреждениями, финансовыми компаниями или операторами сопутствующих услуг. В случае когда при перекрестных участиях ни одно из учреждений не удовлетворяет условиям признания группы, Федеральное ведомство по надзору за финансовыми услугами своим решением назначает одно из учреждений головным. Если в подчинении учреждения находятся исключительно операторы сопутствующих услуг, то эта структура не считается группой учреждений. Группой учреждений считается также горизонтальная группа компаний, объединяющая учреждение с другими компаниями рынка банковских услуг и услуг рынка ценных бумаг.

Финансовой холдинговой компанией признается финансовое предприятие, чьи дочерние организации являются исключительно или преимущественно кредитными учреждениями, учреждениями финансовых услуг либо финансовыми предприятиями, в числе которых присутствует как минимум одно принимающее депозиты кредитное учреждение или одна фирма по торговле ценными бумагами. Головной компанией финансового холдинга считается кредитное учреждение, главный офис которого расположен внутри страны и которое не подчинено никому из участников холдинга, чей главный офис расположен внутри страны.

Подчиненными компаниями считаются учреждения, финансовые компании или операторы финансовых услуг, главный офис которых расположен внутри страны или за рубежом, если они, будучи участниками холдинга, прямо или косвенно владеют 20 %-ным пакетом акций, управляют учреждениями или иными компаниями и отвечают по обязательствам этих учреждений или компаний в объеме, ограниченном их долевым участием (квалифицированное миноритарное участие). Пакеты акций, находящиеся в прямом или косвенном владении, а также пакеты акций, которыми владеют третьи лица за счет компании – участника холдинга, суммируются. Пакеты акций, находящиеся в косвенном владении, не учитываются в том случае, если они управляются компанией, не являющейся дочерней структурой головного учреждения. Подчиненными компаниями считаются также компании, которые добровольно включены в консолидацию.

Материнскими финансовыми холдингами в одном из государств-членов считаются финансовые холдинги, не являющиеся дочерними структурами какого-либо института или иного финансового холдинга, главный офис которого расположен в том же самом государстве ЕС. Материнскими финансовыми холдингами ЕС считаются материнские финансовые холдинги, расположенные в одном из государств-членов, не являющиеся дочерними структурами какого-либо института или иного финансового холдинга, главный офис которого расположен в одном из государств ЕС.

Смешанными холдинговыми компаниями являются предприятия, которые не являются финансовыми холдинговыми компаниями, кредитными учреждениями, учреждениями финансовых услуг, дочерней организацией которых является как минимум одно принимающее депозиты кредитное учреждение или одна фирма по торговле ценными бумагами.

Группа учреждений или финансовый холдинг считаются трансграничными, если компании, входящие в группу (холдинг), имеют главный офис в не менее чем двух разных государствах ЕС.

В соответствии с Законом о кредитном деле установлены специальные требования в отношении определения собственных средств групп учреждений финансовых холдингов. Оценка достаточности собственных средств всех компаний группы (холдинга) в целом производится посредством консолидации их собственных средств, включая доли других участников и учитывая те рискованные позиции, которые являются существенными. Головные компании групп (холдингов) обязаны ежеквартально представлять Федеральному ведомству по надзору за финансовыми услугами и Бундесбанку данные, необходимые для проверки достаточности их собственного капитала. Федеральное ведомство по надзору за финансовыми услугами может предоставить учреждению по его просьбе и при соблюдении установленных требований разрешение учитывать соответствующие позиции дочерних компаний при расчете достаточности собственного капитала на индивидуальной основе, а также освободить отдельные группы учреждений или финансовые холдинги от выполнения требований об определении достаточности средств на консолидированной основе.

Для составления консолидированной отчетности головная компания группы учреждений (финансового холдинга) обязана руководствоваться параграфами 290–324 Торгового кодекса о составлении балансов, счетов прибылей концернов, включающих кредитные учреждения, с учетом специальных положений Закона о кредитном деле, а также на основе МСФО.

Кредитные учреждения, финансовые холдинговые компании обязаны направлять Федеральному ведомству по надзору за финансовыми услугами уведомления о фактах, связанных с участием в других учреждениях (крупные участия, прямые, косвенные участия, тесные связи). Подчиненные предприятия (в том числе не включенные в консолидацию), холдинговая компания, члены органов их управления обязаны представлять необходимую информацию и документы по запросу Федерального ведомства по надзору за финансовыми услугами и Бундесбанка для обеспечения их функций консолидированного надзора. Федеральное ведомство по надзору за финансовыми услугами вправе проводить проверки подчиненных предприятий. Предприятия, расположенные за рубежом, обязаны по запросу Федерального ведомства по надзору за финансовыми услугами проводить проверки правильности сведений о консолидации с учетом положений национального законодательства. Обязанности по представлению информации и документов распространяются также в отношении владельцев квалифицированных долей участия в учреждении и контролируемых им предприятиях, а также связанных с ними лиц.

Федеральное ведомство по надзору за финансовыми услугами может воздержаться от осуществления надзора за группой учреждений или финансовых холдингов и временно передать полномочия по осуществлению надзора на консолидированной основе другому компетентному органу в пределах ЕС, если осуществление надзора Федеральным ведомством по надзору за финансовыми услугами представляется нецелесообразным с учетом специфики поднадзорных институтов и значения их коммерческой деятельности в другом государстве, а также если:

- головная компания группы институтов является дочерней компанией кредитного учреждения, чей главный офис расположен на территории другого государства – члена ЕС, и включена в этом государстве в систему надзора на консолидированной основе;
- финансовые холдинги подвергаются надзору на консолидированной основе со стороны компетентных органов другого государства ЕС.

В этих случаях Федеральное ведомство по надзору за финансовыми услугами временно освобождает указанную головную компанию от соблюдения требований на консолидированной основе.

Если Федеральное ведомство по надзору за финансовыми услугами по договоренности с компетентными органами ЕС принимает на себя функции надзора на консолидированной основе за группой институтов или финансовых холдингов, оно вправе наделить один из институтов группы, главный офис которого расположен внутри страны, статусом головной компании.

При выявлении нарушений организационной структуры группы учреждений (холдинга) Федеральное ведомство по надзору за финансовыми услугами вправе снизить верхний предел крупных кредитов, установленный для групп учреждений (холдингов), а также применить общие меры воздействия, предусмотренные Законом о кредитном деле. В случае когда финансовая холдинговая компания, находящаяся во главе группы, оказывается не способной представить головному учреждению сведения, необходимые для консолидации, Федеральное ведомство по надзору за финансовыми услугами вправе запретить финансовой холдинговой компании осуществление ее прав участия в кредитном учреждении и других подчиненных учреждениях, расположенных в Германии, при отсутствии других способов обеспечения выполнения надзорных требований на консолидированной основе. В течение времени действия запрета предприятия не рассматриваются в качестве подчиненных финансовой холдинговой компании.

В Италии, согласно Закону о банках, сфера консолидированного надзора распространяется в отношении:

- компаний, входящие в банковские группы;
- банковских, финансовых, вспомогательных компаний, как минимум 20 % капитала которых владеют компании, входящие в банковские группы или индивидуальные банки;
- банковских, финансовых, вспомогательных компаний, не включенных в банковскую группу, но контролируемых физическим или юридическим лицом, которое контролирует банковскую группу или индивидуальный банк;
- компаний, контролирующих как минимум один банк;
- компаний иных, чем банковские, финансовые, вспомогательные компании, контролируемые индивидуальным банком или в которых контролирующий интерес принадлежит совместно или иным образом компаниям, входящим в банковскую группу, или иным контролирующим юридическим лицам.

Для признания контролирующего учреждения в качестве материнского должны выполняться следующие условия:

- учреждение должно иметь зарегистрированный офис на территории Италии;
- учреждение не должно в свою очередь контролироваться другим итальянским банком, другой финансовой компанией, имеющей зарегистрированный офис на территории Италии, которая может рассматриваться в качестве материнского учреждения.

Банковские группы включаются в реестр, ведущийся Банком Италии. Дочернее учреждение обязано уведомлять Банк Италии о наличии банковской группы и изменениях в ее составе. Вместе с тем Банк Италии вправе самостоятельно проверять наличие банковских групп и по результатам проверки включать их в реестр, а также определять, что банковская группа имеет в реальности иной состав, чем сообщенный в уведомлении дочернего учреждения. Компании, принадлежащие к группе, должны указывать в своих документах на включение в реестр Банка Италии.

Банк Италии вправе предписывать материнскому учреждению требования, касающиеся банковской группы в целом или отдельных ее структурных единиц, по вопросам достаточности капитала, допустимых участия в капитале, процедур бухгалтерского учета и внутреннего контроля, раскрытия надзорной информации. Устанавливаемые требования:

- должны позволять использование методик внешней независимой или внутренней оценки кредитного риска;

- могут предусматривать возможность ограничения в совершении определенных операций в рамках группы;
- могут затрагивать один или более структурных элементов банковской группы.

Предоставление информации, необходимой для осуществления консолидированного надзора, обеспечивается материнским учреждением, которое должно принять в этих целях правила для организаций группы. Банк Италии вправе запрашивать необходимую информацию от всех субъектов консолидированного надзора. Компании, имеющие свой зарегистрированный офис в Италии, включенные в сферу консолидированного надзора уполномоченными органами других государств – членов ЕС, обязаны представлять необходимую информацию должностным лицам данных уполномоченных органов.

Банк Италии вправе проверять всех субъектов консолидированного надзора, требуя от них представления необходимых документов, включая учредительные документы материнского учреждения, и их изменения. Проверки компаний иных, чем банковские, финансовые, вспомогательные, осуществляются с исключительной целью проверки точности информации, требуемой для консолидации. Банк Италии вправе обратиться к уполномоченному органу другого государства – члена ЕС с просьбой о проведении проверки субъектов консолидированного надзора, расположенных на территории другого государства, а также проводить подобные проверки (в том числе по просьбе третьих государств) в отношении компаний, имеющих зарегистрированные офисы в Италии, включенных в сферу иностранного консолидированного надзора.

3.3. Правовое регулирование создания и деятельности филиалов иностранных банков в США

Правовое регулирование создания и деятельности филиалов иностранных банков на федеральном уровне

В начале XX в. иностранные банки не играли значительной роли в банковской системе США. В 1960-е годы укрепление доллара стимулировало расширение международного присутствия американских банков, что в свою очередь заставило европейские, японские банки задуматься об открытии своих филиалов в США, в 1970-е гг. это стало приобретать распространённый характер¹²⁵. Появление иностранных банков на американском рынке привлекло внимание конгресса США, который пришел к выводу, что иностранные банки пользуются конкурентными преимуществами по сравнению с американскими банками, в частности, они могли проводить банковские операции более чем в одном штате, в то время как национальным банкам это запрещалось; не должны были поддерживать резервы в ФРС.

В связи с этим на федеральном уровне потребовалось принятие соответствующих законодательных актов. В 1978 году был принят Закон о международной банковской деятельности (*International Banking Act 1978 (IBA)*)¹²⁶, которым было предусмотрено:

- иностранные банки могут на федеральном уровне создавать филиалы с согласия Валютного контролера и Совета управляющих ФРС (в случае создания филиала для ведения деятельности между штатами) в штате, где у банка нет имеющего лицензию филиала, если право этого штата не запрещает иностранному банку вести такую деятельность, при соблюдении требований Закона о федеральном страховании депозитов (*Federal Deposit Insurance Act (FDIC)*)¹²⁷ и некоторых других;

- иностранные банки, имеющие филиалы на федеральном уровне, осуществляют деятельность, имея те же права, что и национальные банки, с учетом определенных ограничений.

До принятия Закона о международной банковской деятельности выдача разрешения на ведение иностранными банками деятельности в США и последующая ответственность за надзор за ними были закреплены исключительно за регулируемыми ведомствами штата. Закон о международной банковской деятельности позволил иностранному банку, желающему открыть филиал в США, получить лицензию на федеральном уровне или в штате.

В 1980 году глобализация финансовых рынков, изменения банковского законодательства Японии, Тайваня и Скандинавских стран явились факторами дальнейшего расширения деятельности иностранных банков в США, в первую очередь в штате Нью-Йорк¹²⁸. Одновременно проявились проблемы финансовой устойчивости филиалов двух иностранных банков (*Bank of Credit and Commerce International, Banca Nazionale Del Lavoro*). В связи с этим в 1991 г. был принят Закон об улучшении надзора за иностранными банками (*Federal Banking Supervision Enhancement Act, FBSEA*)¹²⁹.

¹²⁵ если в 1960 г. в Нью-Йорке действовали только представительства иностранных банков, то к 1970 г. насчитывалось уже 19 филиалов. Более подробно см.: Foreign Banks in New York. Electronic version: URL: <http://www.banking.state.ny.us/booklet.htm>

¹²⁶ International Banking Act 1978. Electronic version: URL: <http://www.fdic.gov/regulations/laws/rules/8000-4800.html>

¹²⁷ URL: www.fdic.gov/regulations/laws/rules/1000-100.html

¹²⁸ URL: www.banking.state.ny.us/booklet.htm

¹²⁹ URL: www.ny.frb.org/aboutthefed/fedpoint/fed26.html

Данный Закон:

- установил требование об одобрении Советом управляющих ФРС создания любого нового филиала, представительства, дочерней компании или представительского офиса и предусмотрел, что одобрение не может быть дано, если соответствующий иностранный банк не подлежит консолидированному надзору в стране происхождения;
- ограничил сферу разрешенной деятельности филиала, имеющего лицензию штата, деятельностью, которая разрешена Валютным контролером для филиалов, имеющих федеральную лицензию;
- ввел новые ограничения на привлечение депозитов иностранными банками;
- разрешил Совету управляющих ФРС проводить ежегодные проверки всех филиалов и представительств иностранных банков на местах. Данные проверки могут проводиться также Федеральной корпорацией страхования вкладов (в случае филиалов, чьи вклады застрахованы Корпорацией) и органами банковского надзора штатов.

В частности, в Нью-Йорке такие проверки проводятся представителями Отделения иностранных коммерческих банков Департамента финансовых услуг¹³⁰. Основанием для этого явилась инициатива Суперинтенданта штата Нью-Йорк по вопросам банковской деятельности (*New York State Banking Superintendent*¹³¹) об образовании Консультативного комитета по транснациональным банковским учреждениям (*Advisory Committee on Transnational Banking Institutions*) для изучения рисков, присущих транснациональному ведению банковской деятельности, и выработки рекомендаций по усилению надзора за иностранными банками в Нью-Йорке. В докладе Комитета была отмечена необходимость разработки порядка проведения проверок и осуществления надзора за деятельностью филиалов иностранных банковских корпораций в Нью-Йорке, что было реализовано в 1992 г. в рамках Политик и процедур надзора (*Supervisory Policies and Procedures*)¹³². В ходе проверок осуществляется оценка активов, процедур управления рисками, внутреннего контроля, внешнего и внутреннего аудита, источников финансирования, соблюдения законов и нормативных актов регулирующих органов. Копии отчетов о проверках представляются головному офису банка, Федеральной корпорации страхования вкладов (для застрахованных учреждений) и Федеральному резервному банку Нью-Йорка (в случае проведения специальных проверок).

ФРС совместно с Конференцией органов банковского надзора штатов (*Conference of State Bank Supervisors*) была разработана Улучшенная система надзора за иностранными банками в США, основанная на рейтингах и известная как *ROCA*¹³³. Рейтинговая система предусматривает «оценку силы поддержки» (*Strength of Support Assessment, SOSA*) для проверки способности иностранного банка соответствовать своим обязательствам в США.

¹³⁰ Создано в 1980 г. для контроля за иностранными банками с учетом расширения их деятельности. Департамент финансовых услуг до этого действовал как Департамент банковской деятельности. См.: URL: www.dfs.ny.gov/

¹³¹ В настоящее время Суперинтендант финансовых услуг штата Нью-Йорк (*Superintendent of Financial Services for New York State*).

¹³² Так, Политика FB 1 (*Supervisory Policy FB 1*) установила порядок лицензирования филиалов и представительств иностранных банковских корпораций.

¹³³ R – Risk management (управление рисками), O – Operations (операции, включая аудит и системы внутреннего контроля), C – Compliance (соблюдение законодательства), A – Asset quality (качество активов).

Правовое регулирование создания и деятельности филиалов иностранных банков в штате Нью-Йорк

В штате Нью-Йорк создание и деятельность филиалов иностранных банков регулируются разделом V Закона штата Нью-Йорк о банковской деятельности (*Banking Law of New York State*, далее – Закон о банковской деятельности)¹³⁴.

Согласно § 200 раздела V Закона о банковской деятельности, иностранная банковская корпорация может вести операции с переводными векселями (траттами), чеками, аккредитивами, осуществлять переводы денежных средств, выдавать займы, привлекать депозиты, осуществлять фидуциарные полномочия, только если:

- допускается уставом иностранной банковской корпорации, а также если соблюдены законы территории или государства, согласно которым данная корпорация была учреждена;
- корпорация представила Суперинтенданту такие доказательства природы, характера своей деятельности и финансового положения, которые он потребует;
- корпорация представила Суперинтенданту следующие документы:

– надлежащим образом оформленный письменный безотзывный документ бессрочного действия, имеющий такую же силу, как если бы это была национальная корпорация, согласно которому Суперинтендант и его правопреемники назначаются юристами, которым вручаются все документы по иску или разбирательствам против иностранной банковской корпорации по основаниям, возникшим из сделки с филиалом, расположенным в Нью-Йорке, – письменное свидетельство о назначении представителя для вручения документов, в котором указываются имя и адрес должностного лица, агента или другого представителя, которому Суперинтендант направляет документы;

- корпорация получила от Суперинтенданта лицензию;
- корпорация получила согласие на открытие филиала от Совета управляющих ФРС.

В соответствии с § 201 для получения лицензии иностранный банк обязан:

1) подписать и подать в двух экземплярах Суперинтенданту заявление на выдачу лицензии, в котором указываются:

- название иностранной банковской корпорации,
- в случае филиала – наименование лица, которое будет вести деятельность и управлять делами филиала,
- размер фактически оплаченного капитала корпорации и сумму ее неоплаченного капитала, на который осуществлена подписка,
- фактическая стоимость активов корпорации, которая должна превышать пассивы не менее чем на 1 млн дол.,
- полный и подробный отчет о финансовом положении корпорации на такую дату, предшествующую дате подачи заявления, какую определит Суперинтендант;

2) подать оригинальную копию устава корпорации, удостоверенную копию внутренних правил или их эквивалент;

3) оплатить пошлину за проведение проверки.

Согласно § 201-а Закона о банковской деятельности, после получения лицензии иностранная банковская корпорация может осуществлять деятельность через филиал в месте, указанном в данной лицензии. Лицензия действует в течение срока, не превышающего один год с даты выдачи лицензии или, если это предусмотрено условиями лицензии, до отказа от лицензии или ее отзыва. Лицензия, выданная на срок, не превышающий один год, может быть возобновлена при наличии одобрения Суперинтенданта. Лицензия не может быть передана

¹³⁴ URL: <http://public.leginfo.state.ny.us>

или уступлена. Выданная лицензия должна быть помещена на видное место в филиале. После открытия первого филиала иностранная банковская корпорация может открыть дополнительный филиал без получения дополнительного одобрения при условии направления уведомления об открытии дополнительного филиала в течение 30 дней до момента его открытия. Закон предусматривает возможность отзыва лицензии, но его основания в Законе прямо не перечислены. С отзывом лицензии все права и привилегии корпорации по ведению деятельности, в том числе через филиал, утрачивают силу. Лицензия должна быть возвращена Суперинтенданту в течение 24 часов после получения корпорацией письменного уведомления о ее отзыве.

К деятельности филиала иностранного банка в штате Нью-Йорк предъявляются следующие требования.

В филиале должны вестись и находиться в открытом доступе соответствующие книги, счета и записи, отражающие все операции, совершенные филиалом или от его имени, и все действия, предпринятые в данном штате сотрудниками иностранной банковской корпорации для осуществления операций от имени филиала, расположенного за пределами штата (§ 200-с Закона).

Согласно § 202-f Закона о банковской деятельности, до открытия филиала и ежегодно в течение всего срока ведения им деятельности в штате иностранная банковская корпорация должна сообщать Суперинтенданту суммы оплаченного уставного капитала (*paid-in capital stock*), резервного капитала (*surplus fund*) и нераспределенной прибыли (*undivided profits*), выраженные в валюте государства учреждения, с учетом долларového эквивалента, определенного Суперинтендантом. Предоставление ссуд, покупка и учет векселей, переводных векселей, обеспеченных и не обеспеченных облигаций и других обязательств, предоставление кредита и осуществление акцептов филиалами корпорации должны подчиняться ограничениям, связанным с суммами оплаченного уставного капитала, его резервного капитала и нераспределенной прибыли и действующим для банков и трастовых компаний.

Иностранная банковская корпорация должна в сроки и в форме, предписанной Суперинтендантом, подавать отчеты, в которых указываются сумма активов и пассивов, а также сведения по иным вопросам, в письменной форме и под присягой одного из своих должностных лиц, менеджеров или агентов, ведущих деятельность в штате (§ 204 Закона о банковской деятельности). При неподаче такого рода отчетов корпорация может быть подвергнута санкциям, а в случае содержания в отчете ложной информации лица, составившие отчет, могут быть привлечены к ответственности за дачу ложных показаний (*perjury*).

Согласно § 202-b Закона о банковской деятельности, иностранная банковская корпорация обязана разместить в штате Нью-Йорк требуемые Департаментом финансовых услуг активы для поддержания финансовой устойчивости, защиты интересов вкладчиков филиала. Иностранная банковская корпорация также должна формировать обязательные резервы по депозитам филиала аналогично банкам и трастовым компаниям штата. Исключение составляет случай, когда резервы хранятся в федеральном резервном банке, согласно федеральному закону, с правом Департамента финансовых услуг требовать формирования дополнительных резервов с учетом характера деятельности филиала и размера его депозитов (§ 202-с рассматриваемого Закона).

Данным Законом установлены некоторые ограничения на занятие должностей в филиалах иностранных банков (§ 209). Так, исполнительное должностное лицо филиала иностранного банка не может быть исполнительным должностным лицом, директором или доверительным собственником банка, трастовой компании, сберегательного банка, ссудосберегательной ассоциации, национального банка, федерального сберегательного банка или федеральной сберегательной ассоциации, основной офис которых расположен в штате, банковской холдинговой компании или другой иностранной банковской корпорации, имеющей филиал в штате, за исключением случаев, когда Департамент финансовых услуг дал на это разрешение. Данное

разрешение может быть дано, если исполнение должностным лицом своих обязанностей будет соответствовать политике штата Нью-Йорк. Отзыв разрешения возможен, если этого требует общественный интерес, после разумного уведомления иностранной банковской корпорации и предоставления ей возможности быть заслушанной. Исполнительное должностное лицо иностранной банковской корпорации, являющейся дочерней компанией банковской холдинговой компании, может быть исполнительным должностным лицом и директором такой банковской холдинговой компании и одного или более учреждения, являющихся его дочерними компаниями.

Филиал иностранного банка имеет следующие права:

- предоставлять ссуды и кредиты, взимать проценты, комиссии и сборы по любым ссуде, векселю или другому подтверждающему долг документу в том же объеме и с соблюдением тех же условий, что банки и трастовые компании;
- заниматься деятельностью по возмездному хранению в сейфах денежных средств, ценных бумаг и иных ценностей.

Филиал иностранного банка в соответствии с § 203 Закона о банковской деятельности обязан подать Суперинтенданту письменное заявление для получения разрешения для изменения места ведения деятельности, указанного в лицензии; изменения названия корпорации согласно законам места учреждения; расширения, ограничения или изменения иным образом деятельности, осуществляемой в штате.

В целом можно говорить о предоставлении филиалам иностранных банков национального режима в части банковских операций с пруденциальным регулированием их деятельности как самостоятельных юридических единиц с обособлением активов и резервов.

3.4. Правовое регулирование электронного перевода денежных средств в праве США

Закон об электронном переводе денежных средств 1978 г. (*Electronic Fund Transfer Act*, далее – Закон 1978 г.) и принятое в соответствии с ним Положение *E (Regulation E)*¹³⁵ являются основными источниками правового регулирования электронных переводов денежных средств с участием потребителей. Электронные переводы денежных средств с участием субъектов предпринимательской деятельности на федеральном уровне не регулируются и осуществляются в соответствии с разделом 4А ЕТК соответствующего штата (см. параграф 3.5).

Под «электронным переводом денежных средств» в § 1693 (а) Закона 1978 г. понимается любой перевод денежных средств, начинаемый с использованием электронного терминала, телефона, компьютера или магнитной ленты и предназначенный для передачи поручений, инструкций и разрешений финансовому учреждению на дебетование или кредитование счета. Ключевым в Законе 1978 г. является понятие «признанная карта или другое средство доступа» (*accepted card or other access device*), которое включает в себя карту, код или другие средства доступа к счету клиента в целях совершения электронных переводов денежных средств, если лицо, которому была выдана такая карта или другие средства доступа, запросило и получило, поставило свою подпись или использовало либо уполномочило другое лицо использовать такую карту или другие средства доступа в целях перевода денежных средств. Широкий подход к определению средств доступа, принятый в Законе 1978 г., позволил обеспечить необходимую гибкость в регулировании и эффективно защищать права клиентов независимо от используемых ими технических средств и устройств¹³⁶.

Далее будут проанализированы основные требования Закона 1978 г.

Требования к выдаче средств доступа

При выдаче средств доступа финансовое учреждение обязано соблюдать следующие правила.

Средство доступа должно выдаваться исключительно по заявлению клиента. Закон 1978 г. устанавливает в § 1693 (i), что никакое лицо не может выдать клиенту любую карту, код или иные средства доступа иначе, чем в ответ на просьбу или заявление об этом либо в порядке обновления или замены признанной клиентом карты, кода или иных средств доступа. Единственным исключением из данного правила является случай, когда предоставляемое клиенту средство доступа не активировано и может быть активировано только в ответ на просьбу или заявление клиента после проверки личности клиента. При этом предоставление такой карты или средства доступа должно сопровождаться четким разъяснением того, что такие карта, код или иные средства доступа не активированы, и того, каким образом клиент может распоряжаться полученным средством доступа, если его активация нежелательна.

Выдача карты или иного средства доступа должна сопровождаться полным раскрытием информации о правах и обязанностях клиента, связанных с использованием карты или иного средства доступа. Условия пользования картой или иным средством доступа должны быть сообщены клиенту во время заключения договора на оказание услуг по электронному пере-

¹³⁵ Изначально было принято ФРС, после вступления в силу Закона Додда – Франка передано Бюро по защите потребителей финансовых услуг.

¹³⁶ Достаточность регулирования в рамках Закона 1978 г. объясняет во многом отсутствие в США специального закона, регулирующего электронные деньги.

воду денежных средств. Обязательному раскрытию, согласно § 1693 (с), подлежит следующая информация:

- ответственность клиента за несанкционированные переводы денежных средств и по выбору банка уведомление о желательности немедленного извещения об утере, краже или несанкционированном использовании средства доступа;
- телефонный номер и адрес, по которым клиент может извещать финансовое учреждение о совершении несанкционированного электронного перевода денежных средств;
- тип электронных переводов денежных средств, которые клиент может совершать, и любые ограничения на частоту и размер сумм переводов в долларах;
- любые сборы за совершение электронных переводов денежных средств;
- право клиента прекратить предварительно санкционированные переводы денежных средств и процедуры такого прекращения;
- право клиента на получение документов об электронных переводах денежных средств;
- краткие сведения о порядке устранения ошибок и о связанных с этим правах клиента;
- ответственность финансового учреждения перед клиентом;
- обстоятельства, при которых финансовое учреждение будет предоставлять третьим лицам информацию, касающуюся счета клиента;
- уведомление клиента о том, что с него могут взиматься сборы оператором банкомата, если он эксплуатируется лицом иным, чем эмитент, или любыми сетями переводов, используемыми для совершения данной сделки.

Отношения финансового учреждения и клиента, связанные с использованием средства доступа

Условия использования средства доступа регулируются в основном соответствующим договором между финансовым учреждением и клиентом. Не вмешиваясь в содержание этих условий, законодательство США вводит тем не менее несколько важных механизмов, направленных на предотвращение возможных конфликтных ситуаций либо на их простое и понятное разрешение.

В соответствии с § 1693 (с) Закона 1978 г. каждый раз, когда клиент инициирует электронный перевод денежных средств, в обязательном порядке подлежит раскрытию информация о сборах, которые взимает соответствующее финансовое учреждение за совершение электронного перевода денежных средств. Установлены специальные требования для операций, совершаемых при помощи банкоматов. Любой оператор банкомата на основании § 1693 (b) Закона 1978 г. обязан уведомлять клиента о факте взимания сбора и сумме такого сбора. Указанное уведомление должно быть вывешено в известном и заметном месте на самом банкомате, с использованием которого совершается операция, или рядом с ним, а также должно выводиться на экран банкомата либо оформляться бумажным документом, выдаваемым после начала совершения операции и до того, как клиент безотзывно согласился ее завершить. Взимание сборов, информация о которых надлежащим образом не предоставлена клиенту, запрещено.

Согласно § 1693 (с) Закона об электронном переводе денежных средств, финансовое учреждение обязано письменно уведомить клиента по крайней мере за 21 день до дня вступления в силу изменения любого условия пользования счетом клиента, если такое изменение может привести к увеличению сборов или размера ответственности такого клиента либо ограничению доступа к счету клиента. Финансовое учреждение вправе вносить изменения в условия пользования счетом без предварительного уведомления, если такое изменение вызвано неотложной необходимостью поддержания безопасности или возобновления электронного перевода денежных средств, если такое изменение изначально имеет временный характер,

а затем становится постоянным, клиенту должно быть дополнительно направлено соответствующее уведомление.

Закон 1978 г. предусматривает обязанность финансовых учреждений обеспечивать клиентов полными и достоверными письменными подтверждениями операций, совершаемых с использованием карт либо иных средств доступа. По каждому электронному переводу денежных средств финансовое учреждение должно предоставлять клиенту подтверждающий документ, в котором указываются сумма, дата, тип перевода; данные, подтверждающие принадлежность клиенту счета в финансовом учреждении, с которого или на который переводятся денежные средства; данные, подтверждающие личность любой третьей стороны, которой или от имени которой совершается перевод денежных средств; место расположения или идентификация используемого электронного терминала.

Законом 1978 г. в § 1693 (d) установлены дополнительные требования к содержанию периодической выписки (*periodic statement*), которая должна предоставляться клиенту не реже чем один раз в месяц. Такая выписка должна содержать:

- сведения по всем операциям, совершенным с использованием карты или иного средства доступа в течение отчетного периода, включая данные, указываемые в каждом из документов по совершенным операциям;
- сведения о каждом из сборов за обслуживание счета и средства доступа, которые были сняты банком со счета клиента в отчетном периоде;
- остаток денежных средств на счете клиента в начале и в конце отчетного периода;
- контактные данные финансового учреждения, по которым клиент может обратиться при возникновении вопросов или при обнаружении ошибки в выписке.

Механизм исправления ошибок, допущенных при осуществлении электронных переводов денежных средств

Под ошибкой понимаются: любой несанкционированный потребителем перевод его денежных средств; неправильное зачисление денежных средств на счет потребителя или их списание с его счета; неуказание в периодической выписке существенных сведений об операциях, совершенных по счету потребителя; вычислительная ошибка, допущенная финансовым учреждением; выдача потребителю неправильной суммы денежных средств банкоматом; любое другое обстоятельство, по поводу которого потребитель нуждается в дополнительном разъяснении. Согласно § 1693 (f) Закона, клиент имеет право направить уведомление об ошибке в финансовое учреждение в течение 60 дней с момента получения периодической выписки, а финансовое учреждение обязано произвести соответствующее расследование и в случае подтверждения наличия ошибки исправить ее не позднее чем в течение одного рабочего дня с момента подтверждения наличия ошибки. Решение финансового учреждения об отсутствии ошибки может быть обжаловано в суд, причем на все время разбирательства на счет клиента условно зачисляется спорная денежная сумма. Если суд приходит к заключению о наличии ошибки, которая должна была быть известна финансовому учреждению, убытки клиенту возмещаются в тройном размере, что стимулирует добросовестное отношение финансовых учреждений к запросам клиентов и оперативное принятие решений по таким запросам.

Предварительно санкционированные переводы денежных средств

Закон 1978 г. предусматривает возможность совершения предварительно санкционированных (в письменном виде) клиентом переводов денежных средств. В случае совершения

предварительно санкционированного перевода денежных средств, сумма которого может изменяться, финансовое учреждение должно заблаговременно и до совершения каждого перевода направлять клиенту извещение о подлежащей переводу сумме и предполагаемой дате перевода.

Одновременно устанавливается право клиента приостановить или прекратить предварительно санкционированный перевод денежных средств путем устного или письменного уведомления финансового учреждения не позднее трех операционных дней, предшествующих предполагаемой дате перевода. Финансовое учреждение может потребовать представления письменного подтверждения в течение 14 дней после устного уведомления, если при его совершении клиенту было сообщено о таком требовании вместе с адресом, по которому должно быть направлено такое подтверждение.

Ответственность клиента за несанкционированные переводы денежных средств

Под несанкционированным переводом денежных средств (*unauthorized funds transfer*) Закон 1978 г. в § 1693 (a) понимает электронный перевод денежных средств, начатый иным, чем клиент, лицом, без действительных полномочий от клиента и без его выгоды от совершения перевода. В понятие несанкционированного перевода денежных средств не включаются:

- перевод, инициированный иным, чем клиент, лицом, которому карта или другие средства доступа были предоставлены клиентом, если только он не уведомил финансовое учреждение, что переводы, совершаемые указанным лицом, больше не являются санкционированными;
- перевод, совершенный с мошенническим намерением клиентом или любым лицом, действующим в сговоре с клиентом;
- перевод, совершенный вследствие ошибки финансового учреждения.

Согласно § 1693 (g) Закона 1978 г., клиент несет ответственность за любые несанкционированные переводы денежных средств только в случае, если использованные для такого перевода карта или другие средства доступа были признаны картой или другими средствами доступа и если финансовое учреждение предоставило средства идентификации пользователя в качестве уполномоченного лица. Ответственность клиента за несанкционированный перевод денежных средств не может превышать 50 дол., или денежной суммы, стоимости имущества (услуг), полученных в результате несанкционированного перевода денежных средств до того момента, когда финансовое учреждение извещено или иным образом поставлено в известность о совершении несанкционированного перевода денежных средств.

Размер ответственности клиента может быть увеличен до 500 дол. или до суммы несанкционированных переводов денежных средств, которые совершены до извещения финансового учреждения, в следующих случаях:

- клиент не сообщил финансовому учреждению об утрате либо краже карты или иного средства доступа в течение двух операционных дней с момента обнаружения такой утраты или кражи;
- клиент не сообщил финансовому учреждению о наличии обстоятельств, позволяющих предполагать совершение несанкционированного перевода денежных средств, в течение 60 дней с момента получения периодической выписки по счету.

Бремя доказывания по любому иску, затрагивающему ответственность клиента за несанкционированный перевод денежных средств, возложено на финансовое учреждение.

Ответственность финансового учреждения

В соответствии с § 1693 (h) Закона 1978 г. финансовое учреждение в полном объеме несет ответственность перед клиентом за убытки, непосредственно вызванные неспособностью финансового учреждения совершить перевод денежных средств либо прекратить совершение предварительно санкционированного перевода денежных средств при поступлении соответствующих указаний от клиента. Финансовое учреждение освобождается от ответственности в случае, когда выполнению обязанностей воспрепятствовали обстоятельства непреодолимой силы либо техническая неисправность, которая была известна клиенту во время попытки совершения перевода денежных средств.

Размер гражданско-правовой ответственности финансового учреждения, за исключением ошибок, установлен § 1693 (m) Закона 1978 г.:

- в виде фактического ущерба, понесенного клиентом;
- в случае индивидуального иска в виде суммы не меньше 100 дол. и не больше 1000 дол., или в случае группового иска в виде суммы, которую может допустить суд, за исключением того, что к каждому истцу в рамках группового иска неприменимы минимальные суммы возмещения и общий размер возмещения по любому групповому иску или серии групповых исков не превышает 500 тыс. дол. или 1 % чистой стоимости имущества ответчика в зависимости от того, что меньше;
- в виде издержек по иску вместе с разумным вознаграждением адвокату в случае любого успешного иска.

Финансовое учреждение не может быть привлечено к ответственности в том случае, если оно причинило убытки клиенту, действуя в строгом соответствии с предписаниями или разъяснениями ФРС. Положения об ответственности также неприменимы, если финансовое учреждение заблаговременно уведомило клиента о невозможности исполнить его требование и возместило ему фактический ущерб.

3.5. Правовое регулирование деятельности по переводу денежных средств в США на уровне штатов(на примере штатов Техас и Делавэр)

В большинстве штатов существуют законодательные акты, регулирующие деятельность компаний по оказанию денежных услуг (*money service businesses*), которые включают в себя:

- перевод денежных средств;
- выдачу платежных инструментов, например дорожных чеков или предоплаченных карт;
- инкассацию чеков;
- обмен иностранной валюты.

Иногда для характеристики указанных организаций также используется понятие «компания по переводу денежных средств» (*money transmitters*), хотя при этом чаще всего имеют в виду два первых вида услуг.

Законодательство штатов, регулирующее деятельность по переводу денежных средств, основано на двух модельных актах:

1) Типовом законе «О компаниях, осуществляющих перевод денежных средств» (*Model Money Transmitters Act, MMTA*), разработанном в 1989–1990 гг. XX в. Ассоциацией регуляторов компаний, осуществляющих перевод денежных средств (*Money Transmitters Regulators Association, MTRA*);

2) единообразном законе «О денежных услугах» (*Uniform Money Service Act, UMSA*) (далее – единообразный закон), разработанном в 2000 г. Национальной конференцией уполномоченных представителей по вопросам единообразного законодательства штатов (*National Conference of Commissioners on Uniform State Law, NCCUSL*). Первый вариант данного Закона появился в 1994 г. после принятия Закона «О пресечении отмывания денег», который обязал штаты ввести в действие единообразные законы, которые бы предписывали лицензирование и регулирование деятельности небанковских провайдеров платежных услуг.

Единообразный закон объединил нормы регулирования по широкому кругу вопросов, включая как традиционные виды деятельности (переводы денежных средств, продажа дорожных чеков, телеграфные переводы, получение наличных по чеку, обмен валюты), так и новые, включая платежи через Интернет и выпуск инструментов хранимой стоимости (электронных денег – в европейской терминологии).

Хранимая стоимость определяется как средство обмена, погашаемое или не погашаемое деньгами (денежная стоимость), подтвержденное электронной записью. В свою очередь, выпуск инструментов хранимой стоимости охватывается определением «перевод денежных средств», включающим в себя перевод денежных средств и выпуск платежных инструментов, а также продажу или эмиссию хранимой стоимости. Сфера действия единообразного закона распространяется только на многоцелевые инструменты хранимой стоимости.

Единообразный закон требует получения лицензии для осуществления небанковскими провайдерами деятельности в сфере денежных услуг. При этом на каждый из видов деятельности может быть выдана отдельная лицензия. Единообразный закон не устанавливает принципа «штата происхождения» по аналогии с европейским банковским правом, что могло бы позволить на основании лицензии, выданной в одном штате, осуществлять деятельность в других штатах. Соответственно провайдеры, желающие оказывать денежные услуги на территории нескольких штатов (например, *Western Union* и *PayPal*)¹³⁷, должны получать лицензии в соот-

¹³⁷ URL: www.westernunion.com; www.paypal.com

ветствующих штатах. В 2004 году в единообразный закон были внесены изменения для обеспечения взаимного признания между штатами лицензий на оказание денежных услуг, но эти изменения приняты только в отдельных штатах.

Для получения лицензии необходима подача официального ходатайства в департамент банковской деятельности (финансовых услуг) штата, которое должно сопровождаться данными о коммерческой деятельности компании, отчетом о кредитных операциях и (или) финансовым отчетом, документами, подтверждающими отсутствие правонарушений и соблюдение основных требований в сфере противодействия отмыванию денег, а также сведениями о руководителях. Лицензия выдается на платной основе. За получение генеральной лицензии, включающей в себя все операции, лицензиат платит 2 тыс. дол. США в своем штате, а за подтверждение полученной лицензии в другом штате – дополнительно 1 тыс. дол. США.

Лицензиат обязан предоставить гарантию в обеспечение своих обязательств в размере не менее 50 тыс. дол. США плюс 10 тыс. дол. США за каждый последующий штат, но не более 250 тыс. дол. США. Из обеспечения покрываются претензии клиентов не менее чем в течение пяти лет после прекращения деятельности лицензиата. Для лицензии на погашение чеков и лицензии на обмен валюты гарантии обеспечения не требуется.

Лицензиат обязан обеспечить поддержание на постоянной основе денежных средств в размере не меньшем, чем размер принимаемых обязательств по денежным услугам. При этом допускаются вложения в высоколиквидные активы с низким риском.

Согласно единообразному закону, от имени провайдеров денежных услуг вправе без лицензии действовать поверенные, выбираемые и контролируемые лицензиатами. Поверенный обязан соблюдать некоторые лицензионные требования наравне с лицензиатом, такие как отчеты по фактам отмывания денег, проверки со стороны контролирующих органов, разрешенные цели и формы инвестиций, периодические финансовые отчеты.

Контролирующие органы в случае нарушения лицензионных требований вправе запретить поверенному вести деятельность от имени лицензиата.

Если лицензиат по каким-то причинам утрачивает лицензию, он обязан уведомить своего поверенного о невозможности продолжать договорные отношения. Поверенный не может передоверять свои полномочия другому лицу; он вправе оказывать только те услуги, на которые имеется лицензия у лицензиата, с которым заключен договор.

Типовой закон о компаниях, осуществляющих перевод денежных средств и единообразный закон имплементированы в законодательстве штатов (см. также параграф 3.9) с учетом исторически сложившихся подходов к регулированию деятельности по переводу денежных средств и особенностей надзора за данной деятельностью.

Так, в соответствии со ст. 152.002 Финансового кодекса штата Техас «деятельность по продаже чеков» означает деятельность по получению любыми способами от покупателя денежных средств с целью их перевода в форме чека, который должен быть оплачен продавцом лицу, указанному покупателем, за прямое или косвенное вознаграждение. У лица должно быть разрешение (лицензия) на ведение деятельности по продаже чеков покупателям, находящимся в данном штате, и независимо от местонахождения покупателя, если продавец находится в данном штате.

Чтобы лицо могло претендовать на получение лицензии, его чистый доход должен составлять не менее 500 тыс. дол., и лицо должно быть в таком финансовом положении, которое дает ему возможность без рисков участвовать в деятельности по продаже чеков, лицо не должно быть должником по отношению к какому-либо другому лицу, государству или органу власти штата, а также вовлечено в деятельность, которая может повлиять на финансовое состояние лица. Основанием для отзыва лицензии является снижение чистого дохода лицензиата ниже

установленного в Законе минимума, нарушение лицензионных требований или требований закона.

В соответствии со ст. 152.401 (с) лицензиат может вести деятельность по продаже чеков на территории штата или за его пределами самостоятельно или через представителя. Лицензиат или его представитель имеют право продавать чеки путем физической передачи или электронным способом, назначая при этом различную цену. Однако цена за чеки, оплачиваемые кредитной картой, не должна превышать цену за чеки, оплачиваемые другим платежным инструментом.

В части 4 главы 23 «Другая деятельность, находящаяся под юрисдикцией банковского департамента штата» Банковского кодекса штата Делавэр закреплено, что ни одно лицо, за исключением регулируемых финансовых учреждений, не должно осуществлять деятельность по продаже чеков или выпуску чеков, а также деятельность по получению денег для перевода или по переводу денег без получения лицензии на осуществление такой деятельности.

Для получения лицензии заявитель должен соответствовать следующим критериям:

- его чистый доход должен быть не меньше 100 тыс. дол.;
- финансовое положение и опыт заявителя должны гарантировать, что деятельность заявителя будет вестись честно, аккуратно и эффективно.

Каждый лицензиат обязан предоставить гарантию, обеспечивающую ведение деятельности в штате, на сумму 25 тыс. дол. и дополнительную сумму в 5 тыс. дол. за каждое место ведения деятельности, но такая гарантия не должна превышать сумму в 250 тыс. дол. Такая гарантия должна соответствовать следующим требованиям:

- срок действия гарантии должен соответствовать сроку действия лицензии и заканчиваться не раньше полночи того дня, когда заканчивается срок действия лицензии;
- гарантия должна действовать в пользу всех потребителей, которым был нанесен ущерб неправомерным действием, бездействием, мошенничеством или введением в заблуждение лицензиатом относительно своей деятельности.

Лицензиат может осуществлять свою деятельность в штате посредством своих агентов без получения ими лицензии. Для того чтобы деятельность лицензиата осуществлялась через его агента, лицензиат должен сообщить надзорному органу штата имя и адрес своего агента.

Каждый лицензиат ответствен за оплату всех чеков, которые он продал в данном штате, независимо от способа продажи, а также за перевод всех принятых денежных средств.

Надзорный орган штата имеет право в любое время осуществить проверку деятельности лицензиата и отозвать лицензию, если лицензиат нарушает лицензионные требования, если наступили обстоятельства, которые препятствовали бы получению лицензии, а также если лицензиат осуществляет деятельность, на которую требуется лицензия, несправедливо или мошенническими, вводящими в заблуждение способами.

3.6. Регулирование перевода денежных средств в ЕТК США

Перевод денежных средств определяется в ст. 4А-104 ЕТК как «серия сделок, начиная с платежного поручения инициатора, предпринятых с целью осуществления платежа бенефициару». Таким образом, перевод денежных средств представляет собой длящееся правоотношение, где первым порождающим фактом является передача платежного поручения в банк инициатора («отправителя первого платежного поручения при переводе средств»), затем следует целая серия действий банков-посредников (банков-получателей) и в конце в качестве прекращающего факта – принятие поручения к исполнению банком бенефициара платежного поручения в пользу бенефициара. Банком бенефициара считается банк, который указан в платежном поручении и в котором открыт счет бенефициара. Перевод денежных средств включает в себя несколько стадий: а) выдачу платежного поручения и принятие его к исполнению; б) исполнение платежного поручения; в) платеж.

Выдача платежного поручения и принятие его к исполнению

Платежное поручение считается выданным, когда оно подписано надлежащим лицом и прошло процедуру подтверждения подлинности в системе безопасности. Надлежащим считается лицо, указанное в качестве отправителя в тексте поручения, которое «дает поручение само или по праву представительства» (ст. 4А-202 (а)). Процедура подтверждения подлинности необходима для предотвращения несанкционированного доступа третьих лиц к средствам отправителя. Данная процедура может включать в себя использование «алгоритмов и других способов кодирования, идентифицирующих слова, числа, шифры, систем отзыва и тому подобные методы» (ст. 4А-201). Сличение подписи на платежном поручении с официальным образцом подписи клиента само по себе не является «другим методом» по смыслу ст. 4А-201. Что касается используемой системы безопасности, то она должна отвечать ряду условий, которые выдвигает раздел 4А: функциональность и разумность. Функциональность означает, что система безопасности должна иметь целью удостоверение факта выдачи поручения клиентом или по его поручению, а также обнаружение ошибки в передаче или содержании поручения. Понятие «разумность» рассматривается в ст. 4А-202 (подп. b – c) исходя из объективных (объем операций и наличие альтернативных систем безопасности) и субъективных (волеизъявление клиента) критериев. Основным юридическим последствием использования «разумной» системы безопасности является действительность поручения независимо от того, было ли оно санкционировано отправителем. Действительность платежного поручения является предпосылкой для принятия его банком к исполнению. Вместе с тем возможны ситуации, когда «проверенное» платежное поручение не является надлежаще «выданным», т. е. поручение прошло процедуру подтверждения подлинности, но было отправлено лицом, которому не было «доверено в качестве обязанности совершение действий за клиента в отношении платежных поручений или системы безопасности» или «которое получило доступ к коммуникационному устройству клиента или получило из источника, контролируемого клиентом, без согласия на то банка-получателя, информацию, способствующую прохождению через систему безопасности, независимо от того, каким образом была получена информация и была ли в этом вина клиента» (ст. 4А-203 (2)). Банк в таком случае вправе, если клиент не докажет иное, не исполнять поручение, ограничить степень исполнения (например, в части суммы или сроков) или зачесть сумму перевода против долга клиента банку.

Выдача платежного поручения и его удостоверение считаются достаточными условиями для принятия платежного поручения к исполнению. Принятие платежного поручения к исполнению означает, что банк-получатель, банк бенефициара становятся связанными обязательствами по осуществлению платежа. Говоря о принятии поручения к исполнению, важно указать, в какой момент времени обязательства банка по совершению платежа вступают в силу. Это вопрос решен в ст. 4А-209 по-разному по отношению к банку-получателю и банку бенефициара. В первом случае момент принятия платежного поручения к исполнению совпадает с его исполнением, т. е. банк-получатель начинает нести ответственность за надлежащее исполнение поручения только в момент выдачи своего собственного платежного поручения. Банк бенефициара может исполнить надлежащим образом полученное от банка-отправителя поручение, только осуществив платеж бенефициару или известив его о получении поручения (зачислении на его счет суммы платежа). В статье 4А-209 предусмотрены еще два случая, когда банк бенефициара считается принявшим платежное поручение к исполнению. Банк бенефициара считается принявшим платежное поручение к исполнению, когда он «получает платеж в размере всей суммы, указанной в платежном поручении отправителя» или «когда начинается рабочий день банка, следующий за днем, который указан в платежном поручении как дата платежа», причем в качестве обязательного условия в последнем случае выдвигается требование наличия на счету отправителя суммы в размере не меньшем, чем сумма платежа бенефициару, и в исполнении платежного поручения не должно быть отказано до даты платежа. Существуют также условия, применимые к бенефициару. Чтобы банк бенефициара был вправе принять платежное поручение к исполнению, бенефициар должен иметь действующий счет в этом банке и не должно существовать запрета на перевод средств на счет бенефициара. В случае когда счета инициатора и бенефициара находятся в одном банке, моментом принятия поручения к исполнению будет считаться дата платежа, указанная в поручении, и только с этой даты банк будет считаться связанным обязательствами перед бенефициаром. Последствием несоблюдения данного правила является право банка в случае отмены поручения на возврат суммы, уплаченной бенефициару. К такому платежу будут применяться соответственно нормы, регулирующие реституцию и ошибочные платежные поручения.

Ошибки в платежных поручениях могут быть подразделены на три группы: а) касающиеся адресата (бенефициара, его банка или банка-получателя); б) касающиеся платежа; в) касающиеся самого поручения. В первом случае поручение адресует платеж бенефициару, которого не имел в виду отправитель. Во втором случае сумма платежа указана в большем размере, чем это делает отправитель. В третьем случае переданное платежное поручение является дубликатом уже исполненного поручения. Во всех случаях прохождение платежного поручения через систему безопасности, которая предусматривает проверку поручения на ошибки, создает презумпцию действительности платежного поручения в пользу банка. Отправителю, чтобы освободить себя от обязательства по возмещению банку переведенных средств, остается доказывать (по смыслу ст. 4А-205) тот факт, что «ошибка могла быть обнаружена, если бы банк также придерживался этих правил» (системы безопасности), т. е. сама система безопасности служит своеобразным арбитром при распределении риска. В дополнение на отправителе лежит обязанность уведомить банк (ЕТК указывают предельный разумный срок – 90 дней с даты получения отправителем уведомления банка о принятии к исполнению) о факте ошибки при исполнении платежного поручения. В противном случае отправитель несет перед банком ответственность за причиненные убытки (которая ограничена размером суммы платежного поручения). Если же отправитель доказывает недобросовестность банка, исполнив обязанность уведомить банк о факте ошибки, и не обязан по этой причине оплатить поручение, то банк-получатель также вправе получить от бенефициара возврат суммы. Лишение банка права на возмещение со стороны отправителя ведет к лишению бенефициара права на получение платежа. Соответственно в отношении излишне уплаченной суммы по платежному пору-

чению действует то же правило в части, превышающей размер обязательства отправителя. если ст. 4А-205 служит общей нормой для ошибочных платежных поручений, то следующие за ней две другие статьи являются специальными нормами, касающимися ошибок в указании адресата. Обычно идентификация бенефициара производится по двум ключевым признакам: имя (наименование) и номер банковского счета. если ошибка относится как к имени, так и к номеру счета бенефициара («которые не существуют или которые невозможно установить»), такое платежное поручение «не может быть принято к исполнению» и «никто не может являться бенефициаром такого платежного поручения». В данном случае закон устанавливает критерий недействительности платежного поручения. Случай, когда платежное поручение недействительно по вышеуказанным обстоятельствам, понятен и не вызывает особых вопросов. Однако чаще на практике встречается иной случай. Платежное поручение идентифицирует бенефициара «как по имени, так и по номеру банковского счета, и при этом имя и номер счета принадлежат разным лицам» (ст. 4А-207 (b)). Применяемые в данном случае правила различны в зависимости от того, знал банк о данном факте или нет. если банк бенефициара не знает, что имя и номер счета относятся к разным лицам, то, следуя ЕТК, «он вправе полагаться на номер счета как на надлежащее указание на то, кто является бенефициаром данного платежного поручения» (это притом, что на банк бенефициара не возложена обязанность устанавливать, относятся ли имя и номер счета к одному и тому же лицу). Когда банк бенефициара знает, что имя и номер счета относятся к разным лицам или производит платеж лицу, идентифицированному по имени (при условии, что оно вправе получить платеж), то правомочным бенефициаром является именно это лицо или никто. Банк бенефициара, уплатив, согласно вышеизложенным правилам, получает право на возмещение от банка инициатора, даже если тот сможет доказать, что лицо, идентифицированное по номеру счета, не имело права на получение платежа от инициатора. Последнее положение имеет важное значение, так как именно благодаря ему инициатор, не являющийся банком, может защищаться против требования банка бенефициара. Банк бенефициара в противовес может доказывать, что «инициатор, до принятия к исполнению платежного поручения инициатора, был извещен о том, что платеж по поручению, выданному инициатором, может быть осуществлен банком бенефициара на основе идентификации по номеру счета, если даже этот номер принадлежит иному лицу, нежели указанный бенефициар» (ст. 4А-207 (2)). Ошибка в платежном поручении может иметь место не только в отношении бенефициара, но и в отношении его банка или банка-посредника. если, говоря о неверном указании бенефициара, ЕТК использовал два критерия для построения содержания нормы ст. 4А-207 – имя и номер счета, то в данном случае используется второй как основной и первый как дополнительный. Номер является надлежащей идентификацией банка-посредника или банка бенефициара. Банк-получатель не должен знать о том, что номер и имя (если таковое указывается) принадлежат разным лицам. Возмещению подлежат убытки, связанные не только с исполнением, но и с попыткой исполнения на основе указанного номера (ст. 4А-208 (2)). В отношении имени применяются те же правила, о которых уже говорилось применительно к бенефициару, когда отправитель не является банком.

Выдача платежного поручения, принятие к исполнению платежного поручения и его дальнейшее исполнение являются нормальными этапами перевода денежных средств. Случаями, прекращающими исполнение, являются отказ банка в исполнении платежного поручения (ст. 4А-210 ЕТК) и отмена платежного поручения отправителем (ст. 4А-211 ЕТК). При отказе в исполнении платежного поручения требуется направление соответствующего извещения отправителю устно, письменно или электронным способом. Последствием неисполнения обязанности банка по направлению указанного извещения является выплата отправителю процентов на сумму платежного поручения в том случае, когда отказ происходит, «несмотря на наличие на дату исполнения по счету и в распоряжении отправителя суммы, достаточной для оплаты платежного поручения» (ст. 4А-210 (b)). Отправитель может отменить

свое поручение до момента принятия его к исполнению банком, за исключением двух случаев, предусмотренных в отношении банка бенефициара. Первый касается платежного поручения, выданного во исполнение неправомочного платежного поручения, второй касается ошибочных платежных поручений. В указанных случаях банк бенефициара «вправе получить от бенефициара возврат любой суммы, уплаченной бенефициару, в той степени, в которой это допускается правом, регулирующим совершение ошибочного действия и реституцию» (ст. 4A-211 (2)). Отмена платежного поручения влечет за собой невозможность принятия к исполнению и аннулирование принятого к исполнению платежного поручения.

Исполнение платежного поручения

Понятие «исполнение платежного поручения» в разделе 4A ЕТК США применимо к отношениям между банком отправителя и банком-получателем. Согласно ст. 4A-301, платежное поручение считается исполненным банком-получателем в момент выдачи им своего платежного поручения с целью выполнения платежного поручения банка отправителя. Платежное поручение банка-получателя должно быть выдано в дату (дату исполнения), указанную отправителем, или в дату получения платежного поручения от банка отправителя, если дата исполнения не указана.

Банк-получатель обязан выдать на дату исполнения платежное поручение в полном соответствии с платежным поручением отправителя относительно использования банка получателя, системы переводов (при отсутствии специальных указаний банк-получатель вправе самостоятельно определять маршрут перевода денежных средств) или способа передачи платежного поручения, в том числе обеспечивающим получение платежа бенефициаром, если отправителем указана дата платежа. Если иное не оговорено в указаниях отправителя, банк-получатель не вправе взыскивать оплату своих услуг и возмещение расходов в связи с исполнением поручения отправителя путем выдачи платежного поручения в размере, равном сумме, указанной в платежном поручении отправителя, минус сумма оплаты за услуги и расходы банка и не вправе инструктировать следующий банк-получатель о взыскании таким способом оплаты услуг и расходов.

В соответствии со ст. 4A-305 при просрочке исполнения банк-получатель обязан уплатить проценты инициатору либо бенефициару за период просрочки. При ненадлежащем исполнении платежного поручения банком-получателем (незавершение перевода; неиспользование банка-получателя, указанного инициатором; выдача платежного поручения не в соответствии с условиями платежного поручения инициатора) банк-получатель несет ответственность перед инициатором за возмещение его расходов при переводе, сопутствующих расходов и неполученных процентов в той степени, в которой возмещение не было получено в форме процентов за просрочку. При неисполнении платежного поручения, которое банк-получатель обязан был исполнить по соглашению, банк несет ответственность перед отправителем за его расходы по сделке, сопутствующие расходы и неполученные проценты в связи с неисполнением платежного поручения.

Платеж

Последней стадией перевода денежных средств является платеж, при котором в отличие от стадии исполнения осуществляется денежный расчет между банками, а также исполнение обязательств банка бенефициара перед бенефициаром.

На основе ст. 4A-403 можно выделить четыре возможных способа платежа в отношениях между банками:

- 1) кредитование счета банка-отправителя в банке-получателе, банка-получателя в другом банке или дебетование счета отправителя в банке-получателе;
- 2) расчет через федеральный резервный банк или через систему переводов на валовой основе;
- 3) расчет через систему переводов на многосторонней нетто-основе;
- 4) иным способом на основе применимого права.

Второй группой норм, относящихся к платежу, являются нормы, определяющие обязательства банка бенефициара перед бенефициаром и порядок платежа. Обязательства банка бенефициара, касающиеся времени платежа, определены ст. 4А-404 (а), согласно которой «платеж подлежит уплате на дату платежа, но если поручение принято к исполнению после окончания рабочего дня системы переводов, платеж должен быть осуществлен на следующий рабочий день». Обязательства банка бенефициара, касающиеся самого платежа, связаны с необходимостью уведомления бенефициара о платеже. Это требование относится только к тем случаям, когда платежное поручение содержит указание перевести денежные средства на счет бенефициара. В таком случае банк бенефициара должен уведомить бенефициара о получении денежных средств «до наступления полуночи следующего за датой платежа рабочего дня». При отсутствии указания в платежном поручении о переводе на счет и специального требования об уведомлении банк бенефициара не обязан направлять уведомления бенефициару. Банк бенефициара несет ответственность перед бенефициаром исключительно в форме процентов, уплачиваемых с даты, когда требуемое уведомление должно было быть направлено бенефициару, и до даты, когда бенефициар узнал о получении платежного поручения банком. К особым же обстоятельствам ЕТК относит обстоятельства, ведущие к возникновению ущерба для бенефициара, если не будет произведен платеж. В данном случае говорится об императивно установленной (об этом говорит п. (с) ст. 4А-404) обязанности банка бенефициара по возмещению такого ущерба при наличии определенных условий.

3.7. Регулирование документарного аккредитива в ЕТК США

Документарный аккредитив со времени его появления в середине XIX в. стал широко использоваться банками США, где начала складываться судебная практика (первый прецедент датируется 1860 г.)¹³⁸. В 1962 году в ЕТК США был включен специальный раз дел 5 «Аккредитив». Сразу после его принятия выявилась сильная оппозиция в лице нью-йоркских банкиров и юристов в области банковского права¹³⁹. Все они опасались излишней жесткости регулирования. В результате в некоторых штатах (Нью-Йорк, Алабама, Миссури и Аризона) были приняты соответствующие поправки к ЕТК, устанавливающие, что если стороны по контракту договорились о применении к их отношениям по сделке *UCP*, то последние будут иметь приоритет по отношению к нормам ЕТК при возникновении коллизии двух групп норм¹⁴⁰. В Нью-Йорке, где наиболее сильно проявилась оппозиция к включению в ЕТК норм об аккредитивах, действие норм ЕТК было полностью замещено нормами *UCP* при наличии соглашения сторон. Если же аккредитив не содержал ссылки на *UCP*, то они все равно применялись в ряде случаев судами как свидетельство существующего обычая¹⁴¹. Второе значимое событие в регулировании документарных аккредитивов в США произошло в 1995 г. с принятием новой редакции раздела 5 ЕТК, в которой заметно сближение с *UCP*. Так, в ст. 5-108 («Права и обязанности эмитента») был включен подп. (е), гласящий, что «эмитент должен соблюдать общепринятую практику финансовых учреждений, которые регулярно выставляют аккредитивы. Установление соблюдения эмитентом общепринятой практики является предметом судебного толкования. Суд должен предоставить сторонам разумную возможность представить доказательство существования общепринятой практики».

ЕТК США характеризует аккредитив следующим образом: • ст. 5-103 в ред. 1962 г. – как обязательство банка или другого лица, принятое ими по просьбе клиента и относящееся к сфере применения настоящего раздела, в том, что эмитент акцептует или оплатит тратты или другие платежные требования в случае их соответствия указанным в аккредитиве условиям;

• ст. 5-102 (10) в редакции 1995 г. – как определенное обязательство эмитента перед бенефициаром, отвечающее требованиям ст. 5-104, произвести исполнение по документам путем платежа или выдачи денежного документа по требованию приказодателя или за его счет либо в случае финансового учреждения – от своего имени или за свой счет.

Определение документарного аккредитива можно встретить и в подзаконных актах, в частности Валютного контролера¹⁴². Согласно им, открывая аккредитив, эмитент соглашается за счет приказодателя уплатить деньги против тратт с платежом по предъявлении или платежных требований или акцептовать срочные тратты, выставленные бенефициаром, при выполнении условий аккредитива. Как факт надлежащей банковской практики для национальных банков было установлено, что обязательство банка должно:

¹³⁸ Gutteridge and Megrah, *The Law of Bankers' Commercial Credits*, L., 1955. P. 12–14.

¹³⁹ Об этом можно встретить упоминания: *Sauter L. Commercial Letters of Credit*. N.Y. 1968. P. 17.

¹⁴⁰ Так, по делу *Bank of Cochiti Limited v. Manufacturers Hanover Trust Co.*, No. 83 Civ. 1767 (JMC), slip op. (S.D.N.Y. July 9, 1985) суд указал, что правило ЕТК о трехдневном сроке в отношении проверки документов банком применяется к аккредитиву, подчиненному Правилам с того момента, когда стандарт «разумного времени» (речь шла еще о редакции Правил 1983 г.) становится двусмысленным; см. также дела: *United Bank Ltd. v. Cambridge Sporting Goods Corp.*, 41 N.Y. 2d. 254, 360 N.E. 2d. 943 (1976); *First Commercial Bank v. Gotham Originals Inc.*, 64 N.Y. 2d. 287, 475 N.E. 2d. 1255 (1985).

¹⁴¹ См. дело *ALMAtrood v. Saller International Inc.*, No. 83 Civ. 1800, slip op. (S.D.N.Y. May 13, 1985).

¹⁴² Comptroller of the Currency's Interpretative Ruling 7.7016 (12 C.F.R. пар. 7.7016 (1983)).

- содержать прямое указание на то, что это аккредитив или предоставляет права аккредитива;
- быть ограниченным в размере определенной суммой;
- содержать определенную дату истечения или срок истечения должен быть определен;
- возникать только по предъявлении тратты или иных документов как установленных аккредитивом, и от банка не требуется устанавливать вопросы факта или права;
- порождать безусловное право требования к клиенту по возмещению банку платежей по аккредитиву.

В соответствии с разделом 5 ЕТК в редакции 1962 г. для аккредитива не установлено особых реквизитов (ст. 5-104). Требуется только соблюдение письменной формы эмитентом и подтверждающим банком. Признание технологических изменений нашло свое отражение в двух статьях: ст. 5-102 «Определения» и ст. 5-104 «Формальные требования». Так, ст. 5-102 (6) определяет документ как «тратту или иное требование, распорядительный документ, инвестиционную ценную бумагу, сертификат, счет или иную запись, отчет или представление факта, права или мнения, которые (i) представляются письменно или иным способом, разрешенным аккредитивом, или, если это запрещено аккредитивом, общепринятой практикой, упоминаемой в ст. 5-108 (е) и (ii), которые могут быть проверены на предмет соответствия условиям аккредитива. Документ не может быть устным». Таким образом, ЕТК в редакции 1995 г. через использование понятия «общепринятая практика» (ст. 5-108 (е)) легализует использование документов в электронном виде даже при прямом запрете в условиях аккредитива. Далее эта же статья, развивая вышеприведенное определение понятия «документ», характеризует понятие «запись» как «информацию, записанную на материальном носителе или хранящуюся на электронном или ином носителе и которая может быть переведена в воспринимаемую человеком форму». Информация будет считаться переданной, а документы представленными в момент, когда они попадают на электронное устройство эмитента (уполномоченного лица). Последней нормой, которая касается формы аккредитива, является ст. 5-104 «Формальные требования». Она, в частности, гласит, что «аккредитив, подтверждение, авизо, перевод, изменения, равно как и аннулирование аккредитива, могут быть совершены в любой форме, которая представляет собой запись и которая удостоверена (i) подписью или (ii) в соответствии с соглашением сторон или общепринятой практикой, на которую сделана ссылка в статье 5-108 (е)». Таким образом, новая редакция не содержит упоминания о существенных условиях аккредитива (сумма, срок действия, место представления документов и др.), отсылая стороны к общепринятой практике.

Аккредитивная сделка складывается из ряда правоотношений, которые различны в силу своей правовой природы¹⁴³. Участие нескольких банков в аккредитивной сделке приводит к необходимости четкого определения содержания их взаимных обязательств и обязательств перед клиентами (приказодателем и бенефициаром).

1. Банк-эмитент. В соответствии со ст. 5-109 ЕТК в редакции 1962 г. и ст. 5-108 (е) и ст. 5-109 (а-2) в редакции 1995 г. стандарт надлежащего исполнения эмитентом своих обязательств включает в себя добросовестность и соблюдение общепринятых банковских обыкновений (практики)¹⁴⁴. Логическим следствием указанной нормы является освобождение банка-эмитента от ответственности:

- за исполнимость основного обязательства между приказодателем и бенефициаром;
- действия (бездействие) третьих лиц, в том числе их платежеспособность, репутацию и т. п., кроме самого банка-эмитента;

¹⁴³ Loth Richard B. The Letter of Credit and its Proper Use // Credit and Financial Management. 1986. N.Y. P. 39.

¹⁴⁴ Дело Dixon, Jimaos&Cia, Ltd. v. Chase National Bank [1944] 144 F. 2d. 759, 761-62 (2d. Cir.) 344 U.S. 850.

- форму, полноту, точность, подлинность и действительность документов, а также за любые условия, включенные в документы, если они по внешним признакам соответствуют условиям аккредитива и банк проявил разумную тщательность при проверке соответствия документов условиям аккредитива.

Банк-эмитент, исполнивший свои обязательства, получает право на получение возмещения (рамбурса) с приказодателя. Данное право предусмотрено ст. 5-114 (3) ЕТК США в редакции 1962 г. и ст. 5-108 (i) в редакции 1995 г., в соответствии с которыми возмещение должно предоставляться не позднее даты платежа. Рамбурсное обязательство приказодателя, таким образом, в США своим основанием имеет специальную норму закона, в других странах суды используют общие нормы гражданского и торгового законодательства (в том числе об обеспечении обязательств и др.), если между банком-эмитентом и приказодателем не заключено рамбурсное соглашение. Суды США прямо признают за банком-эмитентом право на получение определенного обеспечения (в виде денежного покрытия или права залога документов) даже в тех случаях, когда такое право прямо не вытекает из условий аккредитива.

2. Авирующий и подтверждающий банки. Правовой статус авирующего и подтверждающего банков определен ст. 5-107 ЕТК. Различие в характере обязательств авирующего и подтверждающего банков проводится исходя из выполняемых ими функций (передача извещения об открытии аккредитива бенефициару и принятие независимого денежного обязательства). Соответственно авирующий банк не несет ответственности за акцепт и оплату по аккредитиву, но несет ответственность только за точность сообщаемой информации. Подтверждающий банк, наоборот, является непосредственно обязанным по аккредитиву в пределах подтверждения и по объему своих обязательств приравнен к эмитенту в отношении подтверждения.

ЕТК включает два общепризнанных принципа документарного аккредитива.

1. Принцип независимости (автономности)¹⁴⁵ означает, что:

- платеж за товары производится против документов, а не по получении груза;
- обязательства банков имеют отношение только к документам, но не к реальным товарам;
- банк-эмитент обязан игнорировать условия аккредитива, не относящиеся к документам;
- банк-эмитент не обязан знать обычаи и обыкновения в определенной области торговли¹⁴⁶.

2. Принцип строгого соответствия (исполнения) означает, что банк вправе отклонить документы, не отвечающие условиям аккредитива. В ЕТК с самого начала была включена норма (ст. 5-109 (2)), которая устанавливает обязанность эмитента тщательно проверить документы, чтобы удостовериться в том, что по внешним признакам они соответствуют условиям аккредитива. Новая редакция раздела 5 ЕТК 1995 г. (ст. 5-108) еще более конкретизирует принцип строгого соответствия. Статья 5-108 вводит стандарт «строгого соответствия», требующий от банка установления буквального соответствия документов условиям аккредитива, что приближает ЕТК к *UCP*.

ЕТК США не выделяет различные виды аккредитивов, но исходя из содержания отдельных норм можно классифицировать аккредитивы по следующим основаниям.

По способу исполнения можно выделить аккредитивы: 1) с платежом по предъявлению; 2) с платежом с отсрочкой; 3) с акцептом или неоглашением¹⁴⁷. Поскольку первые две группы

¹⁴⁵ Статьи 5-103 (1)(а), 5-109(2), 5-114(1) ЕТК в редакции 1962 г. и ст. 5-108 (f. g) в редакции 1995 г.

¹⁴⁶ Статья 5-108 (f-3) в редакции 1995 г.; дело *Marino Indus Corp. v. Chase Manhattan Bank, N.A.*, 686 F. 2d. 112, 119-20, 34 UCC Rep. Serv. 637 (2d. Cir. 1982).

¹⁴⁷ Статья 5-102 (8) в редакции 1995 г.

не вызывают особых вопросов, рассмотрим только аккредитивы, исполняемые с акцептом или неогоцииацией.

При акцептном характере аккредитива вексель выставляется авизирующему банку в особом порядке, так как вексель подлежит оплате через определенный промежуток времени. Вексель имеет обеспечительный характер для продавца, так как по нему могут быть получены деньги до наступления срока платежа. Дополнительным обеспечением служит открытие безотзывного аккредитива банком-эмитентом, который принимает на себя ответственность за акцепт и оплату векселя покупателем. Аналогичное обязательство возлагается и на подтверждающий банк. Банк, акцептовавший вексель, не может предъявить регрессные требования к продавцу. Соответственно продавец в случае неоплаты акцептованного векселя не может заявить требование к банку, так как открытие акцептного аккредитива является лишь условным исполнением обязательства покупателя уплатить покупную цену, поэтому обязанным лицом является покупатель. Раздел 5 содержит специальные положения, касающиеся срока для акцепта, оплаты или отказа в оплате (ст. 5-112 в редакции 1962 г. и ст. 5-108 (b) в редакции 1995 г.). Следует отметить, что, согласно ст. 5-108(b) в новой редакции, эмитент обязан произвести платеж «в течение разумного времени после представления, но не позднее конца седьмого рабочего дня с того дня, когда эмитентом было принято представление». Семидневный срок должен соблюдаться даже в тех случаях, когда приказодатель не исполняет обязательства перед эмитентом (например, обязательство возмещения по предшествующим аккредитивам) или когда отсутствуют достаточные средства для покрытия представленной к платежу траты.

Неогоцияция означает, что банк становится индоссантом векселя. Вексель может подлежать оплате предъявителю или по истечении определенного промежутка времени. Неогоциирующий банк имеет право регресса к продавцу как к трассанту векселя, но если банк выступает в роли подтверждающего, он не может воспользоваться такой возможностью, так как подтверждение делает его обязанным только перед продавцом.

По характеру обязательства выделяют: 1) отзывные и 2) безотзывные аккредитивы¹⁴⁸, а по количеству обязанных перед продавцом лиц: 1) подтвержденные и 2) неподтвержденные аккредитивы¹⁴⁹. Традиционно эти две группы рассматриваются вместе, поскольку они достаточно взаимосвязаны – никакой банк не подтвердит отзывный аккредитив. Качества «отзывности» и «безотзывности» характеризуют отношение банка-эмитента к бенефициару, а качества «подтвержденности» и «неподтвержденности» – исполняющего банка (банка-плательщика) к бенефициару. Отзывный аккредитив может быть изменен или аннулирован банком-эмитентом в любой момент без предварительного уведомления об этом приказодателя или бенефициара и без их согласия (ст. 5-106 (3) и 5-106 (b) соответственно). Банк-эмитент обязан все же предоставить возмещение банку, исполнившему аккредитив до получения уведомления об отзыве или изменении. В соответствии со ст. 5-106 (a) в редакции 1995 г. аккредитив является отзывным, только если он это прямо предусматривает. Подтвержденный аккредитив увеличивает количество лиц, непосредственно обязанных перед бенефициаром за счет подтверждающего банка, который несет самостоятельное и независимое обязательство перед бенефициаром (ст. 5-107 (3) и ст. 5-107 (a) соответственно).

По способу использования суммы выделяются переводные (трансферабельные) аккредитивы¹⁵⁰.

Переводный аккредитив позволяет бенефициару передавать право требования суммы аккредитива третьим лицам (вторым бенефициарам). Намерение передать свое право должно быть отражено бенефициаром в соответствующих инструкциях банку, поскольку платеж иному

¹⁴⁸ Статьи 5-106 (2–3) в редакции 1962 г. и 5-106 (a-b) в редакции 1995 г.

¹⁴⁹ Статьи 5-107 (2) в редакции 1962 г. и 5-107 (a) в редакции 1995 г.

¹⁵⁰ Статьи 5-116 в редакции 1962 г. и 5-112 в редакции 1995 г.

лицу, чем указанное в поручении на открытие, является нарушением банком своих обязательств перед указанным бенефициаром. В связи с этим ЕТК предусматривает, что право по аккредитиву может быть передано лишь в том случае, если это прямо предусмотрено в аккредитиве. Отсутствие указания в аккредитиве на его трансферабельный характер не затрагивает право бенефициара на переуступку выручки по аккредитиву (ст. 5-114). Перевод аккредитива происходит в силу положений ст. 5-116 ЕТК в редакции 1962 г. и ст. 5-112 и 5-113 в редакции 1995 г., но перевод может осуществляться не только при наличии волеизъявления бенефициара. Перевод аккредитива может происходить, согласно ст. 5-113, также в силу закона, например при конкурсном производстве в отношении бенефициара или его корпоративной реорганизации. Правопреемнику бенефициара предоставляется право действовать от имени первоначального бенефициара без раскрытия эмитенту факта правопреемства. Специально оговаривается, что легитимация такого правопреемника перед эмитентом не требует проверки факта правопреемства, полномочий или подлинности подписи. Эмитент также не обязан производить проверку подлинности представляемых правопреемником в ходе легитимации документов, но если документ выписан на имя бенефициара или «раскрытого» правопреемника лицом, которое бенефициаром или правопреемником не является, то такой документ считается подложным. Эмитент, приняв представление, совершенное не бенефициаром, а его правопреемником, и произведя платеж, считается, таким образом, исполнившим свои обязательства по аккредитиву перед приказодателем.

ЕТК выделяет следующие особые ситуации в аккредитивных сделках.

Платеж под гарантию. если в банк-эмитент представляются документы, не соответствующие условиям аккредитива или по истечении срока действия аккредитива, банк-эмитент может потребовать предоставления бенефициаром дополнительных гарантий, как правило, гарантий банка бенефициара. В соответствии со ст. 5-113 «банк, стремящийся добиться акцепта, оплаты, негоциации или возмещения по аккредитиву, может предоставить гарантию в целях стимулирования таких акцепта, платежа, негоциации или возмещения»¹⁵¹. Гарантия относится к недостаткам в документах, но не в товарах и носит срочный характер – десять рабочих дней, считая со дня получения документов конечным клиентом, если до истечения этого срока не послано извещение о возражении, хотя данный срок может быть продлен соглашением сторон.

Мошенничество. Принцип независимости (автономии) аккредитива, являясь одним из «краеугольных камней» правового регулирования документарного аккредитива, имеет только одно исключение – случай мошенничества. Это исключение применяется очень ограничено. Доказанный факт мошенничества налагает на банк-эмитент и подтверждающий банк обязательство отказаться от оплаты, акцепта или негоциации в отношении бенефициара. Отличие мошенничества от несоответствия документов в том, что при мошенничестве документы по внешнему виду соответствуют условиям аккредитива, на деле являясь поддельными или подложными.

Раздел 5 в редакции 1962 г. (ст. 5-114 ч. 2) обязывает эмитента, даже при наличии обмана или подложности документов, акцептовать или оплатить тратту или требование платежа, исходящее от надлежащего держателя. Во всех других случаях добросовестно действующий эмитент может акцептовать либо оплатить тратту или требование, несмотря на получение извещения о наличии обмана, подделки или других дефектов, внешне не являющихся из документов.

Указанный подход в отношении мошенничества после принятия новой редакции раздела 5 был резко изменен, что привело к появлению самостоятельной ст. 5-109, посвященной ситуациям, связанным с мошенничеством и подлогом документов. Генеральная линия

¹⁵¹ В новой редакции подобные положения отсутствуют.

заключается в затруднении приказодателю подачи необоснованных исков с целью получить судебный запрет. Обращаясь в суд, приказодатель должен доказать не только факт совершения мошеннических действий, но также существенный характер мошенничества¹⁵². Определение степени существенности лежит в сфере судебной практики, которой были выработаны следующие критерии: очевидная невозможность для бенефициара предъявлять требование в соответствии с основным договором; безосновательность требования бенефициара; полная искаженность лежащей в основе аккредитива сделки, что повлекло отпадение разумных оснований для соблюдения принципа независимости обязательства эмитента. Статья 5-109 в редакции 1995 г., рассматривая судебный запрет в качестве основного средства защиты, допускает также применение «сходных средств судебной защиты» при соблюдении условий вынесения судебного запрета.

¹⁵² Ориентиром могло послужить законодательство, в частности, Калифорнии, где ст. 114 Торгового кодекса вообще не предусматривает возможности вынесения судебного запрета в случае мошенничества.

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.