

Publikationen

zur rechtlichen Zusammenarbeit

8/2021

შედარებითი სამართლის
ქართულ - გერმანული ჟურნალი

Deutsch - Georgische Zeitschrift
für Rechtsvergleichung



Gefördert durch:



Bundesministerium
der Justiz und
für Verbraucherschutz

aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages



თინათინ წეტელის სახელობის
სახელმწიფო და
საპარტოლოს ინსტიტუტი

8/2021

შვედარეზიტი სამართლის

ქართულ-გერმანული ჟურნალი

Deutsch-Georgische
ZEITSCHRIFT FÜR
RECHTSVERGLEICHUNG



სახელმწიფო და სამართლის ინსტიტუტის გამოცემა

წინამდებარე პუბლიკაცია გამოიცემა გერმანიის საერთაშორისო სამართლებრივი თანამშრომლობის ფონდის (IRZ) ფინანსური მხარდაჭერით.

გერმანიის საერთაშორისო სამართლებრივი თანამშრომლობის ფონდი (IRZ) შეიქმნა 1992 წელს და ამ დროიდან გერმანიის იუსტიციის ფედერალური სამინისტროს დაკვეთით დახმარებას უწევს პარტნიორ სახელმწიფოებს სამართლებრივი რეფორმების გატარებაში. ასეთი პროცესების მხარდაჭერა წარმოადგენს IRZ-ის ამოცანას, რომლის ფარგლებშიც ცენტრალური მნიშვნელობა ენიჭება პარტნიორი სახელმწიფოს ინტერესებს.

საქართველოსთან IRZ-ის თანამშრომლობა ეფუძნება საქართველოს და გერმანიის იუსტიციის სამინისტროთა 2005 წლის შეთანხმებას, რომლის განხორციელებაც 2006 წლიდან მიმდინარეობს. თანამშრომლობის მთავარი სფეროებია: საერთაშორისო შეთანხმებებისა და ხელშეკრულებების იმპლემენტაცია ქართულ კანონმდებლობასა და სამართალში, საკონსულტაციო საქმიანობა სისხლის სამართალში და სასჯელაღსრულების სფეროში და პრაქტიკოსი იურისტების განვითარებით იურიდიული განათლება.

Die vorliegende Publikation wird durch finanzielle Unterstützung der Deutschen Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V (IRZ) herausgegeben.

Seit ihrer Gründung im Jahr 1992 berät die Deutsche Stiftung für internationale Rechtliche Zusammenarbeit e.V. (IRZ) ihre Partnerstaaten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz bei der Reformierung ihrer Rechtssysteme und der Justizwesen. Rechtsstaatlichkeit und Demokratisierung sind Voraussetzung, um grundrechtliche Freiheiten zu wahren, stabile staatliche und gesellschaftliche Strukturen zu stärken sowie wirtschaftliches Wachstum anzuregen. Diesen Entwicklungsprozess zu unterstützen ist Aufgabe der IRZ, wobei die Bedürfnisse des jeweiligen Partnerstaats immer im Mittelpunkt stehen.

Die Zusammenarbeit mit Georgien basiert auf einer gemeinsamen Erklärung zwischen dem georgischen Justizministerium und dem Bundesministerium der Justiz von 2005 und wurde im Jahr 2006 aufgenommen. Die Schwerpunkte der Tätigkeit liegen in der Umsetzung internationaler Abkommen in georgisches Recht, in der Beratung im Straf- und Strafvollzugsrecht sowie der Aus- und Fortbildung von Rechtsanwenderinnen und Rechtsanwendern.

DEUTSCHE STIFTUNG FÜR
INTERNATIONALE RECHTLICHE
ZUSAMMENARBEIT E.V.



Gefördert durch:



Bundesministerium
der Justiz und
für Verbraucherschutz

aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages



თინათინ წერეთლის სახელობის
სახელმწიფო და
საპარტოლოს ინსტიტუტი



ჟურნალი დაფუძნებულია გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოების (GIZ) მიერ. 2020 წლის მე-3 ნომრიდან მის დაფინანსებას აგრძელებს საერთაშორისო სამართლებრივი თანამშრომლობის გერმანული ფონდი (IRZ).

მთავარი რედაქტორები

ასოც. პროფ. დოქ. გიორგი რუსიაშვილი
პროფ. დოქ. ოლაფ მუთჰორსტი
ასოც. პროფ. ლადო სირდაძე

გამომცემლები

პროფ. დოქ. საპატიო დოქ. ტიცინა ქიუზი
პროფ. დოქ. ოლაფ მუთჰორსტი
ნოტარიუსი რიხარდ ბოკი
მოსამართლე ვოლფრამ ებერჰარდი
პროფ. დოქ. არკადიუშ ვუდარსკი
მოსამართლე დოქ. ტიმო უტერმარკი
ადვოკატი დოქ. მაქს გუთბროდი
პროფ. დოქ. გიორგი ხუბუა
პროფ. დოქ. ლაშა ბრეგვაძე
პროფ. დოქ. ირაკლი ბურდული
პროფ. დოქ. ზვიად გაბისონია
ფრანკ ჰუპფელდი
ხათუნა დიასამიძე

ასოც. პროფ. დოქ. სულხან გამყრელიძე
ასოც. პროფ. დოქ. გიორგი რუსიაშვილი
ასოც. პროფ. დოქ. შალვა პაპუაშვილი
ასოც. პროფ. ლადო სირდაძე
დავით მაისურაძე

ადვოკატი გიორგი ჟორჟოლიანი
ადვოკატი თემურ ბიგვაძე
ადვოკატი ზვიად ბატიაშვილი
ხატია პაპიძე

ადვოკატი გოჩა ოყრეშიძე
დემეტრე ეგნატაშვილი
ადვოკატი ქეთევან ბუაძე
ადვოკატი ნიკოლოზ შეყილაძე
თორნიკე დარჯანია

ასისტ. პროფ. დოქ. თემურ ცქიტიშვილი
სულხან გველესიანი
ნატალი გოგიაშვილი
გიორგი კვანტალიანი

ტექნიკური რედაქტორი

დავით მაისურაძე

სამუშაო ჯგუფი

ნინო ქაეშბაია
თათია ჯორბენაძე
ანა ბაიაძე
ტილმან სუტორი

ISSN 2587-5191 (ბეჭდვითი)

ISSN 2667-9817 (ელექტრონული)

© თინათინ წერეთლის სახელობის სახელმწიფოსა და სამართლის ინსტიტუტი, 2021

© საერთაშორისო სამართლებრივი თანამშრომლობის გერმანული ფონდი (IRZ) 2021

© ავტორები, 2021

გ. ქიქოძის ქ. 3, თბილისი, +995 322983245, administration@isl.ge, www.lawjournal.ge, www.isl.ge

სარჩევი

სტატიები

სინდიცირება, პარალელური სესხები და „მოლაპარაკების“ ამხანაგობა გიორგი რუსიაშვილი	1
ხელოვნური ინტელექტის ეროვნული სტრატეგია საქართველოსთვის ზვიად გაბისონია	22
გერმანული კანონპროექტი ასოციაციების სანქციირების შესახებ გიორგი კვანტალიანი	31
RENOVI გოჩა ოყრეშიძე	48

სასამართლო პრაქტიკა

ააიპ დირექტორის თანამდებობიდან გათავისუფლება (ოყრეშიძე)	81
პირველადი მოთხოვნის შეუსრულებლობა, როგორც ხელშეკრულებიდან გასვლის ნი- შაპირობა (ოყრეშიძე)	83
სამეზობლო თმენის ვალდებულების ფარგლები (ოყრეშიძე)	85
გამოხატვის თავისუფლების ფარგლები (ოყრეშიძე)	88
ნივთზე გაღებული ხარჯების ანაზღაურება (ოყრეშიძე)	91
ნივთის გაუმჯობესების ხარჯების ანაზღაურება (ოყრეშიძე)	93
საზიარო უფლების გაუქმება (ოყრეშიძე)	95
უარი დივიდენდის მოთხოვნაზე კომპანიის წილის გასხვისებას (ოყრეშიძე)	98
საჯარო რეესტრის სისწორისა და სისრულის პრეზუმფცია (ოყრეშიძე)	100

სინდიკირება, პარალელური სესხები და „მოლაპარაკების“ ამხანაგობა

ასოც. პროფ. დოქ. გიორგი რუსიაშვილი

I. შესავალი

მოცემული ტექსტი შეეხება ერთ-ერთ მიმდინარე დავას ორ ქართულ ბანკს შორის, სადაც საბანკო სამართალთან დაკავშირებული დოგმატური პრობლემების მთელი პალიტრა იყო წარმოდგენილი. საქმის ფაქტობრივი გარემოებები შემოკლებულია და სქემატური ფორმით შეიძლება შემდეგნაირად შეჯამდეს:

მოსარჩელე ბანკი აწარმოებდა მოლაპარაკებებს მარტის თვიდან 6 თვის განმავლობაში მოპასუხე ბანკთან ერთ-ერთი მსხვილი ქართული კომპანიისათვის (შემდგომში: დასაფინანსებელი კომპანია) თანადაფინანსებით სესხის მიცემასთან დაკავშირებით, რასაც თავად მხარეები სინდიკირებას უწოდებდნენ. მარტის დასაწყისშივე (9.03.) შედგა ბანკის დირექტორებს შორის შეხვედრა, სადაც დაიდო ზეპირი შეთანხმება, რომ ბანკებს 50 %-იანი თანამონაწილეობით უნდა გაეცათ მაქსიმუმ 100 000 000 აშშ დოლარის სესხი, რამაც მოგვიანებით შესაბამისი ასახვა პოვა ბანკების მიერ გაცვლილ ე. წ. თერმ შიეთებში და წარმოადგენდა მთავარ სახელმძღვანელო ხაზს.

მოგვიანებით, 15 ივლისს ორივე ბანკმა ერთობლივად წარუდგინა დასაფინანსებელ კომპანიას საერთო წინადადება 50 000 000 აშშ დოლარზე თვიურ 10 %-ად გაცემასთან დაკავშირებით. ეს წინადადება ძალაში იყო 31.07-მდე. დასაფინანსებელი კომპანიისათვის საპროცენტო ნიხრი აღმოჩნდა ძალზე მაღალი და მოითხოვა მისი დაკლება, რაზეც კატეგორიული უარი განაცხადა მოპასუხე ბანკმა და, მოსარჩელე ბანკის სურვილის მიუხედავად, რომელიც მზად იყო დაეკლო პროცენტი (8 %-მდე), მოლაპარაკებები აღარ გაგრძელდა. მოსარჩელემ მოგვიანებით შეიტყო, რომ კონკურენტმა ბანკმა რეალურად გააგრძელა დამოუკიდებელი მოლაპარაკებები კლიენტთან და მისცა კიდეც მას სესხი აგვისტოში 8 %-იანი განაკვეთით.

მოსარჩელე ბანკმა ამ ამბის შეტყობისთანავე აღძრა სარჩელი მოპასუხე ბანკის წინააღმდეგ და ითხოვს იმ მოგებას, რაც უნდა მიეღო თანამონაწილეობით გაცემული სესხიდან. მოსარჩელის განცხადებით, მოლაპარაკებების ფარგლებში – სავარაუდოდ: დირექტორებს შორის მარტში მიღწეული შეთანხმების მომენტშივე – მათ უკვე დადეს თანადაფინანსებით სესხის გაცემის შესახებ ხელშეკრულება – ამხანაგობის ფორმით წარმოშობილი სინდიკატი, რომელიც თითოეულს ავალდებულებდა ამ სესხის კუთვნილი წილის გაცემას და, გარდა ამისა, უკრძალავდა ამ სესხის ინდივიდუალურად გაცემას და ზოგადად დასაფინანსებელ კომპანიასთან დამოუკიდებლად მოლაპარაკებების წარმოებას. მოპასუხე ბანკი უთითებს იმ გარემოებაზე, რომ ბანკებმა, მართალია, მოლაპარაკებების ეტაპზე არაერთი დოკუმენტი, ე. წ. თერმ შიეთი, გაცვალეს, თუმცა არც ერთში არ იყო დაფიქსირებული ის, თუ რა პროცენტად უნდა გაეცათ ეს სესხი (ეს საპროცენტო განაკვეთი, რომელიც, როგორც თერმ შიეთებიდან და ელექტრონული მიმოწერიდან ჩანს, მუდმივად ვარირებდა) და როდიდან. ზოგადად ეს იყო არამოქაზი მოლაპარაკებების ეტაპი, რომელიც შედეგით ვერ დაგვირგვინდა. ყველა ამ თერმ შიეთში ორივე ბანკი მითითებულია ცალ-ცალკე და დამოუკიდებელ კრედიტორებად, რომლებიც აწარმოებენ დამოუკიდებელ ანგარიშსწორებას კლიენტებთან, გამოდიან საკუთარი სახელით,

დებენ ცალ-ცალკე კრედიტის ხელშეკრულებებს. ამგვარად, მათ მიერ რაიმე ერთიანი სუბიექტის შექმნა, რომელსაც გარე ურთიერთობაში ექნებოდა საკუთარი ქონება და შიდა ურთიერთობაში კი ბანკები გაინაწილებდნენ მისი არსებობისა და მის მიერ მიზნის მიღწევის ხარჯებს (მაგალითად, დასაფინანსებელ კომპანიაში ჩასატარებელი *due diligence*-ს ხარჯებს), გამორიცხულია. ასევე ბანკის დირექტორებსა და მათ მოადგილეებს შორის მიმოწერასა და თერმ შიშებში საერთოდ არ არის საუბარი იმაზე, რომ ბანკებს შეიძლება ჰქონდეთ თუნდაც ჰიპოთეტური საერთო მოგება ან ატარებდნენ თუნდაც ჰიპოთეტურ საერთო რისკს. ამასთან, უკლებლივ ყველა თერმ შიშზე დატანილია დათქმა „კრედიტორებს ექნებათ რისკის სინდიცირების უფლება მათი შეხედულებისამებრ“. არც ერთ თერმ შიშში არ იყო დაფიქსირებული სესხის გაცემის დრო.

გარდა ამისა, მოპასუხე მხარე აპელირებს იმ ფაქტზე, რომ დასაფინანსებელი კომპანია იყო თავდაპირველად მისი კლიენტი და მხოლოდ იმიტომ დააკავშირა ის მოსარჩელე ბანკთან, რომ „სინდიცირება“ მოცემულ ეტაპზე შეიძლება ყოფილიყო მისთვის მომგებიანი და ეს არ ავალდებულებდა არამომგებიანი თანადაფინანსების შეთანხმებისათვის ხელის მოწერას. ბოჭვის ნების არარსებობაზე თავად მოსარჩელე ბანკის მხრიდან ცალსახად მიაჩნია მისი დირექტორის მიერ დასაფინანსებელი კომპანიისათვის გაგზავნილი 7 ივლისის წერილი. მოსარჩელე ბანკის დირექტორი თავის 7 ივლისის იმეილში დასაფინანსებელი კომპანიისადმი გამოთქვამს შეშფოთებას იმასთან დაკავშირებით, რომ მოპასუხე ბანკმა ორჯერ ზედიზედ აწარმოა დამოუკიდებელი მოლაპარაკება დასაფინანსებელ კომპანიასთან და აცხადებს მზაობას მოსარჩელეს მხრიდან კლიენტის ექსკლუზიურად დაფინანსებასთან დაკავშირებით, საჭიროების შემთხვევაში.

მოსარჩელე ბანკი აღიარებს, რომ პროცენტი მართლაც არ ყოფილა შეთანხმებული, თუმცა ის არ წარმოადგენდა დადებული ხელშეკრულების არსებით პირობას ისევე, როგორც კრედიტის გაცემის ვადა და მათზე შეთანხმება უნდა მომხდარიყო მოგვიანებით. მაგრამ მოპასუ-

ხეს, სულ მცირე, უნდა შეეცდებინა მისთვის იმის შესახებ, რომ დამოუკიდებლად აპირებდა კომპანიის დაფინანსებას, რა შემთხვევაშიც მოსარჩელე ბანკი მას ყოველ მიზეზ გარეშე დაასწრებდა და დამოუკიდებლად დადებდა მთლიან თანხაზე საკრედიტო ხელშეკრულებას. მან სესხად გასაცემი თანხა, თავის მხრივ, ისე სხა მსოფლიო ბანკისაგან და მისთვის გადასახდელი პროცენტები მას ზიანად დაანწა.

ქვემოთ დეტალურად იქნება განხილული მოსარჩელე ბანკის მიერ წაყენებული ყველა მოთხოვნის სამართლებრივი საფუძვლები.

II. მოთხოვნა სკ-ის 394 I-III, 930-ე მუხლების მიხედვით

პირველი მოთხოვნა, რაც შეიძლება მოიპოვებოდეს მოსარჩელეს მიერ მოპასუხე ბანკის წინააღმდეგ წაყენებული „ზიანის ანაზღაურების“ მოთხოვნის ქვეშ, შეიძლება იყოს შესრულების ნაცვლად ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნა სკ-ის 394 I-III, 930-ე მუხლების მიხედვით. ამისათვის აუცილებელია, რომ მხარეთა შორის შემდგარიყო ამხანაგობის ხელშეკრულება, მოპასუხე ბანკს დაერღვია საერთო მიზნის მისაღწევად მოქმედების ვალდებულება და ამით შეუძლებელი გაეხადა მიზნის მიღწევა.

1. ბანკების მიერ ერთობლივი კრედიტის გაცემა

ორი ან მეტი ბანკის მიერ ერთობლივი სესხის გაცემის ერთ-ერთი გავრცელებული ფორმაა სინდიკატი (კონსორციუმი). სინდიცირების ხელშეკრულების ფარგლებში თანადაფინანსებული ბანკები ქმნიან ამხანაგობას სკ-ის 930-ე და მომდევნო მუხლების მიხედვით.¹ საერთო მიზნის (საერთო კრედიტის გაცემის) ფარგლებში, თითოეული ბანკი კისრულობს მისი წილი

¹ Diem/Jahn, Akquisitionsfinanzierungen, 4. Aufl., München 2019, § 30 Rn. 8; SBL BankR-HdB/Hadding/Häuser, 3. Aufl., § 87 Rn. 27.

კრედიტის გაცემას.² გამომდინარე იქიდან, რომ გერმანული (გსკ-ის 705-ე და მომდევნო პარაგრაფები) და ქართული ამხანაგობის სამართალი მეტწილად და საკვანძო საკითხებში იდენტურად არის მოწყობილი, სინდიკატის ამხანაგობის ფორმით მოწყობის გერმანული გამოცდილება ქართულ სამართალშიც გადმოტანადია.

ა) ერთობლივი კრედიტის გაცემა სინდიკატის ფორმით

სინდიცირებული კრედიტის ქვეშ მოიაზრება სესხი, რომელიც გაცემულია არა ერთადერთი კრედიტის გამცემის მიერ, არამედ ერთობლივად, კრედიტის გამცემთა ჯგუფის მიერ. ჩვეულებრივ, აქ საქმე ეხება დიდი მოცულობის კრედიტებს, რომლის გაცემასაც მისი ოდენობისა ან რისკების დივერსიფიკაციის აუცილებლობიდან გამომდინარე ერთი ბანკი ვერ უზრუნველყოფს. გარდა ამისა, გერმანიაში ბანკების საზედამხებველო სამართალი ზღუდავს განსაკუთრებით დიდი ოდენობის კრედიტების გაცემას, რაც აუცილებელს ხდის ამ განაწილებას (შდრ. გერმანიის საკრედიტო სისტემის შესახებ კანონის მე-13 და მომდევნო პარაგრაფები).³ გამომდინარე აქედან, ბანკები შეკავშირდებიან ხოლმე ერთმანეთთან კრედიტის გაცემის მიზნით ამხანაგობის ფორმით (სინდიკატი). სინდიკატის მიერ შეიძლება გაიცეს ნებისმიერი ფორმის კრედიტი.⁴

ბ) სინდიკატის მოწყობის ალტერნატივები – გარე ამხანაგობა

სინდიკატის მოწყობის ფორმებზე საუბრისას, პირველ რიგში, ერთმანეთისაგან გასამიჯნია „ლია“ (გარე) და „ფარული“ (შიდა) სინდიკა-

ტები. ღია და ფარული სინდიკატები ერთმანეთისაგან განსხვავდებიან იმით, თუ როგორ გამოდიან ისინი კრედიტის ამღების წინაშე. „ლია“, ანუ „გარე“, სინდიკატზე საუბარი შეიძლება მაშინ, როდესაც სინდიკატი, როგორც ასეთი, გამოდის გარე ურთიერთობაში. კერძოდ, როდესაც, მაგალითად, საკრედიტო ხელშეკრულების დადება ხდება სინდიკატის-ამხანაგობის სახელითა და ხარჯით.⁵ ამის საპირისპიროდ, „შიდა“ სინდიკატია სახეზე, როდესაც გარე ურთიერთობაში გამოდის მხოლოდ სინდიკატის წინამძღოლი (ერთ-ერთი ბანკი) და ის მხოლოდ შიდა ურთიერთობაში მოქმედებს სინდიკატის წევრების საერთო ხარჯით.⁶

გერმანული სასამართლო პრაქტიკის მიხედვით, მხოლოდ გარე ამხანაგობას ენიჭება უფლებაუნარიანობა და პროცესუნარიანობა,⁷ ანუ შეიძლება თავად იყოს სესხის მოთხოვნის მფლობელი და სესხის გადახდის ვალდებულების მოვალე მსესხებლის წინაშე. ამგვარად, გარე სინდიკატს ამხანაგობის წევრთა წინაშე მეტწილად დამოუკიდებლობა აქვს მინიჭებული (განსხვავებულია). კერძოდ: სესხიდან წარმომდგარი მოთხოვნა ხდება საზოგადოების ქონება, სესხის გადახდისათვის თვითონ სინდიკატი აგებს პასუხს, ხოლო სინდიკატის წევრები ამხანაგობის ვალეებისათვის პასუხს აგებენ მხოლოდ აქცესორულად. ამხანაგობის ქონებას განეკუთვნება ასევე ცალკეული გადახდის მოთხოვნები სახელშეკრულებო ურთიერთობიდან.⁸

მოსარჩელესა და მოპასუხე ბანკს შორის მიმდინარე მოლაპარაკებების გარე ამხანაგობის (Außengesellschaft) შექმნის მცდელობად მონათვლა, მით უფრო უკვე შემდგარ გარე ამხანაგობად მიჩნევა ყოველგვარ საფუძველს მოკლებულია. პირველ რიგში იმის გამო, რომ, უზენაესი სასამართლოს უახლესი პრაქტიკის მიხედვით, საქართველოში ამხანაგობა საერთოდ არ

² SBL BankR-HdB/Hadding/Häuser, 3. Aufl., § 87 Rn. 25; De Meo, Bankenkonsortien, München 1994, 42.

³ Derleder/Knops/Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Aufl., Heidelberg 2009, 703.

⁴ Derleder/Knops/Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Aufl., Heidelberg 2009, 704.

⁵ De Meo, Bankenkonsortien, München 1994, 1. Kap. Rn. 89; Schimansky/Bunte/Lwowski-Hadding/Häuser, § 87 Rn. 43.

⁶ Schimansky/Bunte/Lwowski-Hadding/Häuser, § 87 Rn. 43; De Meo, Bankenkonsortien, München 1994, 1. Kap. Rn. 87.

⁷ BGH NJW 2001, 1056.

⁸ Derleder/Knops/Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Aufl., Heidelberg 2009, 704.

არის აღიარებული უფლებაუნარიან სუბიექტად.⁹ თუმცა ამაზე მნიშვნელოვანია ის არგუმენტი, რომ აქ მოსარჩელე და მოპასუხე ბანკი, როგორც ეს თერმ შითებიდან იკითხება, საერთოდ არ აპირებდნენ ცალკე სუბიექტის ჩამოყალიბებას, რომელიც გარე ურთიერთობებში გამოვიდოდა საკუთარი სახელით, ექნებოდა საკუთარი ქონება, დასაფინანსებელი კომპანიის მიმართ ექნებოდა ერთიანი მოთხოვნა სესხიდან, რომელიც გახდებოდა მისი ქონება და ბანკების წილი კი მხოლოდ მასში მონაწილეობით ამოიწურებოდა. ეს კონსტრუქცია იმდენად შეუსაბამოა მოცემულ სიტუაციასთან, რომ მასზე დიდხანს გაჩერებაც კი შეუძლებელია. ბანკები გეგმავდნენ დამოუკიდებელი ურთიერთობის დამყარებას დასაფინანსებელ კომპანიასთან – ყველგან მოსარჩელე და მოპასუხე ბანკი მითითებულნი არიან ცალ-ცალკე და დამოუკიდებელ კრედიტორებად, რომლებიც აწარმოებენ დამოუკიდებელ ანგარიშსწორებას კლიენტებთან, გამოდიან საკუთარი სახელით, დებენ ცალ-ცალკე კრედიტის ხელშეკრულებებს, აქვთ საკუთარი მოთხოვნები დასაფინანსებელი კომპანიის მიმართ და ა. შ. ამგვარად, ამ თეზისის შემდგომი განვითარება ყოველგვარ აზრს მოკლებულია.

გ) დეცენტრალიზებული შიდა ამხანაგობა

მოსარჩელე ბანკის თეზა უფრო სიცოცხლისუნარიანი იქნებოდა, ბანკებს შორის წარმოშობილი ურთიერთობის მოდელად დეცენტრალიზებული შიდა ამხანაგობა რომ აერჩია.

სინდიკატი, რომელიც წარმოიშობა შიდა ამხანაგობის ფორმით, არ არის არც უფლებაუნარიანი და არც პროცესუნარიანი. ის არ ხდება მსესხებლის კონტრაჰენტი და, ჩვეულებრივ, არ წარმოიშობა არც ამხანაგობის ქონება.¹⁰ სინდიკატის ურთიერთობა ამ დროს ამოიწურება მის წევრებს შორის წარმოშობილი ვალდებუ-

ლებითი ურთიერთობით და ზოგადად არ ეხება გარე ურთიერთობას მსესხებელთან.

ცენტრალიზება და დეცენტრალიზება კი ეხება საკრედიტო ხელშეკრულების შესრულების მოდუსს. ცენტრალიზებული სინდიკატის შემთხვევაში შესრულება, განსაკუთრებით კი, სესხის ვალუტის გადახდა, ანგარიშსწორება და პროცენტების ჩამოჭრა ხდება მხოლოდ და მხოლოდ სინდიკატის წინამძღოლის გავლით, რომელიც შემდეგ შიდა ურთიერთობაში აწარმოებს მიღებულს და მისი ამ საქმიანობისთვის განსაკუთრებულ პროვიზიას იღებს. ამის საპირისპიროდ, დეცენტრალიზებული სინდიკატის დროს სესხის შესრულება ხდება თითოეული წევრის მონაწილეობის კვოტის მიხედვით. შიდა სინდიკატი, ჩვეულებრივ, მონყობილია ხოლმე ცენტრალიზებული ფორმით. თუმცა დასაშვებია ასევე დეცენტრალიზებული შიდა სინდიკატი, რომლის შემთხვევაშიც წევრები დამოუკიდებელ საკრედიტო ხელშეკრულებებს დებენ მსესხებელთან, თუმცა შიდა ურთიერთობაში საერთო ანგარიშით მოქმედებენ.¹¹

გამომდინარე იქიდან, რომ მოსარჩელე და მოპასუხე ბანკს დასაფინანსებელ კომპანიასთან უნდა დაედოთ დამოუკიდებელი გარიგებები, რეალობასთან მიახლოებული მსჯელობისას, ამხანაგობის ერთადერთი კონსტრუქცია, რომელიც აქ განხილვის ღირსია, სწორედ ეს უკანასკნელი დეცენტრალიზებული შიდა ამხანაგობაა. თუმცა სინამდვილეში ეს მოდელიც საკმაოდ დაშორებულია იმ ურთიერთობისაგან, რაც მოსარჩელესა და მოპასუხე ბანკს შორის წარმოიშვა. კერძოდ, მართალია, დეცენტრალიზებული შიდა ამხანაგობის შემთხვევაში ბანკები დამოუკიდებლად დებენ საკრედიტო ხელშეკრულებებს, თუმცა ეს არ ცვლის იმ მოცემულობას, რომ მათ შიდა ურთიერთობაში სურთ ამხანაგობა, ანუ საერთო მიზნის მიღწევის ფარგლებში გარიგებისმიერი ბოჭვა. ამხანაგობა გულისხმობს საერთო ხარჯებით მოქმედებას და გარდა ამისა, ეს არის რისკისა და მოგების გა-

⁹ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2018 წლის 4 მაისის განჩინება №ას-547-510-2017.

¹⁰ *Derleder/Knops/Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht*, 2. Aufl., Heidelberg 2009, 704.

¹¹ ამ ტიპის ურთიერთობას გერმანული სასამართლო პრაქტიკა უწოდებს არა „ნამდვილი“ სინდიკატის გარიგებებს, არამედ თავისებურ მეტა გარიგებას, BGH NJW 1990, 573; *Sprau*, in: Palandt, BGB-Kommentar, 73. Auflage 2014, § 705 Rn. 42.

ყოფის გაერთიანება (შდრ. სკ-ის 935 I და 937 I 1 მუხლები). მოსარჩელესა და მოპასუხე ბანკს შორის არსებულ ურთიერთობას აკლდა ყველა ეს ნიშანი:

არ არსებობდა საერთო ანგარიშით/ხარჯით მოქმედების განზრახვა და ამის თუნდაც მინიმალური მცდელობა. საერთო ანგარიშით მოქმედებისათვის აუცილებელია საერთო „სალაროს“ მსგავსი წარმონაქმნის არსებობა, საიდანაც დაიფარება მიზნის მიღწევისათვის გაღებული ხარჯები და სადაც თითოეული ბანკი შეიტანს საკუთარ შენატანს. აქ კი ამგვარი საერთო სალაროს შექმნის მცდელობაზე არაფერი მიაჩნებოდა. მაგალითად, ბანკებს აზრადაც არ მოსვლიათ, შეეთანხმებინათ თერმ შითებზე ნახსენები *due diligence*-ს ხარჯების განაწილება, ან საერთოდ ის, რომ *due diligence* ერთობლივად იყო განსახორციელებელი. საერთო ანგარიშით მოქმედება წარმოადგენს კონსტიტუტიურ ნიშანს ნებისმიერი ზემოთ მოყვანილი ფორმით ჩამოყალიბებული ამხანაგობისათვის და მის გარეშე ამხანაგობა ვერ შედგება.

რაც შეეხება რისკისა და მოგების გაყოფის გაერთიანებას,¹² მართალია, ამხანაგობის წევრებს ხელეწიფებათ მოგების თანაბრად გაყოფის წესის ცვლილება,¹³ თუმცა ბანკებს ეს აქ არ გაუკეთებიათ, უფრო სწორედ კი, საერთოდ არც გაუცნობიერებიათ ამის გაკეთების შესაძლებლობა. კლიენტის „50-50-ზე გაყოფა“ თუ გაგებული იქნებოდა ამხანაგობის ფარგლებში მოგებისა და რისკების გაყოფის წესად, ამის შედეგები, მოცემულ სიტუაციაში რეალურად მიუღებელი იქნებოდა როგორც ერთი, ისე მეორე ბანკისათვის. კერძოდ, შიდა ამხანაგობის აღიარების შემთხვევაში ის პროცენტები, რომლებიც გარე ურთიერთობაში თითოეული ბანკის მიერ დამოუკიდებლად დადებული სესხი-

დან წარმოსდგებოდა, შიდაში ჩაითვლებოდა ამხანაგობის და არა ამ ერთი რომელიმე ბანკის მოგებად. ის, რომ შიდა ამხანაგობისას საერთო ქონება არ წარმოიშობა, არ ცვლის იმას, რომ მოგება შეერაცხება ამხანაგობას და ის უნდა განაწილდეს ამხანაგობის კანონისმიერი დანაწესებით ან მხარეთა მიერ შეთანხმებული წესით. მარტივად რომ ვთქვათ, თუ 50-50-ზე იქნებოდა ამხანაგობის მოგების განაწილების წესი, უნდა მომხდარიყო შემდეგი: თუ დასაფინანსებელი კომპანია კრედიტის მიცემის შემდეგ მოპასუხე ბანკის წინაშე ვალდებულებას დაარღვევდა და პროცენტებს არ გადაუხდიდა, ხოლო კუთვნილ პროცენტებს გადაუხდიდა მხოლოდ მოსარჩელეს, ამ უკანასკნელს თავისი ეს მოგება უნდა გაეყო მოპასუხე ბანკთან. ის, რომ ეს არც ერთი ბანკის მიერ არ იყო ნასურვევი, ნათელი ხდება ელექტრონული მიმოწერიდან, თერმ შითებიდან, სადაც არსად არ არის საუბარი იმაზე, რომ ბანკებს შეიძლება ჰქონდეთ თუნდაც ჰიპოთეტური საერთო მოგება ან ატარებდნენ თუნდაც ჰიპოთეტურ საერთო რისკს, რაც ამხანაგობის ასევე კონსტიტუტიურ ნიშანს წარმოადგენს. ამის საპირისპიროდ, ყველა ზემოთ მოხმობილი მტკიცებულებიდან ცალსახად იკითხება, რომ თითოეულ ბანკს დამოუკიდებლად უნდა ეტარებინა ხელშეკრულების დადებასთან დაკავშირებული რისკები და მოგებაც დამოუკიდებლად ეკუთვნოდა. მაგალითად, თუ მოსარჩელეს წარმოემოზოდა ხელშეკრულების მომზადების ეტაპზე უფრო მეტი დანახარჯი ვიდრე მოპასუხე ბანკს, ის ამ დანახარჯების გადანაწილებას მოპასუხე ბანკს ვერ მოსთხოვდა.

უკლებლივ ყველა თერმ შითზე დატანილი დათქმა – „კრედიტორებს ექნებათ რისკის სინდიცირების უფლება მათი შეხედულებისამებრ“ – პირდაპირ წინააღმდეგობაში მოდის ამხანაგობის ურთიერთობის არსთან და მიაჩნებოდა იმაზე, რომ მხარეთა ინტერესს აქ სხვა ურთიერთობის ჩარჩო შეესატყვისებოდა. ამ დათქმის შინაარსი მდგომარეობს იმაში, რომ თითოეულ ბანკს რჩება უფლება, მის მიერ გასაცემი კრედიტის წილის აკუმულირება, თავის მხრივ, სხვა, მესამე ბანკთან სინდიცირების გზით მოახდინოს. ეს დათქმა ამხანაგობის არსთან, პირ-

¹² იხ. ამხანაგობის ფორმით არსებული სინდიკატის შემთხვევაში მოგების გაყოფის წესის არსებით პირობად მიჩნევასთან დაკავშირებით *Diem/Jahn, Akquisitionsfinanzierungen*, 4. Aufl., München 2019, § 31 Rn. 18.

¹³ *MüKoBGB/Schäfer*, 8. Aufl. 2020, BGB § 705 Rn. 152, 153; *MüKoHGB/Schmidt*, 4. Aufl. 2016, HGB § 105 Rn. 28; *Heymann/Emmerich HGB*, München 1989, § 105 Rn. 28; *Westermann* in *Westermann/Wertenbruch PersGesR-HdB I. Teil*, Köln 2021, § 5 Rn. 131c; *Flume, BGB AT I* 1, Heidelberg 1997, § 3 II, 44.

ველ რიგში, შეუთავსებელია იმდენად, რამდენადაც ამხანაგობაში რისკების განაწილება ყოველთვის საერთო შეთანხმების საგანს უნდა წარმოადგენდეს და არა რომელიმე მხარის თვითნებურ გადაწყვეტილებას. გარდა ამისა, თუ, მაგალითად, მოპასუხე ბანკი თავის წილს სხვა, გარეშე ბანკის მხრიდან 90%-იანი მონაწილეობით/სინდიცირებით მოუყრის თავს, ის ფაქტობრივად ხდება ამ ბანკის მარიონეტი და ეს სხვა ბანკი ფაქტობრივ დონეზე ჩაანაცვლებს მას პირველი სინდიკატის ფარგლებში, რაც შეუთავსებელია ამხანაგობის ფარგლებში მხარეთა ინტერესების გადანაწილებასთან – მის თითოეულ წევრს სურს, რომ იცოდეს, თუ ვინ არის „რეალურად“ მისი პარტნიორი და მისი ნების გარეშე არ მოხდეს ახალი პარტნიორის ფაქტობრივი შემოსვლა ამხანაგობაში (შდრ. სკ-ის 936-ე მუხლი)¹⁴.

ყოველივე ეს ცალსახად მიაჩნება იმ გარემოებაზე, რომ აქ მხარეთა მიერ ამხანაგობის წარმოშობა სწორედ რომ არ იყო ნასურვები და ურთიერთობა მოსარჩელესა და მოპასუხე ბანკს შორის ამხანაგობის პარადიგმის მიღმაა.

დ) პარალელური კრედიტები

სინამდვილეში პარადიგმა, რომელიც რეალურად შეესატყვისება მოცემულ შემთხვევას, ეს არის პარალელური კრედიტების ურთიერთობა (*Parallelkredit, parallel loans*). ამ ურთიერთობის ფარგლებში ბანკები შიდა ურთიერთობაში, ანუ ერთმანეთის მიმართ, არ იბოჭებიან, არც სესხის გაცემამდე და არც მისი გაცემის შემდეგ, მიუხედავად იმისა, რომ ადგილი აქვს კოორდინირებულ თანაქმედებას მათ შორის.

პარალელურ კრედიტებზე საუბარია მაშინ, როდესაც სესხის საერთო თანხაზე უნდა დაიდოს არა ერთი საკრედიტო ხელშეკრულება (როგორც ძირითადად ეს ამხანაგობის ფორმით შეკავშირებული სინდიკატის შემთხვევაში ხდება) არამედ ცალკეული, სამართლებრივად დამოუკიდებელი სესხის ხელშეკრულებები, რომ-

ლებიც მხოლოდ ერთობლიობაში აკმაყოფილებენ საკრედიტო მოთხოვნას.¹⁵ სესხის გამცემი ამ შემთხვევაში არის არა სინდიკატი, არამედ ცალკეული, სამართლებრივად ერთმანეთისაგან დამოუკიდებელი, კრედიტის გამცემთა ჯგუფი, რომლებიც არ მოქმედებენ საერთო ანგარიშით.¹⁶ განსხვავებით დეცენტრალიზებული სინდიკატისაგან, პარალელური კრედიტების შემთხვევაში მათი არა მხოლოდ ცალ-ცალკე დაანგარიშება ხდება, არამედ კრედიტის გამცემთა შორის საერთოდ არანაირი შიდა ურთიერთობა არ არსებობს.¹⁷ კერძოდ, თუ დეცენტრალიზებული შიდა ამხანაგობის შემთხვევაში გარე ურთიერთობაში სინდიკატის წევრი ცალკე გაცემს სესხს, თუმცა ამ კრედიტებს ერთი წყარო აქვს (კერძოდ, შიდა ურთიერთობა, სადაც უნდა მოხდეს მათი დაჯამება, რისკის, მოგებისა დანახარჯების გადანაწილების კონტექსტში), პარალელური კრედიტების შემთხვევაში ამგვარი რამ საერთოდ არ ხდება, მიუხედავად იმისა, რომ ადგილი აქვს ბანკებს შორის კოორდინაციას კრედიტის გაცემის მიზნით.

მოპასუხე და მოსარჩელე ბანკს შორის მიმდინარე მოლაპარაკებები სწორედ ამ ტიპის ურთიერთობის შედგომისაკენ იყო მიმართული. ისინი ერთმანეთთან ათანხმებდნენ, თუ რა და როგორ გაეკეთებინათ, თუმცა ამხანაგობისათვის ეს საკმარისი არ არის. ამხანაგობისათვის აუცილებელია საერთო სფეროს შექმნა, რომელიც იქნება სამართლებრივი ჩარჩო და წყარო ყოველი შემდგომი მოქმედებისათვის. „გავიყოთ კლიენტი 50-50-ზე“ იმ გაგებით, როგორც ის თერმ შითებზეა აღბეჭდილი, სწორედ რომ, სფეროების დაშორიშორებისა და სამართლებრივად ერთმანეთისაგან გამიჯვნისაკენაა მიმართული. საერთო ანგარიშით მოქმედების,

¹⁴ Diem/Jahn, *Akquisitionsfinanzierungen*, 4. Aufl., München 2019, § 31 Rn. 18.

¹⁵ *Derleder/Knops/Bamberger*, *Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht*, 2. Aufl., Heidelberg 2009, 705.

¹⁶ *Derleder/Knops/Bamberger*, *Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht*, 2. Aufl., Heidelberg 2009, 704.

¹⁷ *De Meo*, *Bankenkonsortien*, München 1994, 1. Kap. Rn. 27, Fn. 32; *Schimansky/Bunte/Lwowski-Hadding/Häuser*, *Bankrechts-Handbuch*, 3. Aufl. 2007, § 87 Rn. 46; *Staudinger/Hopt/Mülbert*, *Neubearbeitung* 2015, vor § 607 Rn. 841.

რისკისა და მოგების (რაიმე ფორმით) გაყოფის გარეშე ამხანაგობა არ წარმოიშობა და შეიძლება წარმოიშვას მხოლოდ პარალელური კრედიტების ურთიერთობა, რომელიც შიდა ურთიერთობაში მხარეებს არ ბოჭავს.

ამგვარად, მოსარჩელე ბანკის მოთხოვნა მოპასუხე ბანკის მიმართ სკ-ის 394 I-III, 930-ე მუხლების მიხედვით უნდა გამოირიცხოს.

2. ამხანაგობის შედგომის შეუძლებლობა, მისი თეორიული დაშვების მიუხედავად

მაშინაც კი, თუ მხოლოდ ჰიპოთეტურად დავუშვებთ, რომ ბანკებს შორის მოლაპარაკებები მიმდინარეობდა არა პარალელური კრედიტების ურთიერთობის წარმოშობის მიზნით, არამედ ეს მოლაპარაკებები ამხანაგობის ჩამოყალიბებისაკენ იყო მიმართული – რაც, ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, არასწორია – ეს ამხანაგობა მათ შორის დროის ვერც ერთ მომენტში ვერ ჩაითვლება შემდგარად. შესაბამისად, მოსარჩელეს მოპასუხე ბანკის წინააღმდეგ მაინც ვერ ექნება ამ ამხანაგობიდან წარმომდგარი ვალდებულების დარღვევის გამო ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნა.

პირველ რიგში, აქ ამხანაგობა უნდა გამოირიცხოს, რადგან სახეზე არ არის შეთანხმება ხელშეკრულების არსებით პირობებთან დაკავშირებით. მოსარჩელე აპელირებს იმაზე, რომ მათ შეთანხმეს სესხის გაცემის ფარგლები – 100 000 000 დოლარი – ის, რომ სესხი გაიცემოდა თანამონაწილეობით და ვის მისცემდნენ ამ სესხს. დანარჩენი დეტალების გარკვევა უნდა მომხდარიყო ხელშეკრულების მიზნის მიღწევის ეტაპზე. ეს ამხანაგობის შედგომისათვის საკმარისი არ არის შემდეგი გარემოებების გამო:

ა) მიზეზები, რის გამოც ამხანაგობა ვერ ჩაითვლება შემდგარად

პირველ რიგში, როგორც ეს თერმ შითებიდან ირკვევა, ორივე ბანკი გარე ურთიერთობაში დამოუკიდებლად გასცემდა სესხს, რითიც

ყოველგვარი გარე და ცენტრალიზებული სინდიკატის (იხ. ზემოთ) კონსტრუირების მცდელობა განწირულია. ერთადერთი, რაც რჩება, ეს არის შიდა დეცენტრალიზებული სინდიკატი. თუმცა, მაშინაც კი, თუ ჰიპოთეტურად დავუშვებთ, რომ აქ საქმე ეხებოდა დეცენტრალიზებულ სინდიკატს (როდესაც გარე ურთიერთობაში თითოეული ბანკი დამოუკიდებლად გასცემდა სესხს, თუმცა შიდა ურთიერთობის ძალით თითოეული ვალდებული იყო გაეკეთებინა ეს მეორე ბანკის წინაშე), მხარეთა შორის ურთიერთობა მოლაპარაკებების სტადიას არ გასცდენია და მათ შორის ამხანაგობა არ ჩამოყალიბებულა.

ამხანაგობის ფორმით ჩამოყალიბებული სინდიკატის ყველა ზემოთ ხსენებულ ვარიაციაში საერთოა ის მომენტი, რომ ამხანაგობის ფორმით შეკავშირებაზე საუბარი შეიძლება მხოლოდ მას შემდეგ, რაც მხარეებს უკვე წარმოევით ვალდებულება ერთმანეთის მიმართ, თანადაფინანსების ფარგლებში გაიღონ შესაბამისი თანხა,¹⁸ რისი დარღვევაც სანქციონირდება სკ-ის 394-ე და მომდევნო მუხლების მიხედვით.¹⁹ მოცემულ შემთხვევაში მხარეები ჯერ კიდევ მხოლოდ მსჯელობდნენ ამ ვალდებულების შინაარსთან დაკავშირებით (გასაცემი თანხისა და პროცენტების ოდენობის დადგენა). ეს ცალსახად მიანიშნებს იმაზე, რომ ისინი იმყოფებოდნენ ამ ამხანაგობის ხელშეკრულების წარმოშობამდელ, ანუ მხოლოდ წინარე ეტაპზე, როდესაც არ იყო განსაზღვრული არც დაფინანსების ზუსტი ოდენობა, არც მხარეთა წილი, არც ვალუტა და ა. შ.

აა) ხელშეკრულების არსებით პირობებზე შეთანხმების არარსებობა

ზოგადად, ხელშეკრულებას უნდა ჰქონდეს მინიმალური შინაარსი/არსებითი მდგენელები (*essentialia negotii*)²⁰ – მაგალითად, ნასყიდობი-

¹⁸ Diem/Jahn, *Akquisitionsfinanzierungen*, 4. Aufl., München 2019, Rn. 9, 11; SBL BankR-HdB/Hadding/Häuser, 3. Aufl., § 87 Rn. 25; De Meo, *Bankenkonsortien*, München 1994, 42.

¹⁹ MüKoBGB/Ulmer, 5. Aufl. 2009, § 705 Rn. 170, § 706 Rn. 23.

²⁰ MüKoBGB/Busche, 8. Aufl. 2018, BGB § 145 Rn. 6.

სას ესენია: მხარეები, საგანი და ფასი. ამხანაგობის შემთხვევაში ეს არის მიზანი და თითოეული მონაწილის მიერ ამ მიზნის მიღწევისათვის გასაღების წილი.

ამიტომაც, ამხანაგობის ფორმით არსებული სინდიკატი ვერ ჩაითვლება შემდგარად, სანამ არ დადგინდება:

ა) თითოეულის მიერ გასაღები წილის ოდენობა.²¹ ეს ოდენობა და ამხანაგობის მიზანი ერთმანეთისაგან დამოუკიდებლად ვერ დადგინდება. ბანკისთვის მონაწილეობითი წილი ამხანაგობაში, პირველ რიგში, არის ის პროცენტი, რა პროცენტადაც გასცემს სესხს, რაც უფრო მნიშვნელოვანია, ვიდრე თავად ამ კრედიტის მოცულობა. კერძოდ, ბანკი არ გასცემს კრედიტს პროცენტის დაკონკრეტების გარეშე; არ ხსნის, მაგალითად, საკრედიტო ხაზს საპროცენტო ნიხრის მიუთითებლად. შესაბამისად, კრედიტის გაცემის მიზნით შექმნილი ამხანაგობის შემთხვევაშიც, მიზნის დაკონკრეტებისათვის გადამწყვეტი და, პირველ რიგში, დასადგენი იყო სწორედ საპროცენტო განაკვეთი, რომელიც, როგორც თერმ შითებიდან და ელექტრონული მიმონერიდან ჩანს, მუდმივად ვარიირებდა.

ამიტომაც, ბანკთა შორის სინდიკირებისათვის შექმნილი ამხანაგობა მიზნით: „გავცეთ კრედიტი თანამონაწილეობით, რომლის პროცენტებსაც მოგვიანებით დავაკონკრეტებთ“, ისევე წარმოუდგენელია, როგორც ფიზიკურ პირთა შორის ამხანაგობა ზოგადად „რაიმეს“ აშენების მიზნით. ამ შემთხვევათაგან ვერც ერთში ვერ დადგინდება ამხანაგობის არსებობა კონკრეტული მიზნის არარსებობის გამო. ამიტომაც, მოსარჩელეს მითითება იმაზე, რომ საპროცენტო განაკვეთი არ ყოფილა არსებითი პირობა და მასზე შეთანხმება უნდა მომხდარიყო მას შემდეგ, რაც ხელშეკრულება უკვე დაიდო, არადაამაჯერებელია. თუ თანადაფინანსების შეთანხმება გასცდა მხოლოდ მოლაპარაკების სტადიას, აუცილებელია, რომ მასში გაწერილი ყოფილიყო ყველა არსებითი პირობა, რაც, პირველ რიგში, ეხება პროცენტებს.

ბ) გარდა აღნიშნულისა, თერმ შითების გაცვლა-გამოცვლით ბანკები ვერ იკისრებდნენ ერთმანეთის წინაშე მბოჭავ ვალდებულებას, ამხანაგობის ხელშეკრულების ან ნებისმიერი სხვა ფორმით, რადგან ყველა თერმ შითს აკლდა სესხის გაცემის სხვა არსებითი პირობაც, კერძოდ მისი გაცემის დრო – სანამ მხარეები არ მორიგდებოდნენ იმასთან დაკავშირებით, თუ როდიდან უნდა დაენყოთ კომპანიის დაფინანსება, ამხანაგობა მათ შორის შემდგარად ვერ ჩაითვლებოდა.

შესრულების ვადა, ზოგადად, წარმოადგენს *naturalia negotii*-ს, გამომდინარე იქიდან, რომ ის კანონისმიერი დისპოზიციური სამართლით შეიძლება შეივსოს, კერძოდ, სკ-ის 365-ე მუხლით – თუ ვალდებულების შესრულებისათვის არ არის განსაზღვრული დრო და იგი სხვა გარემოებებიდანაც არ ირკვევა, მაშინ კრედიტორს ნებისმიერ დროს შეუძლია მოითხოვოს მისი შესრულება, ხოლო მოვალეს შეუძლია იგი დაუყოვნებლივ შეასრულოს. მაგრამ, თუ მხარეთა შეთანხმებით დაუყოვნებლივი შესრულება ცალსახად გამორიცხულია (და ეს აქ გამორიცხული იყო), მაშინ ისინი ვალდებულნი არიან მის ადგილას თავად შეათანხმონ კანონისმიერი რეგულაციის ჩამნაცვლებელი წესი, რის გარეშეც ხელშეკრულება ვერ დაიდება. კერძოდ, თუ ვადის გარეშე საგანი შეიძლება ნებისმიერ დროს შესრულდეს და კრედიტორს კი არ აქვს მოთხოვნის უფლება არც ერთ კონკრეტულ მომენტში, ეს ნიშნავს, რომ ხელშეკრულებას აკლია არსებითი პირობა და ის არ დადებულია. მაგალითად, თუ მხარე კისრულობს ვალდებულებას, რომ მეორე მხარეს ბალახს „ოდესმე“ გაუთიბავს და გარემოებებიდანაც არ დგინდება, თუ როდის უნდა განახორციელოს ეს მოქმედება (და არც სკ-ის 365-ე მუხლზე მითითებაა შესაძლებელი²²), მოცემული ვერ იქნება ნამდვილი ხელშეკრულება. იგივე ითქმის ამ შემთხვევაშიც – სულ მცირე, ხელშეკრულებიდან უნდა ჩანდეს, თუ რა ითვლება შესრულებად და რა არ ითვლება (სკ-ის 931 II გ) მუხლი). მოცემულ შემთხვევაში, შესრულების ვადა, ეს

²¹ *Diem/Jahn, Akquisitionsfinanzierungen, 4. Aufl., München 2019, § 31 Rn. 18.*

²² აქ ცალსახაა, რომ ბანკის თანადაფინანსების ვალდებულება ვერც ერთ შემთხვევაში ვერ იქნებოდა დაუყოვნებლივ ვადამოსული.

იყო (ჰიპოთეტური) სამომავლო სინდიცირების ხელშეკრულებისათვის გადანდობილი პუნქტი – მისი დადგენა უნდა მომხდარიყო მაშინ, როდესაც (ჰიპოთეტური) სინდიკატი მოგვიანებით რეალურად შედგებოდა. ამ ვადის დადგენის გარეშე კი, თუ, მაგალითად, მოპასუხე ბანკი ხუთ წელიწადში მზად იქნება კიდევ ერთხელ თანადააფინანსოს დასაფინანსებელი კომპანია და დასაფინანსებელი კომპანიაც გამოთქვამს თანხმობას, ხუთი წლის შემდეგ თავიდან აიღოს იმავე რაოდენობის კრედიტი, რატომ არ ჩაითვლება ეს იმ შინაარსის შესრულებად, რაც თერმ შითებშია ამ მომენტისთვის განერილი? ეს რეალურად აბსურდია, მაგრამ სწორედ ეს მიანიშნებს იმაზე, რომ თერმ შითების მწირი შინაარსი მბოჭავი ხელშეკრულების „ასაწყობად“ არ გამოდგება.

ბბ) ბოჭვის ნების არარსებობა

ააა) მოსარჩელე ბანკის 7 ივლისის შეთავაზება დასაფინანსებელი კომპანიისათვის

ხელშეკრულების არსებით პირობებზე შეუთანხმებლობის გარდა, ნათელია, რომ არც ერთი ბანკი მოლაპარაკებების არც ერთ ეტაპზე არ მოქმედებდა სახელშეკრულებო ბოჭვის ნებით. კერძოდ:

ბოჭვის ნების არარსებობაზე მოსარჩელე ბანკის მხრიდან ცალსახად მიანიშნებს მისი დირექტორის მიერ დასაფინანსებელი კომპანიისათვის გაგზავნილი 7 ივლისის წერილი. მოსარჩელე ბანკის დირექტორი თავის 2017 წლის 7 ივლისის იმეილში დასაფინანსებელი კომპანიისადმი გამოთქვამს შემფოთებას იმასთან დაკავშირებით, რომ მოპასუხე ბანკმა ორჯერ ზედიზედ აწარმოა დამოუკიდებელი მოლაპარაკება დასაფინანსებელ კომპანიასთან და აცხადებს მზაობას მოსარჩელის მხრიდან, საჭიროების შემთხვევაში, კლიენტის ექსკლუზიურად დაფინანსებასთან დაკავშირებით.

აქ, პირველ რიგში, აღსანიშნია ის გარემოება, რომ ამ წერილით მოსარჩელე ბანკმა პირველმა სცადა კლიენტის გადმობირება, ჯერ კიდევ მაშინ, როდესაც მოლაპარაკებები მიმდინარეობდა და გაუგებარია, თუ რატომ ედავება

ის მოპასუხე ბანკს, რომელმაც დასაფინანსებელ კომპანიას ექსკლუზიური შეთავაზება გაუკეთა მხოლოდ მას შემდეგ, რაც საერთო წინადადება 31 ივლისს ჩაიშალა. მანამდე მოპასუხე ბანკს ექსკლუზიური წინადადება დასაფინანსებელი კომპანიისათვის არ გაუკეთებია.

გარდა ამისა, მოსარჩელეს ეს განცხადება იმ ეტაპისათვის, როდესაც მოპასუხე ბანკს მსგავსი შეთავაზება ჯერ გაკეთებული არ ჰქონდა, ცალსახად ჩაითვლებოდა სკ-ის 930-ე მუხლიდან გამომდინარე ვალდებულების დარღვევად, თუ მხარეთა შორის იარსებებდა სინდიკატი ამხანაგობის ფორმით. ამ ამხანაგობის არსებობის შემთხვევაში მოსარჩელე, რომელსაც ეჭვი ჰქონდა, რომ მოპასუხე ბანკი დამოუკიდებლად აწარმოებდა მოლაპარაკებებს, უნდა დამუქრებოდა მას სახელშეკრულებო სანქციებით ან/და გასულიყო ამხანაგობიდან სკ-ის 938 I 1 მუხლის მიხედვით. მხოლოდ ამის შემდეგ მოიპოვებდა ის უფლებას, ხელშეკრულების დარღვევის გარეშე გაეკეთებინა დასაფინანსებელი კომპანიისათვის ექსკლუზიური შეთავაზება. თუმცა ყველაფრის ახსნა შეიძლება გაცილებით უფრო მარტივად და მწყობრად: მოსარჩელე ბანკი ამ ეტაპისათვის, ისევე როგორც ნებისმიერი წინარე ეტაპისათვის, არ მიიჩნევდა, რომ შებოჭილი იყო მოპასუხე ბანკის მიმართ ხელშეკრულების ძალით და თვლიდა, რომ იმყოფებოდა მხოლოდ სამმხრივი მოლაპარაკებების ეტაპზე, რომლის წევრებსაც შეეძლოთ ის ორმხრივ ფორმატში გადაეყვანათ, თუ ამაში საკუთარ სარგებელს დაინახავდნენ. ამგვარად, ეს წერილი ნათელყოფს, რომ მოსარჩელე ბანკის მიერ ამ ეტაპზე არანაირი სახელშეკრულებო ბოჭვა არ ყოფილა ნასურვები და გაცნობიერებული. ეს სრულებით გასაზიარებელი იქნებოდა, მოსარჩელე რომ არ ითხოვდეს ამ ბოჭვის ცალმხრივად აღიარებას მოპასუხე ბანკისათვის, რაც უკვე *venire contra factum proprium*²³-ის სივრცეში მოძრაობს.

²³ *venire contra factum proprium* (საკუთარ წინარე ქცევასთან წინააღმდეგობაში მოსვლა) წარმოადგენს, სკ-ის 8 III მუხლზე დაყრდნობით, წინააღმდეგობრივი ქცევის აკრძალვას. მაგალითად, თუ ერთი მხარე დაჟინებული მოთხოვნით ააღებინებს მეორეს ხელს გარიგების ფორმის დაცვაზე, შემდგომში მისი

ბბბ) თერმ შითების საერთო ოფერტთან გა-
იგივების შეუძლებლობა

მოლაპარაკების ის ეტაპი, რომელზეც იმყოფებოდნენ მოსარჩელე და მოპასუხე ბანკი, იმდენად დაშორებულია რეალური ოფერტის გაკეთების სტადიას, რომ შეუძლებელია ყოველგვარი სერიოზული საუბარი იმაზე, რომ ბანკებმა უკანასკნელი თერმ შითით მოამზადეს „საერთო ოფერტი“ ან თუნდაც ამ ოფერტის პროექტი. არა მხოლოდ ბანკების მიერ გასაკეთებელი ოფერტი, არამედ ყველა თერმ შითზე ცალსახად დაფიქსირებული დათქმის მიხედვით, ამ ოფერტის მოსამზადებელი მოლაპარაკებებისა და სამუშაოების დაწყებაც კი საჭიროებდა ბანკების საკრედიტო და სამეთვალყურეო კომიტეტების ნებართვას. ოფერტზე მუშაობის დაწყებამდე უნდა მომხდარიყო კომპანიის მატერიალურ-ტექნიკური და ფინანსური ბაზის ყოველმხრივი ექსპერტიზა (საინჟინრო დასკვნების მომზადება, ანგარიშგებების შესწავლა და ა. შ.), რაც საჭიროებდა ამ ზემოთხსენებულ ნებართვას. ეს ნებართვა არ იყო უბრალო ფორმალობა და თვითმიზანი, არამედ, გამომდინარე იქიდან, რომ ხსენებული ექსპერტიზების ჩატარება და მათი შედეგების შეფასება მოითხოვდა ბანკის მხრიდან მნიშვნელოვანი ფინანსური და ადამიანური რესურსების დახარჯვასა და ბანკის მაღალჩინოსნების ჩართულობას, მასთან დაკავშირებით გადანაცვებების მიღების უფლება მხოლოდ აღნიშნულ ორგანოებს ჰქონდათ. ამის გარეშე კი ბანკები ოფერტის მომზადებას ვერ დაიწყებდნენ. ამიტომაც, სტადია, რომელზეც ბანკები თერმ შითების გაცვლის ეტაპისათვის იმყოფებოდნენ, იყო ოფერტზე მუშაობის დაწყების წინარე სტადია. ამ ეტაპზე, როდესაც სამომავლო ოფერტსაც კი არ ჰქონდა ჯერ კიდევ კონტურები შეძენილი, ბანკების ბოჭვა ერთმანეთის მიმართ, ამ გაურკვეველი პერსპექტივით, აბსურდული ჩანს.

გგგ) ბანკების სურვილი, არ შებოჭილიყვნენ მანამ, სანამ არ შეიბოჭებოდა დასაფინანსებელი კომპანია

გარდა აღნიშნულისა, თერმ შითების მიზანი იყო არა ბანკების მიერ ერთმანეთის შებოჭვა, არამედ დასაფინანსებელი კომპანიისათვის ოფერტზე მონვევის გაკეთება – მისი გამოწვევა, რომ გაეკეთებინა უკვე მბოჭავი ოფერტი, რომელსაც ბანკები მიიღებდნენ ურთიერთშეთანხმებით და მხოლოდ ამ მომენტში შეიბოჭებოდნენ თავად, რაც ნათლად ჩანს მიმონერიდან. ბანკებს არ სურდათ შებოჭვა მანამ, სანამ კომპანია არ შეიბოჭებოდა. უკანასკნელი სტადიაც კი, კერძოდ, საერთო შეთავაზება 50 მილიონზე, მხოლოდ ამ მიზეზით ვერ ჩაითვლება მბოჭავ შეთანხმებად ბანკებს შორის, რომ მხოლოდ ამ პირობებით გასცენ სესხი. კერძოდ, ვერ მიიჩნევა შეთანხმებად იმაზე, რომ ერთი ბანკი მეორის წინაშე კისრულობს ვალდებულებას, ამ პირობებით მოხდეს სინდიცირება. პირველ რიგში, გასათვალისწინებელია, რომ დასაფინანსებელი კომპანიისათვის შეთავაზების გაკეთების ეტაპზე ეს უკანასკნელი ჯერ კიდევ არ იბოჭებოდა და რჩებოდა უფლება, მოეთხოვა სხვა პირობებით სესხის დადება (მოეთხოვა 100 მილიონზე მეტი ან მოეთხოვა სხვა ვალუტაში). გამომდინარე აქედან, მოპასუხე ბანკს ნებისმიერ შემთხვევაში სურდა, შეენარჩუნებინა მანევრირების საშუალება იმისათვის, რომ მორგებოდა კლიენტის წინადადებას, რის საშუალებასაც ის დაკარგავდა, თუ უკვე შებოჭილი იქნებოდა მეორე ბანკის წინაშე. მაგალითად, თუ დასაფინანსებელი კომპანია გადანაცვებდა, რომ ის მზად არის, მიიღოს შეთავაზებული 50 მილიონი 7%-ად, თუმცა ასევე მზადაა, აიღოს 65 მილიონი 6%-ად, უნდა ჰქონოდა თუ არა მოპასუხე ბანკს იმის უფლება, რომ მოეთხოვა ამ მეორე თანხასთან დაკავშირებით მოლაპარაკებების გაგრძელება? ამ უფლების შენარჩუნების სურვილი სრულებით ლოგიკური და ორივე მხარისათვის შეცნობადი ჩანს, თუმცა ეს უფლება ბანკს აღარ ექნებოდა, თუ საერთო შეთავაზების პირობებით იქნებოდა შეზღუდული ამხანაგობის ფარგლებში, რაც აბსურდულია. ამიტომაც, ბანკების მიერ არც ერთ შემთხვევაში არ

მხრიდან ფორმის ნაკლზე მითითება არის წინააღმდეგობრივი ქცევა და დაუშვებელია.

იყო ნასურვეები სახელშეკრულებო ბოჭვა კლიენტის შებოჭვამდე ან, სულ მცირე, კლიენტის ზუსტი პოზიციის ცოდნამდე.

ის, რომ თერმ შითებზე დაფიქსირებული იყო მხოლოდ არამბოჭავი, სამუშაო ვერსია იმ შეთავაზებისა, რომელსაც მოგვიანებით უნდა მისცემოდა ფორმა, ნათელი ხდება მასში ისეთი ზოგადი დათქმების არსებობიდან, როგორიცაა: „ფინანსური პირობები: ფინანსური პირობების სრული სია განისაზღვრება სიფრთხილის ვალდებულების (due diligence) შესრულების შემდეგ.“ ეს ნიშნავს, რომ, თუ თერმ შითები ამ ფორმით გახდებოდა ოფერტი და კომპანიას შეეძლებოდა მისი მიღება აქცეპტის გაცხადების გზით, „ფინანსური პირობების სრული სიის“ ხელშეკრულების ნაწილად ქცევისათვის ხელშეკრულების მოდიფიცირება იქნებოდა საჭირო, რაც დასაფინანსებელი კომპანიის კეთილ ნებაზე იქნებოდა დამოკიდებული. ეს კი სრული აბსურდია. იმისათვის, რომ ბანკებს რეალურად დაეწყოთ მბოჭავ ოფერტზე მხოლოდ მუშაობაც კი, საჭირო იყო, როგორც ზემოთ აღინიშნა, საკრედიტო და სამეთვალყურეო კომიტეტების ნებართვა, რისი მოპოვებაც ჯერ არც კი იდგა დღის წესრიგში, რაც განპირობებული იყო იმით, რომ კომპანიას ჯერ საერთოდ არ ჰქონდა თავისი მეტ-ნაკლებად გამოკვეთილი პოზიცია დაფიქსირებული.

გვ) სინდიცირების ამხანაგობისა და „მოლაპარაკების ამხანაგობის“ ერთმანეთში აღრევა

საქმესთან დაკავშირებით მომზადებული ერთ-ერთი დასკვნის ავტორი მოცემულ საკითხთან დაკავშირებით ამბობს შემდეგს: მხარეებს შორის - შიდა სახელშეკრულებო ბოჭვა გამართლებული და ნასურვებია უკვე დასაფინანსებელი კომპანიასთან დეტალური მოლაპარაკებების დაწყებამდე, რადგან ამის გარეშე არსებობს საფრთხე, რომ, შეიძლება, სახელშეკრულებო მოლაპარაკებები დაიწყოს ერთობლივად, მაგრამ თითოეულ მხარეს, შიდა სახელშეკრულებო ბოჭვის არარსებობის გამო, ნებისმიერ დროს ექნება საშუალება დამოუკიდებლად დადოს ხელშეკრულებები დასაფინანსებელ კომპანიასთან. ამ მოსაზრების თანახმად, იმ რის-

კის გასანეიტრალებლად, რომ ერთ-ერთი თანადამფინანსებელი „მშრალზე არ დარჩეს“, აუცილებელი იყო ბანკების მაქსიმალურად ნაადრევი ბოჭვა ერთმანეთის მიმართ. იმ არგუმენტის საპირისპიროდ, რომ მათ ამ შემთხვევაში სიტუაციის მართვის სადავეები შეიძლება ხელიდან გაქცეოდათ, უთითებენ სკ-ის 934 I მუხლზე. დასკვნის ავტორი და თავად მოსარჩელე ბანკიც „ამ მაქსიმალურად ადრეული ბოჭვის“ მომენტისათვის 9 მარტს უთითებენ.

თუმცა 9 მარტს შეიძლება წარმოშობილიყო მხოლოდ ამხანაგობა, რომლის მიზანიც იქნებოდა „მოლაპარაკება კრედიტის გაცემის მიზნით“ და არა უკვე გასაცემი სესხის საკუთარი წილების გაღება (სინდიკატი). მაგრამ ეს „მოლაპარაკების ამხანაგობა“ რეალურად შეუძლებელი კონსტრუქციაა (იხ. ქვევით), გამომდინარე იქიდან, რომ ბანკთა შორის „მოლაპარაკება კრედიტის გაცემის მიზნით“ ვერ იქნება ის საერთო მიზანი, რომელიც ამხანაგობის წევრებმა საკუთარ მისწრაფებებზე მაღლა უნდა დააყენონ.²⁴ პირიქით, ამ მოლაპარაკებებისას ბანკებს სწორედ რომ საკუთარი მერკანტილური ინტერესები ამოძრავებდათ და ეს ორივე მხარისათვის ნათელი იყო. თითოეულ ბანკს უნდოდა, მიეღო მეტი სარგებელი და ეს ორივესათვის გასაგები იყო. მოლაპარაკება წარმოადგენს იმის ძიებას, თუ რა არის საერთო სარგებელი. ამხანაგობის შექმნა კი ამ „საერთო სარგებელს“ თავის წინაპირობად მიითვლის. ანუ მხოლოდ მას შემდეგ, რაც მოინახება საერთო სარგებელი, შეიძლება შედგეს ამხანაგობა და არსებობდეს მისი მიზანი. ამ ლოგიკით, ყოველი სახელშეკრულებო მოლაპარაკება ამხანაგობას უნდა წარმოადგენდეს.

გარდა აღნიშნულისა, 9 მარტს „მოლაპარაკების ამხანაგობის“ დაშვებით მოსარჩელის პოზიცია ეწინააღმდეგება საკუთარ თავსაც, როდესაც ბანკების „მაქსიმალურად ადრე შებოჭვის“ აუცილებლობაზე საუბრობს. მაშინაც კი, თუ დავუშვებდით „მოლაპარაკების ამხანაგობას“, ის მის წევრებს ავალდებულებდა მხო-

²⁴ RGZ 95, 149; BGH NJW 1951, 308; BGH BB 1980, 15; Erman/H. P. Westermann, 16. Aufl. 2020, § 705 Rn. 31; Schulze-Osterloh, Der gemeinsame Zweck der Personengesellschaften, Berlin 1973, 9 ff.

ლოდ „მოლაპარაკებას“. ამგვარად, მოსარჩელე ბანკი აქ თავადვე აღიარებს, რომ 9 მარტს ზეპირი მოლაპარაკებით მოსარჩელესა და მოპასუხე ბანკს შორის სინდიკატი არ ჩამოყალიბებულა და ჩამოყალიბდა მხოლოდ „მოლაპარაკების ამხანაგობა“. როდესაც მოსარჩელე ამის მიუხედავად ისევ და ისევ სინდიკატზე აპელირებს, აქ მას ავინყდება, რომ სინდიკატის მთავარ პირობას წარმოადგენს თანადაფინანსების ვალდებულების კისრება ამხანაგობის მეორე წევრის მიმართ (იხ. ზემოთ). დეცენტრალიზებული სინდიკატი გამოირჩევა იმით, რომ მის წევრს სესხის გაცემის ვალდებულება აკისრია არა მხოლოდ გარე ურთიერთობაში, არამედ ასევე შიდა ურთიერთობაში სინდიკატის სხვა წევრების მიმართ. სესხის გაცემის ვალდებულება რომ არსებობდეს, მისი შინაარსი უნდა იყოს საკმარისად დაკონკრეტებული, სულ მცირე *essentialia negotii*-ს დონეზე (იხ. ზემოთ). მოსარჩელე და მოპასუხე ბანკების წარმომადგენლებს შორის მოლაპარაკებიდან, მათ შორის ელექტრონული მიმოწერის არც ერთ სტადიაზე არ არის საუბარი სესხის გაცემის ვალდებულებაზე, რადგან ჯერ საერთოდ არ არის დაკონკრეტებული ამ სესხის არსებითი პირობები, კერძოდ: ოდენობა, პროცენტი და ვადა (როგორც გაცემის მომენტი, ისე ხანგრძლივობა). მოლაპარაკება ემსახურება მხოლოდ საერთო წინადადების შემუშავებას, რომელიც იყო არამზოქავი და რომელიც დასაფინანსებელ კომპანიას შეიძლება უარეყო ან მოეთხოვა მისი მოდიფიცირება და მაშინ მხარეებს თავიდან მოუწევდათ ახალი წინადადების შემუშავება.

მოსარჩელე ბანკი ერთმანეთში ურევს ამხანაგობის ფორმით არსებულ სინდიკატსა და ე. წ. „მოლაპარაკების ამხანაგობას“. სინდიკატის შემთხვევაში მის წევრებს უკვე ნაკისრი აქვთ კონკრეტული თანხის კონკრეტულ პირობებში გაცემის ვალდებულება, რაც აქ ცალსახად ვერ იქნება სახეზე. რაც შეეხება „მოლაპარაკების ამხანაგობას“, ის საერთოდ შეუძლებელ კონსტრუქციას წარმოადგენს.

იხ. მოლაპარაკების ამხანაგობასთან დაკავშირებით დეტალურად ქვევით.

დდ) წინარე მოლაპარაკებისა და ხელშეკრულების დადების სტადიის ერთმანეთისაგან გამიჯვნის აუცილებლობა

თუ წინარე მოლაპარაკებების ფარგლებში ხდება არაერთი დოკუმენტის გაცვლა, რომელიც ბაზისად უდევს ამ მოლაპარაკებებს და ასახავს მის სტადიებს, მოცემულ სიტუაციაში ხელშეკრულების დადებისათვის, ერთ-ერთი მორიგი დოკუმენტის (თერმ შიტი) გაცვლით, აუცილებელია, რომ ცალსახად დგინდებოდეს, თუ რატომ არის ეს დოკუმენტი საბოლოო და რით განსხვავდება წინა, მსგავსი ტიპის კომუნიკაციისაგან. სტადია, რომელზეც ხელშეკრულება დაიდო, უნდა იყოს მისი შინაარსის, გარეგანი გამოხატულებისა და მხარეთა მიერ მის მიმართ დამოკიდებულების მიხედვით, ცალსახად გამოყოფადი ყველა სხვა სტადიისაგან. ის, რომ აქ ბანკებმა არაერთი წერილობითი წინადადება გაცვალეს, მიაწინებდა მათ ზოგადად არამზოქავ ხასიათზე და არა იმაზე, რომ ამ ტიპის კომუნიკაციის დაგროვების შედეგად ის საბოლოოდ ხელშეკრულებად გადაიქცა. ხელშეკრულებისათვის აუცილებელია ცალსახა წყალგამყოფი წინარე მოლაპარაკებებსა და ხელშეკრულების დადებას შორის. ამის საპირისპიროდ, მოცემულ შემთხვევაში, სახელშეკრულებო ბოჭვის ელემენტის შემოტანით ძალაუვნებრად მივდივართ იმ დასკვნამდე, რომ თითოეული თერმ შიტის მომზადებისას თავიდან იქმნებოდა ამხანაგობა, ხოლო შემდეგი თერმ შიტზე გადასვლისას იშლებოდა მიზნის მიუღწევლობის გამო, რაც სრული აბსურდია.

გარდა ამისა, სახელშეკრულებო ჩვეულებითი პრაქტიკიდან ნათლად ჩანს, რომ თანადაფინანსების შესახებ მზოქავი ხელშეკრულება იდება წერილობით და აქვს მკაცრად განსაზღვრული შინაარსი, რაც ამ შემთხვევაში სახეზე არ იყო.²⁵

²⁵ იხ. *Diem/Jahn, Akquisitionsfinanzierungen*, 4. Aufl., München 2019, § 31 Rn. 18.

ეე) სკ-ის 628 2 მუხლით გათვალისწინებული სავალდებულო ფორმის დაუცველობა

გარდა აღნიშნულისა, მოსარჩელესა და მოპასუხე ბანკს შორის სინდიკატი ვერ შედგებოდა იმ მარტივი მიზეზის გამო, რომ დაცული არ იყო სკ-ის 628 2 მუხლით გათვალისწინებული ფორმა.

თანადაფინანსების სინდიკატი არის ამხანაგობის ხელშეკრულება მესამე პირის სასარგებლოდ (სკ-ის 349-ე მუხლი)²⁶. კერძოდ, ბანკები პირდებიან ერთმანეთს რომ გასცემენ სესხს მესამე პირზე. ამგვარად, ეს არის სესხის დაპირება, რომელიც ხორციელდება საკუთარი კონტრაქტის მიმართ ოლონდ მესამე პირის სასარგებლოდ, ანუ იმ შინაარსით, რომ გადახდა მოხდება ამ მესამე პირისათვის. ამ გაგებით, ის არის ჩვეულებრივი სესხის დაპირება და ნამდვილობისათვის საჭიროებს სკ-ის 628 2 მუხლით გათვალისწინებული ფორმის დაცვას.

მოსარჩელესა და მოპასუხე ბანკს შორის მთლიანი კომუნიკაცია ატარებდა ან ზეპირ ხასიათს, ან ხორციელდებოდა იმეილების ფორმით. აქედან ვერც ერთი ვერ ჩაითლება წერილობით ფორმად, რომელიც დააკმაყოფილებდა სკ-ის 628 2 მუხლის მოთხოვნებს. შესაბამისად, ყველა სხვა არგუმენტი რომ გვერდზე გადავდოთ, მხოლოდ ეს გარემოებაც საკმარისი მოსარჩელეს მოთხოვნის უკუსაგდებად.

ბ) შუალედური შეჯამება

ამგვარად, ბანკების ბოჭვა ერთმანეთის მიმართ მანამ, სანამ დასაფინანსებელი კომპანია არ შეიბოჭებოდა (გააკეთებდა ოფერტს) ან, სულ მცირე, არ დააფიქსირებდა საკუთარ დაკონკრეტებულ პოზიციას, ბანკების მიერ არც ნასურვები ყოფილა და ვერც შედგებოდა ზემოთ ჩამოთვლილი მიზეზების გამო.

3. შესრულების ვალდებულება

ა) მოთხოვნა სკ-ის 930-ე მუხლიდან

თუ მოსარჩელე მიიჩნევს, რომ რეალურად წარმოიშვა ამხანაგობა, მაშინ მან მოპასუხე ბანკს უნდა მოსთხოვოს შესრულება. კერძოდ, სინდიცირების პირობების დაცვა, ანუ რეფინანსირების ფორმით დასაფინანსებელი კომპანიის მიცემულ სესხში მონაწილეობის შესაძლებლობის მინიჭება. არ აკეთებს რა მოსარჩელე ამას, ამით ის აღიარებს, რომ აქ ამხანაგობა არც წარმოშობილა. დაშვება იმისა, რომ ბანკებს შორის ამხანაგობა ჯერ წარმოიშვა, თუმცა მოცემული მომენტისათვის ის უკვე ლიკვიდირებულია სკ-ის 939 I დ) მუხლის მიხედვით, არასწორია. თუ ამხანაგობა წარმოიშვა (რაც არასწორია, იხ. ზემოთ), ის აქ ვერ შეწყდებოდა, მიზნის მიუღწევლობის საბაბით, მხოლოდ იმის გამო, რომ დასაფინანსებელმა კომპანიამ მთლიანი თანხა მოპასუხე ბანკისაგან მიიღო სესხის სახით, გამომდინარე იქიდან, რომ ყოველთვის შეიძლება მოსარჩელე ბანკის ამ სესხში „ჩასმა“ თანაგამსესხებლად, რეფინანსირების ფორმით. თუ მოსარჩელე მიიჩნევს, რომ ბანკებს შორის წარმოიშვა სინდიცირების ამხანაგობა, მაშინ მოსარჩელე ბანკს უნდა დაეყენებინა მოთხოვნა სკ-ის 930-ე მუხლიდან სინდიცირების პირობების შესრულებასთან დაკავშირებით, ანუ მოპასუხე ბანკის მიერ ერთპიროვნულად გაცემულ სესხში მოსარჩელეს თანამონაწილეობასთან დაკავშირებით რეფინანსირების ფორმით.

ბ) შესრულების ნაცვლად ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნა სკ-ის 394 I-III მუხლის მიხედვით

თუ სინდიცირების ამხანაგობა წარმოიშვა და ის, როგორც ზემოთ აღინიშნა, მიზნის მიღწევის შეუძლებლობის გამო არ გაქარწყლებულა, მოთხოვნა, რომელსაც აყენებს მოსარჩელე ბანკი, არის უსაფუძვლო. კერძოდ, მოსარჩელე ითხოვს მოპასუხე ბანკისაგან სკ-ის 930-ე მუხლით გათვალისწინებული შესრულების ნაცვ-

²⁶ Perner in Klang, Großkommentar zum ABGB, 3. Aufl., § 892 Rn. 5, 7; Perner, Konsortialkredit, Vertragsfreiheit und Parallelschuld, ÖBA 9/15, 634.

ლად ზიანის ანაზღაურებას, რომლის სწორი სამართლებრივი საფუძველიც არის სკ-ის 394 I-III მუხლი. მაგრამ შესრულების ნაცვლად ზიანის ანაზღაურების წინაპირობაა მოვალისათვის დამატებითი შესრულებისათვის – აქ: ერთ-პიროვნული სესხის თანადაფინანსებად გარდასაქმნელად – ვადის მიცემა და მისი უშედეგოდ ამოწურვა. მოსარჩელე ბანკს ეს არ გაუკეთებია, შესაბამისად, ამხანაგობის არსებობის დაშვების შემთხვევაშიც კი, მისი ეს მოთხოვნა უსაფუძვლოა.

4. „ოფერტის გაკეთების/მოლაპარაკების ამხანაგობა“

თუ მოსარჩელე მიიჩნევს, რომ ამხანაგობა შეიქმნა არა სინდიცირების ფორმით კრედიტის გაცემის მიზნით, რის ფარგლებშიც ბანკებს უკვე წარმოეშობოდათ ვალდებულება ერთმანეთის მიმართ, გაეცათ შესაბამისი თანხა (რაც ზემოთ თქმულიდან გამომდინარე უკუსაგდება), არამედ საერთო „ოფერტის“ შემუშავების მიზნით, აქ პრობლემურია შემდეგი გარემოებები:

„ოფერტზე მოლაპარაკება“ და ზოგადად წინარე სახელშეკრულებო მოლაპარაკება, როგორც ასეთი, საერთოდ არ შეიძლება იყოს სკ-ის 930-ე მუხლის გაგებით ამხანაგობაში მონაწილის მიერ შეტანილი წილის ფორმა, რადგან „მოლაპარაკებების შედგომა“/საერთო ოფერტის გაკეთება ვერ იქნება ის მიზანი, რომლის მისაღწევადაც შეიძლება შეიქმნას ამხანაგობა. კერძოდ, ამხანაგობის მიზანს წაეყენება შემდეგი მოთხოვნები: მიზნის მიღწევა უნდა მოხდეს საერთო ძალებით, ამხანაგობის წევრი უნდა იღებდეს მის მიღწევაში მონაწილეობას და თითოეულს უნდა ჰქონდეს უფლება მოსთხოვოს მეორეს ამ მიზნის მიღწევისათვის მისი წილი აქტივობის განხორციელება.²⁷ საერთო ძალებით მიზნის მიღწევის წინაპირობაა, რომ ამხანაგობის თითოეული წევრი, ამხანაგობის ხელშეკრულების საფუძველზე, საერთო მიზნის მი-

ღწევის ვალდებულებას უფრო მაღლა აყენებდეს, ვიდრე მის პიროვნულ მამოძრავებელ მოტივებს.²⁸

მოცემულ შემთხვევაში ბანკების მიერ განსახორციელებელ აქტივობას აკლდა ორივე ნიშანი. „ოფერტის შემუშავება“ არ იყო ვალდებულება, რომელიც გამოძალვადი იქნებოდა სასამართლო წესით – თუ ერთ-ერთი ბანკი გადაიფიქრებდა კრედიტის გაცემას, მას შეეძლო ყოველგვარი ვალდებულების დარღვევის გარეშე გასულიყო მოლაპარაკებებიდან. რაც მთავარია, არც ერთი მხარე არ აყენებდა საერთო მიზანს – კრედიტის გაცემა – საკუთარ მერკანტილურ ინტერესზე უფრო მაღლა: კრედიტის გაცემა არ იყო თვითმიზანი, არამედ მხოლოდ გზა, ბანკების მიერ მოგების რეალიზებისა და თუ ამ მოგების რეალიზებას საფრთხე ექმნებოდა, კრედიტიც არ უნდა გაცემულიყო. შესაბამისად, მოცემულ სიტუაციას შეესაბამება წინარე სახელშეკრულებო ურთიერთობების პარადიგმა, როდესაც თითოეულ მხარეს ამოძრავებს საკუთარი ინტერესის მაქსიმალურად რეალიზების მოტივი და არა საერთო მიზნის მიღწევა.

მოლაპარაკების ამხანაგობა რეალურად საერთოდ არ შეიძლება რომ არსებობდეს. მოლაპარაკება ეს არის ტიპური წინარე სახელშეკრულებო სტადია, როდესაც თითოეული მხარე ცდილობს საკუთარი ინტერესების მაქსიმალურად გატარებას და არა საერთო ინტერესისათვის მათ უგულვებელყოფას. ხელშეკრულების დადება ვერ იქნება ის მიზანი, რომელიც საჭიროა ამხანაგობისათვის, რადგან ამ დროს მხარეთათვის მნიშვნელოვანია არა ხელშეკრულების დადება, როგორც ასეთი, არამედ ამის გაკეთება მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ ეს მათ ინტერესებს ეხმიანება. სახელშეკრულებო მოლაპარაკების სტადიის ამხანაგობად გამოცხადება იქნებოდა მხარეთა კერძო ავტონომიის დაუშვებელი ხელყოფა – კერძო ავტონომია ანიჭებს მათ უფლებას, ხელშეკრულებით არ

²⁷ BGH WM 1965, 795; BeckOK BGB/Schöne, 57. Ed. 1.11.2020, BGB § 705 Rn. 64.

²⁸ RGZ 95, 149; BGH NJW 1951, 308; BGH BB 1980, 15; Erman/H. P. Westermann, 16. Aufl. 2020, § 705 Rn. 31; Schulze-Osterloh, Der gemeinsame Zweck der Personengesellschaften, 1973, 9 ff.; BeckOK BGB/Schöne, 57. Ed. 1.11.2020, BGB § 705 Rn. 64.