

სინდიცირება, 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 სინდიცირებას 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 შემფოთებას 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 დაყენებული „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 მოდულს. 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 „წამდვილი“ 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 სინდიკირების 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 სინდიკირების 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 მიაჩნია 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 გასცემს 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/Mülberr*, *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 წარმოშობამდე, 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 ფორმალა 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 მიმოწერიდან. 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.

გგ) 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 მიმონერის 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, მიანიშნებდა 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 ოღონდ 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.

შეიბოჭონ მანამ, სანამ თავად არ მოისურვებენ ამას და შეიბოჭონ მხოლოდ ცალსახად შეცნობადი ბოჭვის აქტის მეშვეობით. თუ ამ ლოგიკას არ გავიზიარებთ, უნდა დავუშვათ, რომ მაშინ, როდესაც პოტენციური მყიდველი და გამყიდველი ნასყიდობის საგნის ფასის დაკლებაზე ბჭობენ, მათ შორის წარმოიშობა „ფასის დაკლების ამხანაგობა“, რომლის ფარგლებშიც თითოეული მხარე ვალდებულია გაიზიაროს მეორის პოზიცია, რაც აბსურდულად ჟღერს.

ყოველივე ზემოთ თქმულიდან გამომდინარე, მოსარჩელესა და მოპასუხე ბანკს შორის რაიმე ტიპის ამხანაგობის შედგომა და მისგან გამომდინარე სახელშეკრულებო მოთხოვნები ცალსახად უნდა გამოირიცხოს.

III. მოთხოვნები წინასახელშეკრულებო ურთიერთობიდან

1. ინფორმაციის მიუწოდებლობა, 317 II, 316 II, 394 I

საკითხავია, ხომ არ შეიძლება ჰქონდეს მოსარჩელეს მოთხოვნის უფლება მოპასუხე ბანკის მიმართ სკ-ის 317 II, 316 II, 394 I მუხლებიდან, წინასახელშეკრულებო ურთიერთობიდან წარმომდგარი ვალდებულების დარღვევის გამო (culpa in contrahendo). ეს დანაწესები შეიძლება ანალოგიით იქნენ გამოყენებულნი მაშინაც კი, როდესაც მოსარჩელესა და მოპასუხე ბანკებს შორის მიმდინარეობდა მოლაპარაკება არა ამხანაგობის ჩამოსაყალიბებლად, არამედ ზემოთ ხსენებული „პარალელური კრედიტების“ ურთიერთობის წარმოშობის მიზნით, რომელიც ბანკებს შორის ხელშეკრულების დადებას არ გულისხმობდა.

culpa in contrahendo-დან ანაზღაურდება მხოლოდ ნეგატიური ინტერესი. წინასახელშეკრულებო ვალდებულების დარღვევიდან შეუძლებელია ხელშეკრულების დადების მოთხოვნა, რადგან ამ შემთხვევაში ამ წინარე სტადიის გამოყოფა მთელ აზრს გადაკარგავდა და ის ჩვეულებრივად წინარე ხელშეკრულებად გარდაიქმნებოდა. შესაბამისად, თუ მხარეს არ

ჰქონდა ხელშეკრულების დადების მოთხოვნა, ზიანის სახით ვერ მოითხოვს ვერც იმ მოგებას, რასაც მიიღებდა ხელშეკრულების დადებით. მოლაპარაკებების ჩაშლამდე თითოეული მხარე ატარებს იმ რისკს, რომ ხელშეკრულება არ დაიდება. ამიტომაც, უშუალოდ მოლაპარაკებების ბრალეულად ჩაშლიდან გამომდინარე, მეორე მხარეს შეუძლია მოითხოვოს მხოლოდ დანახარჯები (შდრ. ამასთან დაკავშირებით ქვევით). მაგრამ, თუ მხარე დაამტკიცებს, რომ წინარე ხელშეკრულებიდან ვალდებულების დარღვევის გარეშე ის დადებდა სხვა პირთან ხელშეკრულებას, რომელიც იქნებოდა მისთვის მომგებიანი, ამ ხელშეკრულების დაკარგვით მიყენებული ზიანი უკვე იქნება ის ნეგატიური ინტერესი, რომელიც ანაზღაურდება სკ-ის 317 II, 316 II, 394 I მუხლების მიხედვით. მოსარჩელე აქ აპელირებს სწორედ იმაზე, რომ, მოპასუხე ბანკის მიერ დროულად შეტყობინების შემთხვევაში, ის მას დაასწრებდა და დამოუკიდებლად დადებდა კლიენტთან ხელშეკრულებას. საკითხავია, ჰქონდა თუ არა მოპასუხე ბანკს მოსარჩელეს ინფორმირების ვალდებულება საკუთარი ინტერესების საზიანოდ.

ა) დამცავი ვალდებულების არარსებობა

თუ სახეზეა წინარე სახელშეკრულებო ურთიერთობების წარმოშობის წინაპირობები სკ-ის 317 II მუხლის მიხედვით, ორივე მხარეს წარმოეშობა დამცავი ვალდებულებები ერთმანეთის მიმართ (სკ-ის 316 II მუხლი), რისი მიზანიცაა იმ საფრთხეების აღკვეთა, რომლებიც გამომდინარეობს იმ გარემოებიდან, რომ ამ სახელშეკრულებო მოლაპარაკებების სტადიაზე ერთმა მხარემ მეორეს მიაწიჭა საკუთარ სიკეთეებზე და ინტერესებზე ზემოქმედების საშუალება ან მიანდო ეს სიკეთეები. საკითხავია, რა სიკეთეებზე ზემოქმედებაზე შეიძლება იყოს აქ საუბარი და რა შეიძლება იყოს მისი საპირწონე დამცავი ვალდებულება. სიკეთეებზე ზემოქმედებად შეიძლება ჩაითვალოს მხოლოდ იმ დროითი და ფინანსური რესურსის ხარჯვა, რაც საჭირო იყო სინდიცირების/პარალელური კრედიტების მოსამზადებლად. პირველ რიგში, აქ აღ-

სანიშნია, რომ გაუმართლებელია ამ ინტერესის უზრუნველსაყოფად მეორე მხარისათვის ხელშეკრულების დადების თავისუფლების შეზღუდვა. ეს ორი არათანაზომადი სიდიდეებია. თუმცა ცალკეა გამოსაყოფი მეორე მხარისათვის შანსის შენარჩუნება, დამოუკიდებლად დაედო შესაბამისი ხელშეკრულება. საკითხავია, ეკისრებოდა თუ არა მოპასუხე ბანკს ამის ვალდებულება.

გამომდინარე იქიდან, რომ მოსარჩელესა და მოპასუხე ბანკს შორის არ არსებობდა რაიმე მხოლოდ ხელშეკრულება, ვერ იარსებებდა ვერც რაიმე სახელშეკრულებო აკრძალვა, ერთმანეთისგან დამოუკიდებელი მოლაპარაკებების წარმოებისა. სინდიცირებაზე/პარალელურ კრედიტებზე მოლაპარაკებების მიზეზი იყო მხოლოდ ის, რომ გარკვეული პირობებით ერთობლივი/პარალელური კრედიტის გაცემა ორივე მხარისათვის მომგებიანი შეიძლება ყოფილიყო და მოლაპარაკებები უნდა გაგრძელებულიყო მხოლოდ მანამდე, სანამ ეს ორმხრივი მომგებიანობა წარჩუნდებოდა. სხვა შემთხვევაში თითოეული იტოვებდა უფლებას, მხოლოდ თავისთვის გამოენახა უფრო მომგებიანი ფორმა კომპანიის დაფინანსებისა და მიეცა მისთვის შესაბამისი კრედიტი. ყოველგვარი სხვა დაშვება წინააღმდეგობაში მოვიდოდა ბანკის საქმიანობის არსთან. მაქსიმუმ, რაც მხარეს ევალებოდა, ეს არის მეორე მხარისათვის შეტყობინება, რომ აღარ აგრძელებდა მოლაპარაკებებს, მისთვის ტყუილი მოლოდინების გასაქარვებლად, თუმცა ამის ვალდებულებაც აღარ არსებობდა, თუ მოლაპარაკებები გარკვეულ ვადაზე იყო მიბმული. აქ ასეთ ვადად შეიძლება ჩაითვალოს 31 ივლისი, როდესაც ამოიწურა დასაფინანსებელი კომპანიისათვის გაკეთებულ საერთო შეთავაზებაზე ამ უკანასკნელის მხრიდან გამოხმაურების ვადა, რადგან მოსარჩელეს ვერ ექნებოდა მოლოდინი, რომ მოპასუხე ბანკი დაუსრულებლად გააგრძელებდა მოლაპარაკებებს, მიუხედავად იმისა, რომ კომპანიას არ აწყობდა ბანკების მიერ შეთავაზებული საპროცენტო განაკვეთი, ხოლო მოპასუხე ბანკი კი არ იყო მზად დაეკლო ეს პროცენტი, რაც მას არაერთხელ ჰქონდა ცალსახად დაფიქსირებული.

მაგრამ, ჰქონდა თუ არა მოპასუხე ბანკს ვალდებულება, წინასახელშეკრულებო ურთიერთობიდან გამომდინარე, არ ჩაეშალა მოლაპარაკებები და არ მიეცა მოგვიანებით ექსკლუზიური სესხი დასაფინანსებელი კომპანიისათვის იმავე პირობებით? ჰქონდა თუ არა მას ამის შეტყობინების ვალდებულება? – რა თქმა უნდა, არა. იმიტომ რომ სრულებით გასაგებია მისი ინტერესი, რომ არ აკმაყოფილებდეს დაბალ პროცენტად სინდიცირება/პარალელური კრედიტები, მაგრამ, თუ მხოლოდ თვითონ გასცემს სრულად ამ სესხს, მაშინ შეიძლება ეს დაბალი პროცენტიც მისაღები იყოს. ამის შეტყობინების ვალდებულება კონკურენტისათვის მას არ აქვს, რადგან ეს მისი კომერციული საიდუმლოებაა. ის, რომ ბანკები აწარმოებდნენ მოლაპარაკებებს საერთო დაფინანსებასთან დაკავშირებით, არ ცვლის იმას, რომ ისინი რჩებოდნენ კონკურენტებად და უნდა ემოქმედათ საბაზრო კონკურენციის ლოგიკიდან გამომდინარე. ერთობლივ დაფინანსებასთან დაკავშირებული მოლაპარაკებები ამ ლოგიკას არ გამოორიცხავდა – მოლაპარაკებების ფარგლებში გაკეთებული (არამხოლოდ) შეპირება: „ერთობლივად დადაფინანსებთ“ საერთოდ არ ნიშნავს იმას, რომ ამ ერთობლივი დაფინანსების ჩაშლის შემთხვევაში: „საერთოდ არ დადაფინანსებთ“ და მიმზიდველ კლიენტს ხელიდან გავუშვებთ (იხ. ქვემოთ). ეს იქნებოდა ბანკის, როგორც ფინანსურ მოგებაზე ორიენტირებული ინსტიტუციის, არსის წინააღმდეგ მიმართული ქმედება, რისი იმედიც მეორე მხარეს არ შეიძლება ჰქონოდა, ისევე, როგორც იმის მოლოდინი, რომ მოპასუხე ბანკი შეატყობინებდა ექსკლუზიური დაფინანსების გეგმების შესახებ, რათა ამით შეემცირებინა საკუთარი შანსები ამ ექსკლუზიურ დაფინანსებასთან დაკავშირებით. მხოლოდ ის, რომ ორი ბანკი აწარმოებდა მოლაპარაკებებს თანადაფინანსებაზე, ეს არ აქცევს მათ კონკურენტებიდან „ერთმანეთზე მზრუნველ“ საფინანსო ინსტიტუტებად, თუნდაც ეს საკუთარი ინტერესების ხარჯზე ხდებოდეს.

ყოველივე ზემოთ თქმულს ცალსახად ადასტურებს ის გარემოება, რომ მოსარჩელეს დირექტორმა ჯერ კიდევ მოლაპარაკებების საბოლოო ჩაშლამდე, 31 ივლისამდე, კერძოდ 7 ივ-

ლისს, მისწერა დასაფინანსებელ კომპანიას წერილი, რომლითაც ის სთავაზობდა ექსკლუზიურ დაფინანსებას მოსარჩელე ბანკის მხრიდან. აქედან ნათელი ხდება, რომ მოსარჩელე ცალსახად არ მიიჩნევდა თავს შებოჭილად ჯერ კიდევ მიმდინარე მოლაპარაკებებით მოპასუხე ბანკთან. მოგვიანებით მისი მხრიდან ამ ბოჭვაზე აპელირება წარმოადგენს *venire contra factum proprium* და ამგვარად დაუშვებელია სკის 8 III მუხლის მიხედვით.

აქვეა გასათვალისწინებელი, რომ დასაფინანსებელი კომპანია იყო თავდაპირველად მოპასუხე ბანკის კლიენტი და მან სინდიცირებასთან დაკავშირებით მოსარჩელესთან მოლაპარაკება მხოლოდ იმ მიზნით წამოიწყო, რომ მოენახათ ორივესათვის ხელსაყრელი მოდელი თანადაფინანსებისა, რომელიც ამავდროულად იქნებოდა მომგებიანი და მისცემდა მას რისკების დივერსიფიცირების საშუალებას (რაც ასევე სესხის მომგებიანობის ნაწილს წარმოადგენს). ამიტომაც, ეს მოლაპარაკება არ ცვლიდა, მაქსიმალური მოგების მიღებაზე ორიენტირებულ პარადიგმას, რაც წარმოადგენს ბანკის საქმიანობის ამოსავალ წერტილს. ანუ, ურთიერთობის ფარგლებში დარჩენის საზომი და მიზეზი იყო მხოლოდ მოგების გაზრდა. აქედან ორივე აქტორისათვის გასაგები იყო, რომ სინდიცირება ხდებოდა მოგების გაზრდისა და რისკების შემცირების მიზნით და თუ გამოჩნდებოდა უკეთესი გზა ამ მოგების მიღებისათვის, თითოეული იტოვებდა უფლებას მეორე მხარის დაუკითხავად აერჩია ის, რადგან სწორედ ეს შეესატყვისება ბანკის საქმიანობას. ბანკი ცდილობს მიიღოს მოგება და მის მიერ მოგების მიღების გზები არის მკაცრად კონფიდენციალური – კონკურენტებისათვის არაგაზიარებადი. ზოგადად, კლიენტების წართმევა საბაზრო კონკურენციის პირობებში არის დასაშვები და ყოველმხრივ აღიარებული სამართლის მიერ. ეს არის ის, რაც ავითარებს ბაზარს. როგორც უკვე არაერთხელ იქნა ნახსენები, დასაფინანსებელი კომპანიისათვის გაგზავნილი წერილიდან ირკვევა, რომ მოსარჩელე ბანკის დირექტორი თავადაც აპირებდა იმავეს გაკეთებას, როდესაც სთავაზობდა მას ექსკლუზიურ თანამშრო-

მლობას, თუ მისთვის ერთობლივი პირობები მისაღები არ იქნებოდა.

მოპასუხე ბანკმა რეალურად შეასრულა ის, რაც ევალებოდა, გაუკეთა დასაფინანსებელ კომპანიას ერთობლივი წინადადება. ამის საპირისპიროდ, მოსარჩელე ვერ ადასტურებს, რომ ეს წინადადება ჩაიშალა მოპასუხე ბანკის მიერ წამოწყებული დამოუკიდებელი მოლაპარაკებების გამო. ამ სიტუაციაში კი, ეს მოპასუხე ბანკი, მოლაპარაკებების ჩაშლის შემდეგ, უკვე თავისუფალი იყო განეხორციელებინა ის, რაც უნდოდა. მოსარჩელეს კი რჩებოდა შანსი გაეკეთებინა უფრო მიმზიდველი შეთავაზება დასაფინანსებელი კომპანიისათვის, რომელსაც ის, როგორც საწარმო, რომელიც ეძებდა სესხს ხელსაყრელი პირობებით, ნებისმიერ შემთხვევაში მიიღებდა. ამის გარეშე მოსარჩელემ საკუთარ თავს უნდა დააბრალოს კლიენტის დაკარგვა.

ბ) ზიანის სავარაუდოება, სარგებლის გამოქვითვა და თანაბრალეულობა

მაშინაც კი, თუ ჰიპოთეტურად დავუშვებთ, რომ მოპასუხე ბანკმა მოსარჩელეს წინაშე ვალდებულება დაარღვია, ამით ჯერ კიდევ არ არის ნათელყოფილი ზიანის სავარაუდოება სკის 412-ე მუხლის გაგებით, კერძოდ, ის, რომ დასაფინანსებელი კომპანია მოპასუხე ბანკის მხრიდან ვალდებულების დარღვევის გარეშე სწორედ მოსარჩელესთან დადებდა ხელშეკრულებას. ზიანის სავარაუდოების დასამტკიცებლად მოსარჩელეს არც ერთი მტკიცებულება არ მოუტანია.

აღნიშნულის გარდა, მოსარჩელესათვის მიყენებული ზიანიდან უნდა გამოიქვითოს ყველა ის სარგებელი, რაც მიიღო მან ზიანის მიმყენებელი ქმედების შედეგად (სარგებლის გამოქვითვა).²⁹ კერძოდ, იმ თანხას, რასაც ამჟამად ითხოვს მოსარჩელე, როგორც დასაფინანსებელ კომპანიასთან ჩაშლილი ხელშეკრულების შედეგად დაკარგულ მოგებას, უნდა გამოაკლდეს

²⁹ რუსიაშილი, სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, ჭანტურია (რედ.), III, 2019, მუხ. 414 26-ე ველი.

ამ კრედიტისთვის გამიზნული თანხების სხვა პირებზე სესხად გაცემის შედეგად მიღებული მოგება. მარტივად რომ ვთქვათ, მოსარჩელე მხოლოდ იმ შემთხვევაში დაამტკიცებდა, რომ დასაფინანსებელი კომპანიისათვის მისაცემი თანხა კრედიტის მთელი პერიოდის განმავლობაში უქმად „მოუცდა“, თუ მოიტანდა იმის დასტურს, რომ ეს თანხა ჰქონდა დარეზერვებული და საკუთარი ბრალის გარეშე (415) ვერ გასცა სხვა პირებზე სესხის სახით. ამ მტკიცებულების მოტანა შეუძლებელია, პირველ რიგში, იმიტომ, რომ კრედიტის პერიოდი ჯერ საერთოდ არ გასულა და გარდა ამისა, საქმეში არც უკვე გასული პერიოდისთვის ფულის „მოცდენის“ მტკიცებულება არ მოიპოვება. ამის გარეშე კი, შეუძლებელია საუბარი მოსარჩელესთვის მიყენებულ რაიმე ზიანზე.

გარდა ამისა, თუნდაც ჩავთვალოთ, რომ მოპასუხე ბანკმა ვალდებულების დარღვევით მიაყენა ზიანი მოსარჩელეს (რაც არასწორი მსჯელობა იქნებოდა), მოსარჩელეს მაინც ევალებოდა საკუთარი ზიანის თავიდან არიდების მიზნით (სკ-ის 415-ე მუხლი) გაეკეთებინა დასაფინანსებელი კომპანიისათვის უკეთესი შეთავაზება და ზიანის სახით მოპასუხე ბანკისათვის მოეთხოვა მხოლოდ ეს სხვაობა თავდაპირველ და უკეთეს შემთავაზებას შორის.

2. მოთხოვნა სკ-ის 317 III მუხლის მიხედვით

შემდეგი ჰიპოთეტური მოთხოვნა, რომელიც შეიძლება ჰქონდეს მოსარჩელეს მოპასუხე ბანკის მიმართ, არის მოთხოვნა სკ-ის 317 III მუხლის მიხედვით.

სკ-ის 317 III მუხლიდან წარმოსდგება ხელშეკრულების დასადაბად განეული ხარჯების ანაზღაურების მოთხოვნა იმ მხარის მიმართ, ვინც ბრალეულად ჩაშალა მოლაპარაკებები. ეს მოთხოვნაც, ისევე, როგორც წინა მოთხოვნა, მიმართულია ნეგატიური და არა პოზიტიური ინტერესის ანაზღაურებისაკენ, რადგან სხვა შემთხვევაში ის იქცეოდა კონტრაპირების იძუ-

ლების მექანიზმად.³⁰ ხარჯები წარმოადგენს ნებაყოფლობით ქონებრივ მსხვერპლს და მოსარჩელის მიერ, თავის მხრივ, ფულის „მოცდენა“, რაზეც ის აპელირებს, შეიძლება ჩაითვალოს ასეთად.

მოცემულ მოთხოვნაზე მსჯელობისას გასათვალისწინებელია შემდეგი გარემოება. სანამ მხარეები ჯერ კიდევ სახელშეკრულებო მოლაპარაკებებს აწარმოებენ, სახეზე არ არის ბოჭვა და, ზოგადად, თითოეული მხარე მოქმედებს საკუთარი რისკით, თუ ის უკვე, პირადი გადანაცვტილების საფუძველზე, ხელშეკრულების დადების ნდობიდან გამომდინარე გაიღებს დანახარჯებს.³¹ მას, ჩვეულებრივ, ამ დანახარჯებისათვის მაშინაც კი არ შეუძლია მოითხოვოს ანაზღაურება, როდესაც ამ მოლაპარაკებებს მეორე მხარე უპასუხოდ ჩაშლის. სხვაგვარად უნდა გადაწყდეს შემთხვევა, როდესაც ხელშეკრულების ჩაშლაში (გამონაკლისის სახით) უნდა დავინახოთ მოლაპარაკებების დაწყებასთან ერთად წარმოშობილი გულისხმიერების ვალდებულების დარღვევა, რომელიც გამომდინარეობს იქიდან, რომ მეორე მხარემ დანახარჯების გამწვევს გაუღვიძა მოლოდინი ხელშეკრულების უმოკლეს პერიოდში დადებისა. განსაკუთრებით იმით, რომ შეუქმნა მას მცდარი წარმოდგენა მისი მხრიდან ხელშეკრულების დადების მზაობისა და შესაძლებლობის შესახებ. ეს, პირველ რიგში, მაშინ არის სახეზე, როდესაც ერთი მხარე ატყუებს მეორეს იმასთან დაკავშირებით, რომ დადებს ხელშეკრულებას, მიუხედავად იმისა, რომ თავიდანვე სხვა რამ აქვს გადაწყვეტილი³² ან ხელშეკრულების დადების გადაფიქრების შემდეგ დროულად არ ატყობინებს ამის შესახებ და უბიძგებს დანახარჯების განხორციელებისაკენ, რომელთაც ეს მხარე სხვა შემთხვევაში არ გაიღებდა³³.

იმ საფუძველს, რომელიც ამართლებს სახელშეკრულებო მოლაპარაკებების ჩაშლას, არ წაყენება მაღალი მოთხოვნები, იმისათვის, რომ ამ გზით არ წამოიშვას ხელშეკრულების

³⁰ BGH WM 1968, 1402; BGH WM 1981, 788; BGH WM NJW-RR 1988, 288.

³¹ BGH WM 2008, 491; BGH NJW 2013, 928.

³² BGH NJW 2013, 928; OLG Stuttgart BB 1989, 1932.

³³ Singer, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, München 1993, 268.

დადების არაპირდაპირი იძულება. მოლაპარაკებების ჩაშლის „გასამართლებლად“ საკმარისია ყოველგვარი გონივრული საბაბი და მოსაზრება.³⁴ მაგალითად, სხვა დაინტერესებული პირის უკეთესი შემოთავაზება ან სამეწარმეო საქმეების გაუარესება.

გარდა ამისა, მხარის „ბოჭვა“ მის მიერ განპირობებული ნდობის მომენტი (რომ ხელშეკრულება დაიდება) ზღვარდადებულია შესაბამისი ვადით, რომლის გასვლის შემდეგაც ზოგადად არავის შეიძლება ჰქონდეს სამართლიანი მოლოდინი იმისა, რომ ჯერ კიდევ შედგება ხელშეკრულება; ეს ვადა იზომება კონკრეტული გარემოებების გათვალისწინებით. ამასთან, ოფერტით ბოჭვის ვადა (სკ-ის 330, 331-ე მუხლები), როგორც წესი, ორიენტირს წარმოადგენს.³⁵

წინარე სახელშეკრულებო მოლაპარაკებიდან პასუხისმგებლობა გამოირიცხება, თუ ხელშეკრულების ჩაშლა ისედაც სავარაუდო იყო და მეორე მხარეს ეს უნდა გაეთვალისწინებინა.³⁶ ის, ვინც სახლს ყიდულობს, თუმცა ჯერ არ შეუთანხმებია მეორე მხარესთან მისი ფასი, მოქმედებს საკუთარი რისკით, თუ იღებს კრედიტს – მომავალი ნასყიდობის დასაფინანსებლად – რომელიც ამ ნასყიდობის ჩაშლის შემდეგ არაფერში ადგება.³⁷

ზემოთ მოყვანილი მაგალითებიდან, პირველ რიგში, ნიშანდობლივია, რომ მხარეს მოლოდინი იმისა, რომ მეორე მხარე არ ჩაშლის მოლაპარაკებებს, შეიძლება ჰქონდეს მხოლოდ გარკვეული დროის განმავლობაში. მოლაპარაკებების დაუსრულებლად გაგრძელების ვალდებულება არ არსებობს. ამ გამართლებული მოლოდინის ვადად საორიენტაციოდ მიჩნეულია ოფერტის მბოჭავობის ვადა. მოცემულ შემთხვევაში გაკეთდა ვადიანი შეთავაზება, რომელიც დასაფინანსებელი კომპანიის მიერ უკუგდებულ იქნა. ამ მომენტიდან მოსარჩელეს უკვე უნდა ჰქონოდა საფუძველი და მოლოდინი იმისა, რომ მოპასუხე ბანკი ნებისმიერ დროს შეიძლებოდა დაუკითხავად გასულიყო მოლაპარაკებებიდან.

გარდა ამისა, ხელშეკრულების შედგომის მოლოდინზე საუბარი შეიძლება მხოლოდ მას შემდეგ, რაც გამოიკვეთა ხელშეკრულების გარკვეული კონტურები, ანუ, სულ მცირე, არსებითი პირობები მეტ-ნაკლებად შეთანხმებულია. მოცემულ შემთხვევაში თავად მოსარჩელე აღიარებს, რომ არსებითი პირობა, კერძოდ, რა პროცენტში გასცემდნენ სესხს, ჯერ არც კი იყო დადგენილი. ამგვარად, მოსარჩელეს მოქმედება ახლოს დგას ნასყიდობის ფასის დადგენამდე წინასწარ კრედიტის აღებასთან, როდესაც მხარეს ჯერ კიდევ ვერ ექნება მოლოდინი, რომ მოლაპარაკებები წარმატებით დასრულდება. შესაბამისად, მოცემულ შემთხვევაში დანახარჯების ანაზღაურების მოთხოვნა სკ-ის 317 III მუხლის მიხედვით ყოვლად უსაფუძვლოა.

III. მოთხოვნა სკ-ის 992, 8 III მუხლების მიხედვით

შემდეგი მოთხოვნა, რომელიც მოცემულ კონტექსტშია განსახილველი, ეს არის მოთხოვნა სკ-ის 992, 8 III მუხლების მიხედვით. კლიენტის წართმევა, გამონაკლისის სახით, შეიძლება წარმოადგენდეს ამორალური ხერხით ზიანის მიყენებას, რაც ანაზღაურებადია სკ-ის 992, 8 III მუხლების მიხედვით და რაც ასევე შეიძლება მოიაზრებოდეს მოსარჩელეს მიერ წაყენებული „ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის“ ქვეშ.

1. კლიენტის წართმევა

ზოგადად, საკუთარი სამეწარმეო საქმიანობის გაფართოება ჩვეულებრივ მხოლოდ კონკურენტების ხარჯზე და მათთვის კლიენტების წაგვრის გზითაა შესაძლებელი. ამასთან უკვე რაიხის სასამართლოს მიერ ჩამოყალიბებული მაქსიმის თანახმად, სხვის „კლიენტთა წრეში შეჭრა“ არ არის *per se* ამორალური, რადგან სამეწარმეო ცხოვრებაში არავინ შეიძლება მოელოდეს იმას, რომ მისი კლიენტურის შემადგენლობა მუდმივად უცვლელი იქნება. ამის საპირისპიროდ, ნებისმიერი კონკურენცია თავისთავად

³⁴ BGH WM 1996, 738.

³⁵ BGH NJW 1970, 1841.

³⁶ OLG Düsseldorf ZMR 2000, 23.

³⁷ BGH WM 2018, 688.

გულისხმობს სხვისათვის კლიენტების წართმევას, მათ გადმობირებას საკუთარი სამეწარმეო მომსახურების ხარისხისა და ფასების მეშვეობით. ერთდერით, რაც აუცილებელია, არის ის, რომ ეს არ მოხდეს დაუშვებელი კონკურენციის გზით.³⁸

ამგვარად, კლიენტურა არ წარმოადგენს დაცულ სამართლებრივ სიკეთეს, რომელში ჩარევაც იქნებოდა თავისთავად მართლსაწინააღმდეგო და ამორალური. ამიტომაც, როდესაც კლიენტს კონკურენტი უბიძგებს მის ამჟამინდელ საწარმოსთან ხელშეკრულების გაუქმებისაკენ, კანონით თუ ხელშეკრულებით გათვალისწინებული ვადის დაცვით, ამის წინააღმდეგ საკონკურენციო სამართლებრივი კონტრარგუმენტები არ შეიძლება არსებობდეს.

2. ამორალური ქმედებით კლიენტის გადაბირება

ზემოთ თქმულის საპირისპიროდ, ამორალურია კლიენტის გადაბირება, როდესაც ის ზნეობრივად გასაკიცხი ფორმითა და საშუალებებით ხდება. მაგალითად, კლიენტურის შესახებ იმ ინფორმაციის გამოყენებით, რომლის მოპოვებაც დაუშვებელი გზებით მოხდა.³⁹ თუ, მაგალითად, კონკურენტი საწარმოს შემთხვევით ჩაუვარდება ხელში მიმონერა კლიენტსა და სხვა საწარმოს შორის, მან მოპოვებული ინფორმაცია არ უნდა გამოიყენოს კლიენტის გადასაბირებლად.⁴⁰ მით უმეტეს, არ უნდა ეცადოს თავად ამ ინფორმაციის მოპოვებას ამგვარი ხერხებით. შემდეგი ნაირსახეობა კლიენტის დაუშვებელი გადაბირებისა, არის ე. წ. „კლიენტების გამოჭერა“, როდესაც კონკურენტი გარკვეულწილად პოტენციურ მყიდველსა და საწარმოს შორის იჭრება. თანამედროვე ძალზედ გავრცელებული ფორმა ინტერნეტში კლიენტების დაუშვებელი გზით მოპოვებისა არის **Domain Grabbing**.⁴¹

ზოგადად, თავისუფალი კონკურენციის წესების დარღვევით კლიენტის გადაბირება მდგომარეობს იმაში, რომ მას ესაობა შანსი „მშვიდად მოიპოვოს ინფორმაცია გამყიდველის მიერ შეთავაზებულ ასორტიმენტზე და იმაზე, თუ ვისთან იქნებოდა ნასყიდობის დადება მისთვის ყველაზე ხელსაყრელი.“⁴² ამ სიტუაციაში, გადაბირების მსურველი კონკურენტის აგრესიული და თავსმოხვეული შეთავაზების გამო, კლიენტი ვეღარ ახერხებს ორიენტირებას და შემოთავაზებულ პროდუქციას შორის აწონ-დაწონას მისთვის ყველაზე მეტად მისაღები კრიტერიუმების საფუძველზე.⁴³ ამასთან გასათვალისწინებელია, რომ სხვისი კლიენტის „შეტყუება“, ანუ მისთვის შეგნებულად უფრო მისაღები შეთავაზების გაკეთება, მისი გადაბირების მიზნით, ზოგადად დასაშვებია.⁴⁴ ამის საპირისპიროდ, დაუშვებელია კონკურენტის ყოფილი თანამშრომლის მიერ ამორალური გზით მოპოვებული სპეციფიკური ცოდნის გამოყენება კლიენტების გადასაბირებლად. თუ ეს ცოდნა, ზოგადად, ამ თანამშრომლის მიერ მისი სამუშაოს შესრულების სპეციფიკიდან გამომდინარე გახდა ხელმისაწვდომი, ამორალური გადაბირება მხოლოდ მაშინ არის სახეზე, როდესაც ამ კლიენტურის დაკარგვა წინა დამსაქმებლის საქმიანობას ეკონომიკურ ბაზისს უთხრის.⁴⁵

მოცემულ შემთხვევაში მოპასუხე ბანკის ქმედება ვერ გაუთანაბრდება ამათგან ვერც ერთს. მას არ მოუპოვებია რაიმე სპეციფიკური ცოდნა დაუშვებელი მეთოდებით და არ გამოუყენებია ის კლიენტის გადასაბირებლად. სხვა შემთხვევაში კი ძალაში რჩება ის პარადიგმა, რომ კლიენტების წართმევა ზოგადად დასაშვებია. ამასთან, თუ გავითვალისწინებთ იმას, რომ მოსარჩელე ბანკი იყო პირველი, ვინც 7 ივლისს, მიმდინარე მოლაპარაკების პირობებში, პირველმა სცადა დასაფინანსებელი კომპანიის გადაბირება და კომპანია თავდაპირველად მხოლოდ მოპასუხე ბანკის კლიენტი იყო, ნათე-

³⁸ RGZ 144, 49; BGH GRUR 1964, 216.

³⁹ BGH GRUR 1963, 201.

⁴⁰ BGH GRUR 1983, 35.

⁴¹ BeckOK BGB/Förster, 55. Ed. 1.8.2020, BGB § 826 Rn. 225.

⁴² BeckOK BGB/Förster, 55. Ed. 1.8.2020, BGB § 826 Rn. 225.

⁴³ BGH GRUR 1960, 433.

⁴⁴ BeckOK BGB/Förster, 55. Ed. 1.8.2020, BGB § 826 Rn. 226.

⁴⁵ BeckOK BGB/Förster, 55. Ed. 1.8.2020, BGB § 826 Rn. 227.

ლი ხდება, რომ მოპასუხე ბანკის მხრიდან კლიენტის ყოველგვარ წართმევაზე საუბარი ზედმეტია, რის გამოც მოთხოვნა მის წინააღმდეგ სკ-ის 992, 8 III მუხლების მიხედვით უნდა გამოირიცხოს.

IV. დასაფინანსებელი კომპანიის ინდივიდუალურად დაფინანსების აკრძალვის დაუშვებლობა

თუ მოსარჩელე ბანკი საკუთარ მოთხოვნას აფუძნებს იმ გარემოებას, რომ მასსა და მოპასუხე ბანკს შორის, ამხანაგობისაგან დამოუკიდებლად, შედგა შეთანხმება კლიენტის ინდივიდუალურად დაფინანსების აკრძალვასთან დაკავშირებით, კერძოდ, თუ დასაფინანსებელი კომპანია არ მიიღებდა საერთო შეთავაზებას პროცენტთან დაკავშირებით, მაშინ არც ერთი ბანკი აღარ გააგრძელებდა მასთან მოლაპარაკებას – რათა დასაფინანსებელ კომპანიას მათი ერთობლივი წინადადების მიღების გარდა სხვა გზა არ დარჩენოდა – ეს შეთანხმება ცალსახად ბათილია. ის ერთდროულად არღვევს კონკურენციის შესახებ კანონის რამდენიმე დანაწესს, კერძოდ, 6 I, II ა), 7 I ა) მუხლებს და, გარდა ამისა, არის ამორალური (სკ-ის 54-ე მუხლი მე-3 ვარიანტი). მოსარჩელე და მოპასუხე ბანკი არიან ბაზარზე დომინანტური მდგომარეობის მქონე აგენტები, რადგან, სავარაუდოდ, ამ მოცულობის სესხის მიღება სხვა ქართული ბანკებისაგან შეუძლებელია და ამგვარი შეთანხმებით ისინი ქმნიდნენ კარტელს, რომელიც მიზნად ისახავდა კონკურენციის დაუშვებელ შეზღუდვას – დასაფინანსებელ კომპანიას ესპობოდა საშუალება, მიეღო სესხი კონკურენტულ გარემოში, სხვა პროცენტებით, გარდა მოსარჩელისა და მოპასუხე ბანკის მიერ ერთობლივად შეთავაზებულისა, რაც ბათილია ზემოთ ხსენებული დანაწესების მიხედვით.