

Некоторые соображения о «русской ISDA»*

На современном этапе развития российского законодательства правовое регулирование срочных сделок (деривативов, производных финансовых инструментов) вызывает множество проблем¹.

Оставляя в стороне законодательную регламентацию деривативов в целом², поскольку ей уже было уделено внимание в литературе³, рассмотрим только вопросы договорных отношений участников внебиржевого рынка деривативов.

* Работа выполнена при поддержке индивидуального исследовательского гранта 2008 года Научного фонда ГУ-ВШЭ (номер гранта 08-01-0024).

¹ Выбор одного термина для данного вида обязательств также представляется трудно разрешимой задачей. Законодатель просто устранился от данной темы. В настоящей статье приведенные термины используются равноправно.

² Недостатки законодательного регулирования многократно обсуждались как в прессе, так и на публичных мероприятиях.

³ См.: Метелева Ю. А. Товарный оборот. Право. Практика. Тенденции регулирования. — М.: ИД «Юриспруденция», 2008; Селивановский А. Некоторые замечания к дискуссии о законодательстве о деривативах // Рынок ценных бумаг, 2005, № 22; Кузнецова Л. Г. Российский рынок производных инструментов: вопросы правового регулирования // Законодательство и экономика, 2006, № 8.

Многие недостатки нормативного регулирования восполняются на уровне соглашений участников соответствующих рынков. Срочные сделки — новый для российского права вид обязательств. Норм, закрепленных ГК РФ, недостаточно: как правило, указывают п. 2 ст. 1062 ГК РФ, хотя данная норма даже не содержит соответствующего понятия. В практике встречаются аналогичные соглашения с такими наименованиями как: «Соглашение о сотрудничестве на рынке ценных бумаг», «Соглашение об общих условиях проведения операций на финансовом рынке», «Рамочное соглашение о заключении срочных сделок» и др. При отсутствии в договоре четких условий спорные вопросы невозможно решить на основании общих норм договорного права. Поэтому необходимо, чтобы в соглашении о срочных сделках наиболее полно и детально были урегулированы все вероятные ситуации. Такая детализация позволит избежать многих спорных вопросов.

На практике участники внебиржевого рынка деривативов — банки, профессиональные участники рынка ценных бумаг — заключают двусторонние соглашения между собой и со своими клиентами — так называемые генеральные соглашения об общих условиях совершения срочных сделок (далее — генеральные соглашения), в которых определяют основные базовые правила заключения, изменения и прекращения срочных сделок. На основании данных соглашений участники периодически заключают конкретные договоры (сделки): форварды, опционы, свопы. Формы договоров (сделок) устанавливаются генеральным соглашением.



В правовой литературе такие соглашения именуют рамочными или организационными договорами. Однако их исследованию до последнего времени не уделялось достаточно внимания⁴. Поэтому в отношении рамочных договоров периодически разгораются дискуссии о том, являются ли данные договоры предварительными, заключенными и действительными.

Полагаю, что генеральные соглашения — действительные договоры, заключаемые в соответствии с российским законодательством и порождающие для сторон определенные правовые последствия. Очевидно, что указанные генеральные соглашения — это непоименованный в ГК РФ вид обязательства. Его предмет — правила заключения, изменения и прекращения срочных сделок; для этого стороны, как правило, предоставляют друг другу на периодической основе финансовую (финансовую отчетность) и некоторую другую информацию (например, годовые финансовые отчеты, справки о наличии судебных и арбитражных споров).

Основа для разработки генеральных соглашений

Практически всегда, когда идет речь о договорном регулировании деривативов, звучит идея об адаптации генерального соглашения Международной ассоциации свопов и деривативов (International Swaps and Derivatives Association) (далее — ISDA Master Agreement) для российского рынка. Данное соглашение получило широкое распространение в мире. На его основе стороны заключают различные договоры — сделки.

ISDA Master Agreement возможно заключать в различных юрисдикциях, но в большей степени оно предназначено для использования в странах общего права⁵. Для унификации положений данного рамочного соглашения в его тексте содержится много чрезвычайно подробных положений, изложенных весьма специфическим языком. В связи с этим практически все европейские страны разработали генеральные (рамочные) соглашения для сделок с деривативами (Германия, Франция, Испания, Швейцария и др.). Несмотря на то что многие из указанных соглашений восприняли

⁴ Данная тема исследуется Л. Г. Ефимовой. — См.: Ефимова Л. Г. Рамочные (организационные) договоры. — М.: Волтерс Клувер, 2006; Она же. Рамочные договоры на внебиржевом межбанковском рынке ценных бумаг // Законы России: опыт, анализ, практика, 2006, №

⁵ Это легко объяснимо, так как данное соглашение было изначально предназначено для стран с системой общего права и было разработано юристами соответствующей школы.

общую структуру ISDA Master Agreement, ни одно из них не следует ни его стилю, ни всем концепциям. В результате национальные деривативные рамочные соглашения намного лаконичнее, проще и понятнее для соответствующего национального рынка.

В практике российских банков встречаются два основных вида генеральных соглашений:

1) ряд соглашений фактически представляют собой русский перевод ISDA Master Agreement или основанных на нем типовых соглашений материнских банков (их, как правило, используют дочерние банки иностранных банков);

2) другие соглашения основаны на самостоятельном опыте работы на российском финансовом рынке и опыте рассмотрения соглашений как контрагентами, так и судами, налоговыми и надзорными органами.

На современном этапе наиболее актуальной представляется разработка стандартной документации для заключения срочных сделок на внебиржевом рынке. Разработка, признание и применение стандартных договоров одновременно будут способствовать решению следующих важных задач (далее — Основные задачи):

✓ унификации правил и процедур по данным сделкам;

✓ снижения издержек (договоры должны быть достаточно простыми и понятными для российского рынка, на их основании разрабатываются стандартные внутренние процедуры, в соответствии с которыми совершаются типовые сделки и прочие операции, поэтому нет необходимости при совершении этих сделок каждый раз задействовать различных сотрудников и разрабатывать новые процедуры);

✓ ускорения заключения договоров (сделок) [если заранее определены формы договоров (сделок), стороны избавлены от необходимости проводить переговоры по условиям каждого договора — согласовываются только несколько конкретных параметров (цена, количество «товара», срок поставки)];

✓ управления рисками (установление четких, единообразных правил совершения сделок, исключающих неясности и неопределенности, которые должны быть соотнесены с российскими правовыми традициями и судебной практикой).



Опыт иных стран показывает, что наиболее рациональна именно разработка единообразных общепризнаваемых рамочных соглашений. Такой подход позволяет снизить издержки при согласовании и заключении соответствующих соглашений, а также сделать более предсказуемым рассмотрение споров в судах, так как типовые соглашения постепенно становятся привычными и для судей.

По инициативе Ассоциации российских банков при участии Национальной ассоциации участников фондового рынка (НАУФОР) и Национальной валютной ассоциации было разработано стандартное генеральное соглашение о срочных сделках для российского финансового рынка. Результаты этой работы опубликованы на сайте Ассоциации российских банков⁶ (далее — Стандарты АРБ).

Разработчики стандартов приняли за основу ISDA Master Agreement. Обоснование сформулировано несколько туманно: «Предпочтение отдано подходу, основанному на разработке документации по форме, наиболее близкой к форме генерального соглашения ISDA, в целях (i) минимизации базисного риска с точки зрения заключения компенсирующих (back-to-back) трансграничных сделок и (ii) использования преимуществ международного опыта по взаимодействию с регулирующими органами и преодолению кризисов на мировых рынках»⁷.

Представляется, что данные доводы неубедительны. Кроме того, стилистика договора, сформулированного для применения в юрисдикции общего права, при использовании в российской правовой системе, относящейся к континентальной системе права, страдает рядом недостатков и приводит к значительным проблемам в случае возникновения спора. Для того чтобы соглашение эффективно работало в

⁶ <http://www.arb.ru/site/v2/simple/gen/index.php> (по состоянию на 12.05.09).

⁷ Цитата из презентации промежуточных результатов группы разработчиков. — См. http://www.nva.ru/nva/pressroom/news/show/?id=nva_news_20081216_1 (по состоянию на 12.05.09).

рамках российской правовой системы, недостаточно технически подчинить его российскому праву. Необходимо, чтобы данное соглашение соответствовало традициям российской договорной техники и реалиям российского правоприменения.

Язык и стиль изложения

Обращает на себя внимание избыточная многословность Стандартов АРБ: например, все ссылки сформулированы следующим образом: «пункт 5.4 статьи 5». Значительная часть Стандартов АРБ представляет собой масштабные заимствования из аналогичных соглашений, подготовленных для использования в юрисдикциях общего права, переведенных на русский язык. Такие заимствования создают множество проблем.

Пункт 3.7 Примерных условий о срочных сделках на финансовых рынках, являющихся ядром Стандартов АРБ (далее — Примерные условия АРБ), устанавливает правило: обязательства сторон по совершению в пользу друг друга платежей в одной и той же валюте в одну и ту же дату, возникшие из разных сделок, прекращаются только по соглашению сторон, если генеральным соглашением не предусмотрено иное. Из этого следует, что в дату совершения платежей стороны, заключившие договор, должны изучить генеральное соглашение в части, касающейся порядка проведения платежей, провести переговоры о том, как проводить платежи. Такой порядок, очевидно, не способствует ускорению заключения и исполнения срочных сделок.

В Стандартах АРБ ряд положений сформулирован с использованием значительного количества оговорок и изъятий, что существенно затрудняет понимание смысла правовых норм и удлиняет переговоры при заключении. Например, п. 5.4 Примерных условий АРБ: если какое-либо событие, которое при отсутствии настоящего пункта 5.4 могло бы рассматриваться как нарушение обязательства (кроме нарушений обязательства, указанных в пунктах 5.1(a), 5.1(b) и 5.1(c) настоящей статьи 5), также составляет юридическое ограничение или действие непреодолимой силы. К такому событию применяются последствия, установленные для юридического ограничения или непреодолимой силы соответственно.

Юристы обычно полагают, что многословность документа, как правило, свидетельствует о намерении скрыть его недостатки, завуалировать преимущества одной из сторон или получить выгоду за счет лучшего знания и понимания текста заключаемого сложного соглашения. В некоторых случаях целью многословности и сложности является обеспечение разработчика эксклюзивным статусом «уникального знатока» составленного им документа.

Поскольку генеральные соглашения на основе Стандартов АРБ будут заключаться между участниками российского рынка, а споры между сторонами — рассматриваться в российских судах⁸, такая многословность, допускающая возможность различных толкований, приведет к росту издержек в случае судебного разбирательства.

Заявления и заверения сторон соглашения

В рамочных соглашениях различных стран нередко воспроизводится традиционный для договоров общего права блок положений «Заявления и заверения сторон». Раздел 4 Примерных условий АРБ устанавливает, что стороны генерального соглашения⁹:

- 1) подтверждают, что имеют статус юридического лица;
- 2) обладают правоспособностью и полномочиями, необходимыми для заключения генерального соглашения и сделок, заключаемых на его основании;
- 3) гарантируют, что заключение генерального соглашения и сделок, совершаемых на его основании, не противоречит законодательству Российской Федерации, учре-

⁸ О выборе суда для рассмотрения споров из срочных сделок см. далее.

⁹ Приводится текст раздела 4 Примерных условий АРБ в несколько сокращенной редакции.

дательным документам сторон, актам судебного или иного государственного органа либо органа местного самоуправления, применимым к сторонам либо обязательным для сторон положениям договоров и односторонних сделок;

4) имеют все разрешения, согласия и одобрения государственных органов для заключения и исполнения генерального соглашения и каждой сделки, заключаемой на его основании, что такие разрешения, согласования, одобрения действуют и все их условия соблюдаются;

5) обладают всеми лицензиями, необходимыми для осуществления деятельности сторон в целом, а также для заключения и исполнения генерального соглашения и каждой сделки, заключаемой на его основании, и соблюдают все лицензионные требования и условия;

6) подтверждают, что обязательства по генеральному соглашению и каждой сделке, заключаемой на его основании, являются действительными и подлежат судебной защите с учетом законодательства Российской Федерации о несостоятельности (банкротстве);

7) соглашаются, что заключение и исполнение генерального соглашения и каждой сделки, заключаемой на его основании, не является основанием для досрочного прекращения генерального соглашения и каждой сделки, заключаемой на его основании;

8) заверяют, что против стороны генерального соглашения, лица, предоставившего обеспечение, или связанного с этой стороной лица не подано никаких исковых или иных заявлений в суд, арбитражный суд, третейский суд, государственный или иной орган или организацию либо должностному лицу, которые могут привести к недействительности или невозможности принудительного исполнения генерального соглашения и каждой сделки, заключаемой на его основании, или существенно повлиять на способность стороны исполнить ее обязательства по генеральному соглашению и каждой сделке, заключаемой на его основании.

Представляется очевидным, что указанные положения с точки зрения российского права не имеют смысла. Помимо дублирования несложно заметить следующие недостатки:

— при заключении любого договора стороны должны самостоятельно проверять статус своего контрагента, его правоспособность, а также полномочия лиц, подписывающих договор. Переложить риск непроведения такой проверки на другую сторону нельзя;

— признание сделки недействительной или лишенной судебной защиты не является бесспорным для другой стороны договора, поэтому заверения о действительности обязательств по генеральному соглашению и каждой сделке, заключаемой на его основании, и обеспечению этих обязательств судебной защитой не имеют юридического значения;

— не представляется возможным дать «заверение» об отсутствии исков, жалоб, иных заявлений, так как сторона не всегда осведомлена о подобных действиях в силу различных причин. В некоторых случаях производство по делу с участием стороны генерального соглашения не должно рассматриваться как основание для досрочного прекращения договора: например, иск физического лица — вкладчика к банку о взыскании недоначисленных процентов по депозиту в сумме 10 000 рублей не влияет на способность данного банка исполнять свои обязательства по генеральному соглашению с другим банком.

Структура генерального соглашения

Традиционно генеральное соглашение, как и многие другие рамочные соглашения, состоит из нескольких частей («составной договор»). На состав рамочного соглашения влияют, как правило, два фактора: исторический (документ формировался в течение длительного времени путем дополнения ранее согласованных положений)

и смысловой (каждая составная часть устанавливает правила регулирования определенных отношений).

ISDA Master Agreement также является составным договором. Данное типовое соглашение появилось не сразу: его разработка и согласование — процесс взаимных компромиссов его участников.

Структура документации Стандартов APB полностью повторяет часть структуры ISDA Master Agreement. Составные части Стандартов APB¹⁰: Примерные условия APB; генеральное соглашение о срочных сделках на финансовых рынках (генеральное соглашение APB); стандартные условия конверсионных сделок, валютных опционов и сделок валютный своп и подтверждения по этим сделкам; стандартные условия срочных сделок на процентные ставки и сделок свопцион и подтверждения по этим сделкам; стандартные условия срочных сделок с акциями и фондовыми индексами и подтверждения по этим сделкам; стандартные условия срочных сделок с облигациями и подтверждения по этим сделкам; документация по обеспечению исполнения обязательств по срочным сделкам; примерные условия дополнительного соглашения о порядке уплаты вариационной маржи по генеральному соглашению APB.

Каждый из перечисленных документов содержит также набор приложений.

Разработчики Стандартов APB не приводят доводов в пользу выбора именно такой структуры. Остается предположить, что была заимствована часть структуры ISDA Master Agreement.

Обращают на себя внимание некоторые необычные для российской практики структурные решения Стандартов APB, например:

- разделение «стандартного генерального соглашения» на два документа (Примерные условия APB и генеральное соглашение APB), инкорпорация Примерных условий APB путем ссылки на них в генеральном соглашении, подписываемом сторонами;

- размещение дефиниций в конце договора — Примерных условий APB. При этом ряд определений вынесен в ст. 25 Примерных условий APB, другие дефиниции разбросаны по тексту Стандартов APB;

- в тексте Примерных условий APB употребляется термин «неттинг», неизвестный российскому праву, однако этот термин не содержится в определениях и не раскрывается по тексту Стандартов.

По моему мнению, данная структура Стандартов APB не является оптимальной для современного уровня развития финансового рынка. Для четкого регулирования различных видов деривативов целесообразно составление и подписание генерального соглашения со следующими блоками вопросов:

- основные понятия;
- правила заключения конкретных договоров (сделок) на основании генерального соглашения;
- соотношение конкретных договоров (сделок) и генерального соглашения при прекращении (в том числе досрочном) генерального соглашения или договора;
- соотношение конкретных договоров (сделок) и генерального соглашения при признании недействительным генерального соглашения или договора;
- правила прекращения генерального соглашения и проведения расчетов в связи с прекращением;
- возможность и основания расторжения генерального соглашения или договоров;
- определение третейской оговорки — выбор суда, в котором будет рассматриваться дело, если стороны не смогут решить спор путем переговоров.

Текст генерального соглашения следует дополнять приложениями, устанавливающими правила заключения и исполнения форвардов, опционов и свопов. Такая

¹⁰ Цитата из сообщения, размещенного на сайте APB.

структура соглашения не совсем соответствует структуре ISDA Master Agreement, но позволяет, по моему мнению, наиболее четко определить правоотношения сторон по различным видам деривативов. При этом нет необходимости дублирования понятий для деривативов с различными видами базовых активов.

Одна из важнейших функций генеральных соглашений состоит в определении понятий, используемых при совершении сторонами срочных сделок, поскольку они отсутствуют в действующем законодательстве. Целесообразно включить в генеральное соглашение основные дефиниции: форвардного договора, опционного договора, базового актива, базового показателя, рыночной цены, договора, заключаемого в соответствии с генеральным соглашением. Кроме того, желательно ввести определения, которые позволяют экономично сформулировать правила определения возникновения обязательств, их расчета, порядок проведения расчетов.

Заключение генерального соглашения и договоров на основании генерального соглашения

Традиционно участники внебиржевого рынка производных финансовых инструментов подписывают двусторонние генеральные соглашения, на основании которых заключаются конкретные договоры (сделки) по формам, установленным в приложении к генеральному соглашению.

На практике участники рынка деривативов заключают генеральное соглашение, которое, как уже указывалось, является составным договором. Оно подписывается уполномоченными представителями сторон.

Стандарты АРБ предлагают изменить данную практику. Предполагается, что стороны будут подписывать только генеральное соглашение. Примерные условия и остальные приложения инкорпорируются путем ссылки на них в генеральном соглашении. Стандарты АРБ будут признаваться в качестве примерных условий, разработанных для договоров соответствующего вида и опубликованных в печати (ст. 427 ГК РФ).

Стандарты АРБ не носят директивного характера: стороны вправе применять их полностью, частично (выборочно) или использовать собственную форму генерального соглашения. Полагаю, что с точки зрения документооборота (в том числе для целей представления данных документов контролирующим органам) участникам рынка будет неудобно иметь подписанное генеральное соглашение, предусматривающее изменения в Стандарты АРБ.

ГК РФ устанавливает, что договоры между юридическими лицами должны заключаться в письменной форме. Судебная практика понимает под письменной формой составление, как правило, бумажных документов. С учетом современного развития средств связи и практики совершения сделок на финансовых рынках серьезной задачей для юристов является формирование правил заключения срочных сделок. Дело в том, что фактически договоры заключаются в электронной форме в формате переписки между трейдерами или по телефону. Отсутствует практическая возможность «классического» обмена бумажными документами, подписанными уполномоченными представителями сторон. До августа 1998 года участники повсеместно использовали произвольные способы документального подтверждения заключения срочных сделок. В результате при возникновении спорных ситуаций участники рынка сталкивались с проблемой предъявления в арбитражном процессе надлежащих доказательств заключения договоров и, соответственно, наличия требований. Некоторые российские банки, основываясь на ненадлежащем документировании таких сделок, признали все обязательства и требования из срочных сделок (преимущественно это были расчетные форвардные контракты) недействительными и списали их со своего баланса.

На современном этапе для генеральных соглашений актуально признание сторонами заключения срочных сделок по международным системам расчетов — SWIFT,

BLOOMBERG, REUTERS, факсу, а также признание распечаток электронных сообщений в качестве доказательств заключения договора.

Стандарты АРБ содержат необычную конструкцию — «закрепление согласованных условий»: «В целях закрепления согласованных условий заключенной Сделки (без внесения изменений и дополнений в условия Сделки), а также согласования иных условий Сделки (то есть внесения изменений и дополнений в условия заключенной Сделки) Стороны составляют документ или обмениваются документами по форме, установленной в Стандартных условиях для соответствующего вида Сделок, или иной согласованной Сторонами форме (именуется в Примерных условиях договора — «Подтверждение») в порядке, установленном в Генеральном соглашении» (п. 2.7). При отсутствии подобной конструкции в российском праве такой порядок, по моему мнению, вызовет многочисленные и продолжительные споры при разбирательстве дел в суде.

Концепция «единого договора»

Рынок деривативов отличается тем, что значительное количество сделок заключается не самостоятельно, а во взаимосвязи с другими сделками, заключенными с третьими лицами. Таким образом, прекращение или признание незаключенной или недействительной одной сделки весьма вероятно приведет к убыткам, связанным с другими (хеджирующими) сделками.

Стандарты АРБ содержат положение «Единый договор», согласно которому «Генеральное соглашение, Сделки и включенные в них условия Стандартной документации представляют собой в совокупности единый договор между Сторонами» (п. 1.6). Примечательно, что для Стандартов АРБ обычно характерны чрезвычайно многословные формулировки, но в данном случае, напротив, норма исключительно лаконична. Указанное правило может привести к неожиданному специфическому последствию. Например, компания и банк в 2009 году заключили генеральное соглашение, на основании которого в 2009–2013 годах совершали ряд сделок. В начале 2014 года между ними возник спор по одному договору, который перерос в судебное разбирательство. Стороны должны будут предъявить в судебном процессе генеральное соглашение, а также все договоры, которые были заключены сторонами в течение всего срока действия генерального соглашения, так как они представляют собой в совокупности единый договор между банком и компанией. Если количество документов с той и другой стороны не совпадет, появятся основания ставить под сомнение многие обязательства сторон.

Основное назначение концепции «единого договора» — уменьшение рисков при расчетах по договорам, заключенным в рамках генерального соглашения¹¹: у сторон возникает не множество денежных обязательств, а одно обязательство стороны, размер обязательств которой больше. Особую важность данное правило приобретает при прекращении генерального соглашения: теряют силу все обязательства, вытекающие из самого генерального соглашения и всех договоров (сделок), заключенных на его основании. При этом исключительно важно, что все обязательства рассматриваются совокупно и в результате «конвертации» всех обязательств в денежные и расчета совокупных позиций сторон появляется одно «окончательное» обязательство стороны, размер обязательств которой больше. Таким образом, в случае банкротства одной стороны генерального соглашения риск «состоятельной» стороны составит лишь сумму такого «окончательного» обязательства, эту сумму «состоятельная» сторона должна будет перечислить «несостоятельной» или требование на эту сумму «состоятельная» сторона предъявит к «несостоятельной».

¹¹ Расчеты производятся на основании «платежного неттинга» — при нормальном исполнении соглашения, «ликвидационного неттинга» — при прекращении соглашения и договоров (сделок). Подробнее см. далее.

Прекращение генерального соглашения

Вопросы прекращения генерального соглашения и/или договоров (сделок), заключенных на основании генерального соглашения, чрезвычайно актуальны. В генеральном соглашении должно быть регламентировано его соотношение с конкретными договорами (сделками) при признании недействительным генерального соглашения или договора. Конкретный договор состоит из условий, определенных в нем самом, а также в генеральном соглашении. При признании генерального соглашения недействительным все договоры, заключенные на основании данного соглашения, утрачивают часть норм, регламентирующих права и обязанности сторон.

Определение процедуры и последствий прекращения генерального соглашения и договоров — это самый сложный комплекс вопросов при подготовке соглашения.

Многие генеральные соглашения устанавливают, что при наступлении определенных событий прекращаются все или часть деривативов, заключенных на основании данного генерального соглашения, в некоторых случаях прекращается и само генеральное соглашение.

Выделяются две группы оснований: одни приводят к «автоматическому прекращению» генерального соглашения помимо волеизъявления сторон, другие — к возникновению права одной из сторон на его расторжение. При прекращении генерального соглашения, как правило, прекращаются и все договоры (сделки), заключенные на его основании, независимо от того, наступил ли по ним срок исполнения. Соответственно встает вопрос о расчете обязательств по всем договорам. Особую сложность составляют обязательства по договорам, срок исполнения обязательств по которым не наступил. В генеральные соглашения включаются положения о расчете «результата будущих обязательств» (используются методики дисконтирования, замещения).

Рассмотрение споров

Важным элементом договора является выбор суда, в котором стороны будут решать возникшие между ними споры. Недостаточное внимание к этому обстоятельству приводит к дополнительным сложностям защиты интересов лица, которое считает свое право нарушенным.

У российских арбитражных судов изначально сложилось крайне негативное отношение к срочным сделкам. Это обусловлено, по моему мнению, несколькими причинами: во-первых, в законе такие сделки четко не регламентированы, поэтому данные споры достаточно сложны; во-вторых, в отсутствие прямого законодательного регулирования требования из срочных сделок трактовались как требования из игр и пари; в-третьих, договорная документация по срочным сделкам была недостаточно высокого качества; в-четвертых, постановлением Президиума ВАС РФ от 8 июня 1999 года № 5347/98 принято решение об отказе в судебной защите по требованиям из расчетных форвардных контрактов, которое определило подход арбитражных судов к этой категории споров на многие последующие годы (определение Конституционного Суда РФ от 16 декабря 2002 года № 282-О также не добавило ясности правоприменительной и судебной практике). Федеральным законом от 26 января 2007 года № 5-ФЗ «О внесении изменений в статью 1062 части второй Гражданского кодекса Российской Федерации» статья 1062 дополнена частью второй, в соответствии с которой срочные сделки подлежат судебной защите при определенных условиях. Но это всех проблем не решило.

Стандарты АРБ предусматривают, что споры между сторонами будут рассматриваться в Третейском суде при Ассоциации российских банков, при этом стороны генерального соглашения вправе выбрать иной суд.

Таким образом, при использовании Стандартов АРБ участники рынка имеют следующие возможности выбора: Третейский суд при Ассоциации российских банков, конкретный арбитражный суд, арбитражный суд по месту нахождения ответчика, иной третейский суд.

На сайте Третейского суда при Ассоциации российских банков приведены достоинства и преимущества третейской процедуры¹², среди которых: учет банковской специфики, выборность судей сторонами, оперативность рассмотрения споров, конфиденциальность разбирательств. Однако при выборе третейского суда следует иметь в виду:

— третейские суды, как правило, не являются постоянно действующими. Для того чтобы третейский суд принял к рассмотрению спор и начал по нему работу, необходимо время на формирование состава суда и решение иных административных вопросов;

— на основании наличия в генеральном соглашении третейской оговорки «государственный» арбитражный суд вправе оставить исковое заявление без рассмотрения (п. 5 ст. 148 АПК РФ);

— предполагается соглашение сторон о рассмотрении данного спора третейским судом, если любая из сторон не позднее дня представления своего первого заявления по существу спора в арбитражный суд первой инстанции заявит по этому основанию возражение в отношении рассмотрения дела в арбитражном суде, за исключением случаев, если арбитражный суд установит, что это соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено;

— исковые заявления, подаваемые в третейский суд, оплачиваются третейским сбором. Третейский сбор включает в себя расходы на выплату гонорара третейским судьям, на организационное, материальное и иное обеспечение третейского разбирательства. Общая сумма сбора отличается от суммы государственной пошлины: в некоторых случаях такой сбор может превышать госпошлину. Но в любом случае сумма сбора недостаточна для выплаты достойного вознаграждения третейским судьям высокой квалификации. Поэтому привлечение «авторитетных и известных правоведов, для которых личная репутация и имидж, неподкупность являются особой ценностью» — исключительная редкость;

— решения третейских судов до настоящего времени не формируют общих подходов судей к рассмотрению споров.

* * *

Значение генеральных соглашений для рынка производных финансовых инструментов трудно переоценить. Невнимание к условиям таких соглашений и контрактов, заключенных на их основании, приводит компании к огромным убыткам, а некоторых ставит на грань банкротства.

Стандарты АРБ в скором времени будут опубликованы в печати и предложены участникам рынка для использования на практике. Следовать или нет данной рекомендации — решение, которое будет принимать каждый банк или компания.

На сайте Ассоциации российских банков сказано, что разработанная стандартная документация Примерных условий генерального соглашения призвана упростить процесс заключения конкретных генеральных соглашений и внебиржевых срочных сделок, устранить юридические риски, ускорить процедуру согласования. Представляется, что Стандарты АРБ не достигают этих целей и не решают Основные задачи, а следовательно, не позволят создать цивилизованный внебиржевой рынок производных финансовых инструментов.

А. СЕЛИВАНОВСКИЙ,
доцент кафедры предпринимательского права ГУ-ВШЭ,
старший юрист международной
юридической фирмы Baker & McKenzie,
кандидат юридических наук

¹² Сайт Ассоциации российских банков <http://www.arb.ru/site/judge/> по состоянию на 10.05.2009.