

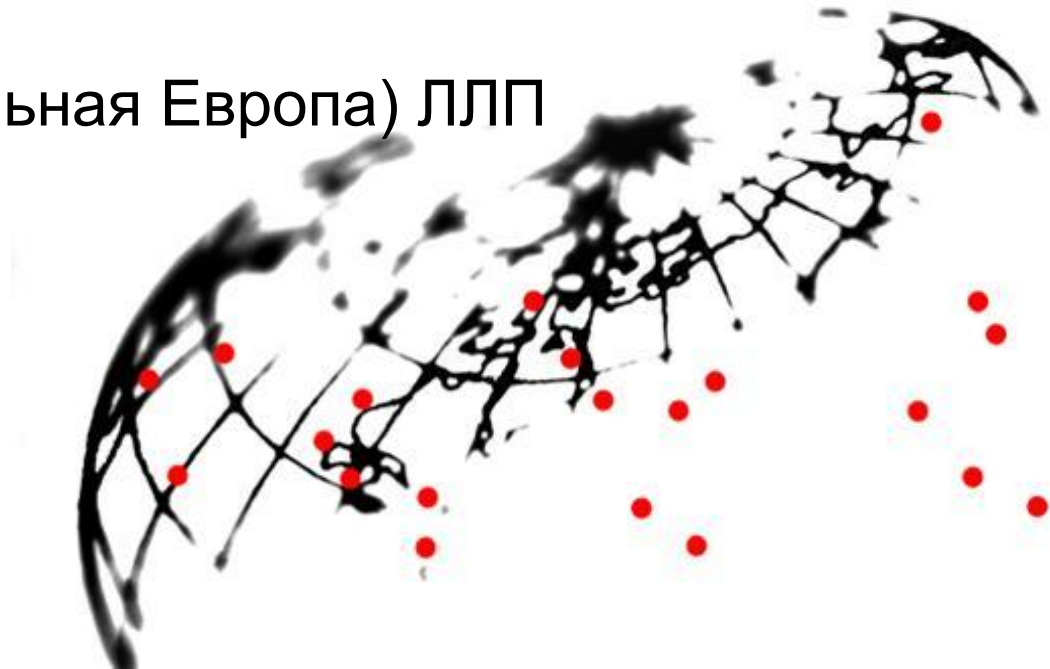
Юридические вопросы организации контрактов мудараба и мушарака

Александр Тузенко

Юрист

Нортон Роуз (Центральная Европа) ЛЛП

19 августа 2009 года



Определение и природа контрактов (1)

- **Мудароба и мушарака** – это соглашение между двумя или более сторонами об объединении их активов или объединении их услуг, обязательств и ответственности с целью получения прибыли
- **Мудароба** – инвестиционное соглашение (доверительное финансирование) – группа инвестора Раб аль Мааль (*Rab al Maal*) предоставляет денежные средства партнеру мударибу (*Mudareb*), который занимается управлением проекта, используя свой опыт
- **Мушарака** – совместное участие (также *sharika*) – в контексте бизнеса это совместное предприятие

Определение и природа контрактов (2)

Мудараба

- *Мудараба* – основной вид инвестиционного счета в исламском банке - используется Исламским банком Великобритании в качестве текущего счета физических лиц
- *Мудариб* назначается инвесторами (*Раб аль Мааль*)
- *Мудариб* получает процент от прибыли (или «римессу»)

Определение и природа контрактов (3)

Мушарака

- Роль – J Taqi Usmani говорит, что это играет «жизненно важную» роль в экономиках, основанных на нормах ислама»
- Доход – основан на «реальной прибыли» и не может быть предопределен
- Форма – Исламские законы не предписывают какую-либо форму принципу *Мушарака*, и J Taqi Usmani заявил, что «какую-либо новую форму или процедуру *Мушарака* нельзя отвергать только лишь по причине отсутствия прецедента в прошлом»
- Критерием применения является не нарушение принципов Корана, Сунны и единодушное согласие специалистов

Некоторые правила применительно к мушараке (1)

- Распределение прибыли – пропорции распределения согласуются в момент заключения соглашения *мушарака* – как пропорциональная доля прибыли, а не как твердая сумма
- Соотношение прибыли и инвестиций – должно ли соблюдаться соотношение прибыли и инвестированного капитала? На этот счет взгляды разделяются: одни (Malik & Shaf'i) считают, что соотношение прибыли и инвестированного капитала должно соблюдаться, а другие (Imam Ahmad) – что нет
- Деление убытков – однозначное мнение, что убытки должны распределяться пропорционально инвестированному капиталу
- Характер капитала – существуют различные точки зрения на то, должен ли инвестированный капитал всегда быть в ликвидной форме. По всей видимости, преобладает точка зрения, что взносы могут быть в натуре, но с установленной рыночной стоимостью

Некоторые правила применительно к мушараке (2)

- Управление – все партнеры вправе осуществлять управление, но они могут договориться, что управление будет осуществлять один из них
- Прекращение действия – может быть прекращена уведомлением на основании соглашения (денежные средства подлежат распределению и согласовывается ликвидация неденежных активов), а также в случае смерти или психического заболевания партнера
- Прекращение без закрытия – если какой-либо партнер желает расторгнуть соглашение, партнерство может продолжить свое существование на основании взаимного согласия. Оставшиеся партнеры могут приобрести долю по согласованной цене
- Очевидно, что существует всеобщее согласие в отношении того, что партнеры могут договориться, что у любого из их числа не должно быть полномочия на принудительную ликвидацию, если это может нанести непоправимый ущерб остальным – по причине обеспечения непрерывности бизнеса и экономического роста общества

Убывающий принцип мушараки

- В рамках *мушараки* при уменьшении со временем размера доли одного партнера (обычно банка) доля другого партнера (обычно клиента) пропорционально увеличивается
- Пример: банк и клиент заключают контракт *мушарака* по убывающему принципу. У банка во владении 70%, у клиента - 30%
- Банк отдает свое право собственности по соглашению Мушарака в аренду клиенту
- Уплачиваемая клиентом арендная плата является доходом банка на его инвестиции
- Клиент приобретет долю банка в соответствии с предварительно согласованным графиком или по погашении средств

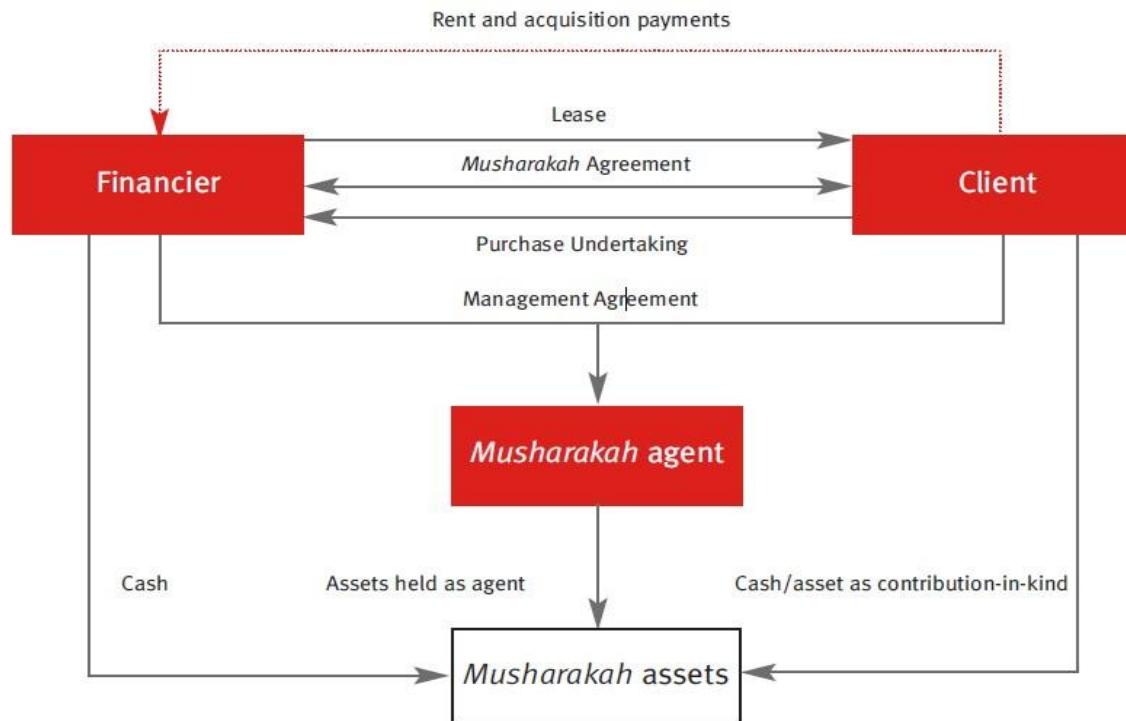
Убывающий принцип мушараки (график)



Структура убывающей мушараки для приобретения активов



Структура убывающей мушараки для финансирования проектов строительства



Различия контрактов

Договор Мудараба отличается от договора Мушарака следующим:

- Основанием для получения доли прибыли в механизме Шарика является обязательный взнос капитала всеми сторонами, будь то денежными средствами, в виде товаров, услуг или ответственности в случае партнерства с высокой репутацией, а также то, что основой предмета договора является единственный элемент, т.е. капитал. С другой стороны, основанием для получения доли прибыли в механизме Мудараба являются два элемента. Первый элемент - это существование капитала при соблюдении условий аналогично условиям капитала в механизме Мушарака. Вторым элементом является работа, осуществленная мударибом, что является отличительным от капитала коммерческого предприятия.
- В рамках договора Мушарака работу, как правило, выполняют стороны совместно, а в рамках договора Мудараба работу осуществляет только мудариб.

Преимущества механизмов прямого финансирования и инвестиционного посредничества (Муддараба и Мушарака)

- Приобретая стратегическое участие в предприятии, инвестор имеет возможность осуществлять контроль за его оборотными средствами, расширить собственную клиентскую базу
- Собственник сокращает связанные с предприятием кредитные риски
- Присутствие менеджеров финансового института в органах управления компании способно снизить операционные риски
- Инвестиции в определенные виды производства могут привести к снижению и прочих видов риска (В частности, контроль над экспортно-ориентированным предприятием позволяет снизить валютные риски, участие в предприятиях, производящих ценообразующую продукцию, снижает инфляционные риски)

Применение контрактов в России (1)

- Договорные конструкции мудараба и мушарака могут быть использованы в рамках действующего гражданского законодательства России, основываясь на *принципе свободы договора*
- п. 2 ст. 1 ГК РФ: «Граждане (физические лица) и юридические лица приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своем интересе. Они свободны в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении любых не противоречащих законодательству условий договора»
- п. 2 ст. 421 ГК РФ: «Стороны могут заключить договор, как предусмотренный, так и не предусмотренный законом и иными правовыми актами»)

Применение контрактов в России (2)

- Мудароба и мушарака сходны с договорами, предусмотренными ГК РФ, хотя и не являются их полной аналогией
- **Мушарака** может найти применение при создании совместного предприятия на основе регулируемого ГК РФ договора простого товарищества (статьи 1041—1054 ГК РФ)
- Конструкция **мударба** может быть использована через известный, хотя и недостаточно разработанный в российском праве договор доверительного управления имуществом (статьи 1012—1026 ГК РФ)

Применение контрактов в России (3)

- Таким образом, основываясь на анализе действующего гражданского законодательства России, использование договоров на исламских принципах, в том числе для организации финансирования, возможно исходя из принципа свободы договора и предусмотренной ГК РФ концепции «смешанного договора» через так называемое «конструирование» — сочетание элементов различных договоров

Опыт Нортон Роуз в использовании исламских юридических конструкций в России

- В июне 2009 года был подготовлен договор мурабаха в соответствии с российским законодательством, а также нормами шариата для EGL Logistics
- Юридические проблемы, возникшие при подготовке договора мурабаха:
 - Не возможность освободить инвестора (Trading Entity) от ответственности за качество и комплектность поставляемого товара конечным покупателям;
 - Не возможность использования иных оснований, не предусмотренных ГК РФ, для расторжения договора поставки в одностороннем порядке

Наша международная практика

Азия

Бангкок
Пекин
Гонконг
Джакарта*
Шанхай
Сингапур
Токио

Восток

Бахрейн
Дубай
Эр-Рияд*

Россия

Москва

Европа

Амстердам
Афины
Брюссель
Франкфурт
Лондон
Милан
Мюнхен
Париж
Пирей
Прага
Рим
Варшава



*Ассоциированный офис

Заявления об ограничении ответственности в отношении презентации

- 1 Ни одно физическое лицо, являющееся членом, партнером, акционером, работником или консультантом любого участника Группы Нортон Роуз, или предоставляет услуги такому члену (независимо от того, описывается ли такое физическое лицо как «партнер» или нет) не принимает на себя ответственность и не имеет никакого обязательства перед любым лицом в отношении настоящей презентации.
- 2 Любая ссылка на партнера означает участника Нортон Роуз ЛЛП или консультанта, или работника Нортон Роуз ЛЛП или одного из его аффилированных лиц, имеющего такое же положение и квалификацию.
- 3 Настоящая презентация содержит информацию, которая является конфиденциальной для Группы Нортон Роуз. Авторское право на материалы принадлежит Группе Нортон Роуз, и материалы не могут быть скопированы или раскрыты любому другому лицу без выраженного в прямой форме разрешения Нортон Роуз.
- 4 Настоящая презентация не подразумевает предоставление юридической консультации, и, соответственно, на нее не следует полагаться. Она не должна считаться исчерпывающим заявлением в отношении права и практики в этой области. Читатели должны получить конкретную юридическую консультацию по любому определенному интересующему их вопросу. Если Вам необходима какая-либо консультация или информация, просьба обратиться к Вашему обычному контактному лицу в Группе Нортон Роуз.

CORPORATE FINANCE • FINANCIAL INSTITUTIONS • ENERGY AND INFRASTRUCTURE • TRANSPORT • TECHNOLOGY

The logo consists of a brown, upward-pointing chevron shape above the letter 'N' of the word 'NORTON'.

NORTON ROSE