

Х·О·З·Я·Й·С·Т·В·О

ЕЖЕМЕСЯЧНЫЙ
ЮРИДИЧЕСКИЙ
ЖУРНАЛ

ISSN 0134 - 2398

и ПРАВО

8' 2014

В НОМЕРЕ

- КОММЕНТАРИИ
НОВОГО
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА** **А. ЭРДЕЛЕВСКИЙ**
*Новое в основных положениях
Гражданского кодекса РФ о юридических лицах 3*
- Е. ПАВЛОВА**
*Общий обзор последних изменений, внесенных
в главу 70 Гражданского кодекса РФ 10*
- КОРПОРАТИВНОЕ
ПРАВО** **А. ГЛУШЕЦКИЙ**
*Диспозитивность в регулировании корпоративных
отношений в свете реформы гражданского
законодательства 28*
- ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ
СОБСТВЕННОСТЬ** **Э. ГАВРИЛОВ**
*Законодательство об интеллектуальных правах:
новеллы, внесенные Федеральным законом
от 12 марта 2014 года № 35-ФЗ в главу 69 ГК РФ 50*
- Л. НОВОСЕЛОВА**
*О наследовании права на вознаграждение
за служебное изобретение 68*
- АНТИМОНОПОЛЬНОЕ
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО** **С. ПУЗЫРЕВСКИЙ**
*Антиконкурентные соглашения: особенности
квалификации, выявления и предупреждения 77*
- ДОГОВОРЫ:
ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА** **А. СЕЛИВАНОВСКИЙ, Р. СУСЛОВ**
Процентные свопы: бег на месте с препятствиями. . . 92
- ПРЕДПРИЯТИЯ
И НАЛОГИ** **А. РАБИНОВИЧ**
*Нормируются ли суммовые разницы по долговым
обязательствам (комментарий к письму
ФНС России от 25.04.2014 № ГД-4-3/8188@) 109*
- ПРОБЛЕМЫ
ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ** **Д. ДОБРАЧЁВ**
*К вопросу о наложении ареста и обращении
взыскания на денежные средства,
определяемые по курсу иностранной валюты. 113*

ДОГОВОРЫ: ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА

Процентные свопы: бег на месте с препятствиями

АННОТАЦИЯ

В статье анализируются последствия рассмотрения в системе арбитражных судов России дел, касающихся договоров процентного свопа и возможностей их одностороннего расторжения. Авторы подробно исследуют проблематику регулирования договора процентного свопа и ее соотношение с базовыми институтами гражданского права, а также проекты документов, подготовленные ВАС РФ.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: деривативы, процентные свопы, одностороннее расторжение, генеральное соглашение, кредитный рынок, финансовый рынок.

ANNOTATION

In the article the outcome of hearing cases on interest rate swaps and options of their unilateral termination in the Russian arbitrazh courts are analysed. The authors make the integrated research on interest swap issues and their correspondence with essential institutes of Russian civil law and the draft acts prepared by the Supreme Arbitrazh Court of RF as well.

KEY WORDS: derivatives, interest rate swaps, unilateral termination, master agreement, credit market, financial market.

Правовое регулирование отношений, складывающихся в связи с договорами, признаваемыми производными финансовыми инструментами, остается крайне сложной темой современного этапа развития российского права.

В последнее время внимание к данной проблеме было привлечено из-за двух споров из договоров о процентных свопах, заключенных ЗАО «ЮниКредит Банк» с двумя его заемщиками¹.

В развитие указанных дел представитель победившей стороны, то есть заемщиков-истцов, К. Скловский выразил свою точку зрения². 17 сентября 2013 года на сайте Высшего Арбитражного Суда РФ был размещен проект информационного письма Президиума ВАС РФ «Об отдельных вопросах разрешения споров из договоров процентного свопа»³ (далее – Проект ВАС РФ). Кроме того, позицию разработчиков Проекта ВАС РФ кратко изложил Р. Бевзенко⁴. А 24 октября 2013 года текст Проекта ВАС РФ обсуждался на заседании Президиума ВАС РФ⁵, после чего работа над документом продолжилась уже в формате разработки проекта постановления Пленума ВАС РФ⁶.

Дискуссия по указанной теме затрагивает большой круг важных вопросов, на которых, по нашему мнению, целесообразно остановиться подробнее.

¹ Определения ВАС РФ от 23.11.2012 № ВАС-15181/12 по делу № А40-922976/11-46-801 и от 27.03.2013 № ВАС-3788/13 по делу № А40-55358/12-100-391.

² Скловский К. Спор о прекращении договора процентного свопа // Хозяйство и право. 2013. № 5. С. 50-56.

³ Электронный ресурс, URL: http://www.arbitr.ru/_upimg/D3FF66925C711E1FCC9601D3643EFD5E_pract_24_10.pdf [Дата обращения: 30.06.2014]

⁴ http://zakon.ru/Blogs/akcessornost_svopa_informacionnaya_disproporciya_i_odnostoronnij_otkaz_ot_obyazatelstva_v_proekte_in/8191

⁵ Запись обсуждения доступна для просмотра по адресу <https://www.youtube.com/watch?v=MYd0zbPnsuA>

⁶ Проект Информационного письма Президиума ВАС РФ «Об отдельных вопросах разрешения споров из договоров процентного свопа» // Электронный ресурс, URL: <http://www.arbitr.ru/vas/proj/> [Дата обращения: 30.06.2014]

Достаточность судебной практики для обобщения

Начнем с процессуального вопроса, имеющего, на наш взгляд, существенное значение.

В соответствии со ст. 16 Федерального конституционного закона от 28.04.1995 № 1-ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации» (далее – Закон об арбитражных судах) Президиум ВАС РФ (от имени которого первоначально планировалось выпустить Информационное письмо) рассматривал отдельные вопросы судебной практики и о полученных результатах информировал арбитражные суды в Российской Федерации. Пленум ВАС РФ обобщал практику применения законов и иных нормативных правовых актов арбитражными судами и давал разъяснения по вопросам судебной практики (подп. 1 п. 1 ст. 13 Закона об арбитражных судах).

Таким образом, предметом разъяснений Пленума ВАС РФ могли быть лишь вопросы, возникшие при рассмотрении реальных судебных дел.

Вступившие в силу с 6 августа 2014 года изменения в процессуальное законодательство, связанные с упразднением ВАС РФ⁷, также уполномочивают Президиум Верховного Суда РФ рассматривать отдельные вопросы судебной практики, а Пленум ВС РФ – материалы анализа и обобщения судебной практики соответственно. На основе такого анализа и обобщения Пленум ВС РФ дает судам разъяснения по вопросам судебной практики.

При этом Проект ВАС РФ был подготовлен на основании лишь двух дел, рассмотренных судами четырех инстанций, которые пришли к абсолютно одинаковым выводам. Иными словами, их решения единообразны. Это следует из анализа данных картотеки арбитражных дел и подтверждается высказываниями Р. Бевзенко: «Два недавних дела по процентным свопам – дело Агро-терминал и Эрмитаж Девелопмент – были разрешены судами, на мой взгляд, правильно по существу, но, опять же на мой личный взгляд, аргументация судов в судебных актах по этим делам довольно спорная»⁸.

Отметим, что Проект ВАС РФ содержит шесть пунктов:

- 1) о соглашениях о процентных свопах;
- 2) о примерных условиях;
- 3) о расторжении договоров о процентных свопах и генеральных соглашениях;
- 4) о профессиональных участниках и клиентах;
- 5) о цели сделки, особенностях расторжения договора процентного свопа;
- 6) о применении новых правовых позиций Проекта ВАС РФ.

Первые три пункта разъясняют отдельные вопросы судебной практики, практики применения законов и иных нормативных правовых актов. Однако «рекомендации» Проекта ВАС РФ диаметрально противоположны позициям,

⁷ См.: Федеральный конституционный закон от 05.02.2014 № 3-ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации»; Федеральный конституционный закон от 05.02.2014 № 4-ФКЗ «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон «О судебной системе Российской Федерации».

⁸ См. указанный блог на zakon.ru.

изложенным в вынесенных арбитражными судами решениях, на которых основан Проект. Следовательно, если и целесообразно обобщать практику по данному вопросу, логично было бы придерживаться выводов судов нижестоящих инстанций.

Позиции, изложенные в пп. 4 и 5 Проекта ВАС РФ, в принципе не имеют отношения к существующей судебной практике, так как указанные вопросы не отражены в соответствующих базовых решениях.

Представляется, что независимо от того, какой именно судебный орган принимает соответствующий проект, недопустимо формировать судебную практику методом рекомендаций, не основанных на актуальной практике, сформированной внутри судебной системы при рассмотрении конкретных дел.

Понятие процентного свопа

Положение о видах производных финансовых инструментов, утвержденное приказом ФСФР России от 04.03.2010 № 10-13/пз-н, определяет (п. 12) лишь общее понятие «своп договор (контракт)». Легальной дефиниции «процентного свопа» или «договора процентного свопа» в нормативных правовых актах не содержится.

По договору процентного свопа (Interest Rate Swap – IRS) в течение определенного срока (обычно несколько лет) стороны «обмениваются» платежами: одна сторона платит другой процентные платежи по фиксированной ставке, а другая – по плавающей ставке, при этом проценты «начисляются» на одну сумму. Очевидно, что стороны не перечисляют друг другу денежные средства в полном объеме и после расчета сумм взаимных обязательств переводу подлежит только сумма разницы между двумя расчетными суммами. Иными словами, по договору процентного свопа в каждом периоде совершается только одна сделка на разницу в суммах платежей.

Продемонстрируем данную конструкцию на примере свопа, заключенного в одном из упомянутых дел с ЗАО «ЮниКредит Банк» (далее – Банк).



Дело ООО «Агротерминал». Из постановления ФАС Московского округа от 30.01.2013 по делу № А40-55358/12-100-391 следует, что в 2010 году ООО «Агротерминал» и Банк заключили Соглашение об общих условиях совершения сделок с производными финансовыми инструментами с клиентами банка. В марте 2011 года те же стороны заключили договор процентного свопа (IRSTransaction), по которому плательщиком по фиксированной ставке было ООО «Агротерминал», а по референсной (USDLIBOR за три месяца) – Банк. В рамках общего срока сделки предусматривались так называемые даты валютирования, то есть даты проведения взаиморасчетов, которые наступали с периодичностью в квартал. За два рабочих дня до наступления даты валютирования происходила фиксация референсной ставки для определения суммы выплат и обязанной стороны.

Цель заключения договора процентного свопа

Чрезвычайно распространено мнение о спекулятивном характере договора процентного свопа и иных подобных сделок, в том числе данной позиции придерживается К. Скловский. Негативный акцент в характеристике производных

финансовых инструментов скорее проистекает из советского прошлого, когда спекуляция считалась преступлением. Представляется, что существующие в России недостатки регулирования предпринимательской деятельности вряд ли могут быть преодолены обращением к ярлыкам социалистической экономики.

В современной действительности «спекулянт» на финансовом рынке — это лишь один из его участников наряду с «хеджером» и «арбитражером». Спекулянт — это лицо, стремящееся получить прибыль за счет разницы в курсовой стоимости финансовых активов, которая может возникнуть во времени⁹. Более того, одно и то же лицо может быть по одной сделке «спекулянтом», а по другой — «хеджером». Не стоит забывать, что и рассматриваемые судебные дела, и существующая деловая практика демонстрируют, что отношения из производного финансового инструмента зачастую возникают в рамках отношений кредитора и заемщика. Поэтому указание на исключительно спекулятивный характер данного договора является, помимо прочего, сомнительным с терминологической точки зрения.

Процентные деривативы используются для управления риском изменения плавающей процентной ставки.



В делах ООО «Агротерминал» и ООО «Эрмитаж Девелопмент» заемщики Банка изначально привлекли кредиты в долларах США по плавающей ставке LIBOR по трехмесячным кредитам. Заключением договора процентного свопа стороны фактически зафиксировали процентную ставку по кредиту на определенном уровне.

Из решений по делу ООО «Агротерминал» видно, что в августе 2008 года Банк и ООО «Агротерминал» подписали договор о выдаче кредита в сумме 45 700 000 долларов США со сроком погашения в феврале 2015 года. Процентная ставка определена формулой LIBOR + 7,75% годовых. В октябре 2010 года были внесены изменения: уточнена сумма кредита — 42 388 414 долларов США, а ставка была уменьшена до LIBOR + 5,25% годовых.

В октябре 2010 года Банк и ООО «Агротерминал» заключили соглашение об общих условиях совершения сделок с производными финансовыми инструментами, а на его основе в мае 2011 года и договор процентного свопа (IRS). В IRS стороны определили, что фиксированная ставка будет составлять 4,33%, референсная ставка будет определяться LIBOR за три месяца, а дата валютирования будет наступать 19-го числа раз в квартал.

Таким образом, фактически ставка по кредиту, привлеченному ООО «Агротерминал» от Банка, была зафиксирована на уровне 9,59% годовых.

На первый взгляд обозначенная схема отвечает исключительно интересам Банка, что подчеркивает К. Скловский, рассуждая о навязывании условий договора процентного свопа заемщику. При этом опускается тот факт, что процентный своп точно так же «страхует» заемщика — контрагента Банка от непредвиденного увеличения плавающей ставки по кредиту.



В декабре 2011 года LIBOR составлял 0,53%, выплаты ООО «Агротерминал» включали: по кредиту 5,78% (5,25 + 0,53), а по свопу 3,81% (4,34 – 0,53). В общем итоге ООО «Агротерминал» фактически выплачивало проценты в размере 9,59% (5,78 + 3,81).

⁹ Хеджер — лицо, страхующее ценовой риск (изменение товарных цен, процентных ставок, курсов валют и т.п.). Под арбитражером обычно понимают лицо, извлекающее прибыль за счет одновременной покупки и продажи одного и того же актива на разных рынках (в результате цена на актив выравнивается).

Определения даны на основе следующей публикации: Буренин А. Н. Форварды, фьючерсы, опционы, экзотические и погодные производные. — М.: НТО, 2011. С. 6.

шагом назад в восприятии российским правом всех операций с производными финансовыми инструментами. Ведь в известном «позитивном» определении от 16.12.2002 № 282-О Конституционный Суд РФ исходил из того, что риски по дериватам не могут рассматриваться как обычные предпринимательские риски. Тем самым судам было предоставлено право оценивать юридическую природу сделки и решать вопрос о возможности удовлетворения требований по ней на основе исследования как формальной стороны, так и действительно содержания, существа сделки.

Таким образом, указание на необходимость квалификации свопов в качестве спекулятивных сделок в значительной степени возвращает юридическое сообщество на десять лет назад к названному переходному определению КС РФ, значение которого было нивелировано законодательными поправками.

Как справедливо заметил Г. Гаджиев, определение предпринимательской деятельности, содержащееся в ст. 2 ГК РФ, не преследует цели охватить все ее разновидности, в то время как Конституцией РФ допускается осуществление любой прямо не запрещенной законом экономической деятельности¹¹.

Также и Г. Шершеневич указывал: «Весьма трудно уловить признаки, отличающие реальную сделку от чистой сделки на разницу»¹².

В полном соответствии с подходом десятилетней давности в Проекте ВАС РФ неоднократно звучит тема «цели сделки» («в целях получения выгоды», «главной целью является...»). В связи с этим возникают закономерные вопросы: зачем ВАС РФ в принципе стремится определить цель сделки вместо самих контрагентов? Почему, по словам К. Скловского, спекулятивная природа сделки позволяет запретить ее расторжение?

Даже если процентный своп и не связан напрямую с кредитом (как это было в рассматриваемых судебных делах), сторонами договора являются коммерческие организации, ведущие предпринимательскую деятельность и принимающие на себя коммерческие риски. Заключение договора может быть связано с попыткой хозяйствующего субъекта «захеджировать» свои риски в целом, без прямой связи с конкретным договором¹³, или получить иную выгоду. Документально подтвердить свои цели, как правило, невозможно.



В этом отношении положительно воспринимается судебное решение по налоговому спору, связанному с Генеральным соглашением ISDA и договором об опционе, заключенным на его основании (постановление ФАС Уральского округа от 17.08.2011 № Ф09-4954/11 по делу № А60-33632/10). В указанном деле суд придерживался правовой позиции КС РФ, выраженной в постановлении от 24.02.2004 № 3-П, согласно которому судебный контроль не призван проверять экономическую целесообразность решений, принимаемых субъектами предпринимательской деятельности, которые в сфере бизнеса обладают самостоятельностью и широкой дискрецией.

¹¹ См.: мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации Г. А. Гаджиева к Определению Конституционного Суда Российской Федерации от 16 декабря 2002 г. № 282-О // СПС КонсультантПлюс. Судебная практика.

¹² Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. — М.: Издание Бр. Башмаковых, 1911.

¹³ К вопросу «связанности» процентного свопа с кредитным договором мы еще вернемся далее.

Стороны договора процентного свопа

В связи с делами ООО «Агротерминал» и ООО «Эрмитаж Девелопмент» вновь возникла важная дискуссия о «слабой стороне» в договоре. Если в целом выделение такого понятия видится нам верным, то к его вольному использованию все же следует подходить осторожно.

В Проекте ВАС РФ (п. 4) внимание судов концентрируется на спорах между так называемыми «профессионалами в сфере финансовых рынков» и «непрофессионалами».

Действующее законодательство не содержит понятия «профессионал в сфере финансовых рынков». ВАС РФ считает необходимым причислить к этой категории и квалифицированных инвесторов (ст. 51² Федерального закона от 22.04.1996 № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг», далее — Закон о рынке ценных бумаг; клиринговые организации; кредитные организации; акционерные инвестиционные фонды; управляющие компании инвестиционных и негосударственных пенсионных фондов; негосударственные пенсионные фонды; страховые организации; некоммерческие организации в форме фондов, которые относятся к инфраструктуре поддержки субъектов малого и среднего предпринимательства; Банк России; государственные корпорации «Банк развития и внешнеэкономической деятельности (Внешэкономбанк)», Агентство по страхованию вкладов, Российская корпорация нанотехнологий (далее — Роснано); международные финансовые организации, в том числе Мировой банк, Международный валютный фонд и т.д.; иные лица, отнесенные к квалифицированным инвесторам федеральными законами.

Суд также может признать профессионалами лиц, которые ранее имели опыт совершения сделок, относящихся к тому же виду производных финансовых инструментов с аналогичным типом базового актива (п. 4 Проекта ВАС РФ). Например, с учетом фактических обстоятельств дела предлагается, чтобы суд мог относить к профессионалам и иных лиц, имеющих опыт заключения сделок IRS.

В свою очередь, контрагент профессионала, не являющийся профессионалом, признается в Проекте ВАС РФ клиентом (п. 4).

В ситуации «профессионал-клиент» в Проекте ВАС РФ клиент рассматривается в качестве слабой стороны по договору и фактически формулируется новый блок регулирования¹⁴:

- ✓ на профессионала возлагается обязанность по раскрытию клиенту информации, касающейся экономического существа и возможных последствий использования соответствующего вида производного инструмента¹⁵ на предлагаемых контрагенту условиях;
- ✓ клиент наделяется правом на расторжение договора и возмещение убытков от профессионала в случае, если профессионал предлагал

¹⁴ На отношения между профессионалами разъяснения ВАС РФ, вероятно, не должны распространяться.

¹⁵ Обращаем внимание, что в рассматриваемой части Проекта ВАС РФ устанавливается регулирование не только для процентных свопов, но и для любых производных финансовых инструментов.

Таки
совом
потреби

Нам

Перв

не всег

ставлят

Росс

ющихся

требите

Обра

финанс

деляют

бителей

ничным

правила

Если

екта ВА

контраг

ся «potr

своих ин

ной — ба

шек», пр

Второ

ния для

финансо

об инве

годателе

инвести

вые услу

законода

финансо

Анали

будут пр

представ

¹⁶ Напри

«О рынках ф

Директиву 20

(далее — Дир

¹⁷ ООО «

складским ко

¹⁸ Склово

клиенту договор на крайне рискованных для клиента условиях, не соответствующих объективной готовности клиента к такому риску, и не раскрыл указанную информацию.

Таким образом, в Проекте ВАС РФ для клиентов профессионалов на финансовом рынке вводится режим защиты прав, близкий к предусмотренному для потребителей товаров, работ и услуг.

Нам представляется, что такое решение неверно по нескольким причинам.

Первое. Клиент профессионального участника финансового рынка далеко не всегда может быть причислен к «потребителям», которым следует предоставлять столь высокий уровень защиты.

Российский законодатель максимально защищает физических лиц, не являющихся предпринимателями. При этом юридические лица не относятся к потребителям.

Обращение к европейским директивам в части защиты прав «потребителей финансовых услуг»¹⁶ показывает, что клиенты инвестиционных фирм подразделяются на профессиональных и розничных. Для профессиональных потребителей установлены определенные критерии, остальные признаются розничными. И только в отношении розничных клиентов вводятся специальные правила.

Если обратиться к спорам, послужившим поводом для разработки Проекта ВАС РФ, и обратить внимание на суммы кредитов, становится ясно, что контрагенты Банка — крупные компании, которые очевидно не могут считаться «потребителями»¹⁷. Эти компании имеют достаточные ресурсы для защиты своих интересов. Довод о «простодушии» клиентов¹⁸, которым сильной стороной — банком против воли навязан договор процентного свопа, полный «ловушек», представляется несостоятельным.

Второе. В действующем законодательстве РФ отсутствуют правовые основания для отождествления «квалифицированного инвестора» и «профессионала финансового рынка». Из самого термина видно, что в законе говорится именно об инвесторе, в то время как в Проекте ВАС РФ — о профессиональном «услугодателе». Признание инвестора квалифицированным дает лицу возможность инвестировать средства в высокорисковые активы, а не предоставлять финансовые услуги неквалифицированным инвесторам. У приведенного толкования нет законодательной базы, что лишь вносит путаницу в юридическую терминологию финансового рынка, которую в России и так нельзя признать устойчивой.

Анализ предлагаемого списка квалифицированных инвесторов, которые будут приравнены к профессионалам на финансовом рынке, показывает, что представляется маловероятным заключение договора процентного свопа,

¹⁶ Например, Директива Европейского Парламента и Совета ЕС 2004/39/ЕС от 21 апреля 2004 года «О рынках финансовых инструментов и внесении изменений в Директивы 85/611/ЕЭС Совета ЕС, 93/6/ЕЭС, Директиву 2000/12/ЕС Европейского Парламента и Совета ЕС, а также об отмене Директивы 93/22/ЕЭС Совета ЕС (далее — Директива 2004/39/ЕС).

¹⁷ ООО «Эрмитаж Девелопмент» строит недвижимость в Париже, ООО «Агротерминал» является крупным складским комплексом в Подмоскowie.

¹⁸ Склоковский К. Указ. соч. С. 55.

например, Агентством по страхованию вкладов или Роснано в качестве профессионала с каким-либо непрофессиональным клиентом. Если же и составлять подобный перечень, то в перечислении профессионалов можно было ограничиться кредитными организациями и брокерами и, возможно, лицами, соответствующими критериям, закрепленным в пп. 4, 5 ст. 51² Закона о рынке ценных бумаг. Наконец, очевидным выходом стало бы простое обозначение профессионалов в тексте самого Проекта ВАС РФ либо определение в нем критериев отнесения лица к профессионалам.

Третье. Вопрос о том, кого считать «профессионалом финансового рынка», вовсе не теоретический. При признании лица таким профессионалом на него законом должны возлагаться определенные ограничения, в том числе касающиеся включения в договор с непрофессионалом несправедливых условий (условий, являющихся явно обременительными для контрагента профессионала и существенным образом нарушающих баланс интересов сторон).

Данную проблему регулируют многие правовые акты, Европейский Союз принял ряд директив, направленных на противодействие несправедливым условиям (Директива № 93/13/ЕЭС Совета Европейских Сообществ «О несправедливых условиях в договорах с потребителями» (Люксембург, 5 апреля 1993 г.)¹⁹, уже упоминавшаяся Директива 2004/39/ЕС и др.). От указанных условий российские законодатель, правоприменители и суды защищают потребителей товаров, работ, услуг²⁰. В последние годы особое внимание уделяется защите прав потребителей банковских услуг²¹. Однако отличным от потребителей контрагентам по финансовым услугам, включая услуги на фондовом рынке и рынке производных финансовых инструментов, защиты от несправедливых условий договора ни закон, ни компетентные органы, ни суды не предоставляют.

ВАС РФ подчеркнул недопустимость недобросовестной практики включения в договоры несправедливых условий в отношении всех «предпринимательских» договоров, указав в п. 9 постановления Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах», что к договорам с названными условиями суд вправе применить положения п. 2 ст. 428 ГК РФ о договорах присоединения, изменив или расторгнув соответствующий договор по требованию слабой стороны. Базируясь на одном из главных принципов гражданского права: никто не вправе извлекать преимущество из своего недобросовестного поведения (п. 4 ст. 1 ГК РФ), — ВАС РФ указал, что слабая сторона договора вправе заявить о недопустимости применения несправедливых договорных условий на основании ст. 10 ГК РФ или о ничтожности таких условий по ст. 169 ГК РФ.

¹⁹ В СПС «КонсультантПлюс» размещен русский перевод данной Директивы.

²⁰ Закон РФ от 07.02.1992 № 2300-1 «О защите прав потребителей».

²¹ Приняты изменения в ст. 29 Федерального закона «О банках и банковской деятельности» (Федеральные законы от 01.07.2010 № 148-ФЗ «О внесении изменений в статьи 13¹ и 29 Федерального закона «О банках и банковской деятельности», от 15.02.2010 № 11-ФЗ «О внесении изменений в статью 29 Федерального закона «О банках и банковской деятельности»), Обзор судебной практики по некоторым вопросам, связанным с применением к банкам административной ответственности за нарушение законодательства о защите прав потребителей при заключении кредитных договоров (Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 13.09.2011 № 146), Федеральный закон от 21.12.2013 № 353-ФЗ «О потребительском кредите (займе)».

Высказывается мнение, что наличие в большинстве договоров процентного свопа сильной стороны приводит к навязыванию данного продукта слабому заемщику. В связи с этим, подчеркивает К. Скловский, клиенты только рады дальнейшему развитию практики расторжения такого договора без выплаты ликвидационной суммы. Ведь без заключения договора процентного свопа заемщик не получают кредит, о чем его зачастую уведомляют за день до первого транша.

Очевидно, что любая возможность не уплатить способна вызывать только восторженное настроение у должников. В рассматриваемых судебных делах инициатива по фиксации кредитной ставки с помощью процентного свопа, вероятнее всего, исходила именно от заемщиков, а не от «сильной стороны» — банка. Рассуждения о навязывании какого-либо договора, как представляется, обычно свидетельствуют о неготовности существующей правовой системы регулировать сложные правовые отношения. Разумеется, в любом случае проще признать договор изначально навязанным и принять сторону «слабого» контрагента, чем исследовать обстоятельства дела.

Введение обязанности по раскрытию информации

В Проекте ВАС РФ предполагается возложение на профессионала в сфере финансового рынка обязанности по раскрытию информации об экономической и юридической сущности заключаемого производного финансового инструмента, а также о возможных последствиях такого заключения. Прежде всего, стоит напомнить, что договор процентного свопа, которому вообще-то и посвящен Проект, — лишь один из видов производных финансовых инструментов. Требование о предоставлении подобного рода информации применительно к производным финансовым инструментам законодательством не предусмотрено.

Да и на самом деле это вряд ли защитит «клиента», поскольку уже сейчас практически все банки перед подписанием анализируемых соглашений передают информацию о рисках и возможной динамике отношений по договору. Клиенты, которые стремятся как можно быстрее получить заемный капитал, подписывают эти уведомления о рисках, как правило, не читая. Кроме того, если признать непрофессионализм клиента в области финансового рынка, то кажется сомнительным, что подписание многостраничного документа с информацией о процентном свопе повысит его профессионализм и позволит клиенту принять взвешенное решение о заключении договора.

Наконец, «финансовые рынки в целом непредсказуемы, в них можно найти лишь различные сценарии»²², поэтому информация о будущих значениях плавающих курсов, процентных ставках и ценах не бывает точной, она меняется день ото дня. Соответственно если информацию раскрыли 5 сентября,

²² Джордж Сорос // Электронный ресурс, URL: http://thinkexist.com/quotes/george_soros/ [Дата обращения: 30.06.2014]

а договор подписали 10 сентября, то информацию уже нельзя считать корректной. Как раз негативные «сценарии» изменения курса LIBOR привели к желанию заемщика зафиксировать проценты по кредитному договору. Вариантом такой фиксации стало не изменение условий кредитного договора, а дополнительное заключение договора процентного свопа.

Авторы Проекта ВАС РФ, подчеркивая его соответствие лучшим образцам зарубежной практики, утверждают, что источником вдохновения для них «... послужила позиция Верховного Суда Германии по делу Дойче Банка (дело Ille Papier-Service GmbH от 22.03.11, BGH, XI ZR 33/10), в котором обсуждается обязанность банка честно раскрывать информацию клиенту о финансовых рисках».

Представляется, что данное дело не относится к рассматриваемым случаям по следующим причинам:

- в немецком деле банк «активно продавал» свой продукт, в деле ЗАО «ЮниКредит Банк» активной продажи не было хотя бы потому, что иначе судебных разбирательств оказалось бы значительно больше, чем два;
- в деле Дойче Банка речь шла о **сложных** процентных деривативах (финансовый инструмент включал, в частности, плавающую ставку, зависевшую от спреда между двух- и десятилетними ставками денежного рынка Euribor). В делах ЗАО «ЮниКредит Банк» использовался “vanilla product” – простой процентный своп.

Тем не менее разработчики Проекта ВАС РФ настаивают, что необходимо обязать профессионалов финансового рынка «в ясной и не “формальной” манере донести < ... > информацию о том, что оговариваемый в контракте “неограниченный риск потерь” может быть не только “теоретическим”, но при определенных неблагоприятных обстоятельствах – при соответствующем изменении показателей базового актива – реальным и, более того, разорительным для клиента»²³.

Признавая, что при асимметрии информации о последствиях заключения высокорискованных договоров более информированная сторона обязана давать сведения менее информированной, надлежит подчеркнуть, что порядок и условия осуществления такой обязанности должны быть предусмотрены законом. В противном случае вольная трактовка уровня надлежащего информирования о производном финансовом инструменте станет уже судебским «оружием массового уничтожения» для банковской системы.

Право на одностороннее расторжение генерального соглашения

Договор процентного свопа, как и иные договоры, признаваемые производными финансовыми инструментами (например, FRA – Forward Rate Agreement), заключается на основании генерального соглашения.

²³ http://zakon.ru/Blogs/akcessornost_svopa_informacionnaya_disproporciya_i_odnostoronnij_otkaz_ot_obyazatelstva_v_proekte_in/8191



Заключение генерального соглашения предполагает, что согласование конкретных условий отдельных производных финансовых инструментов будет в дальнейшем осуществляться в специальных договорах, которые зачастую именуются договорами-приложениями или подтверждениями. После заключения сторонами конкретного договора, в данном случае процентного свопа, он будет подчиняться правилам и условиям, определенным в генеральном соглашении, и будет составлять с соглашением единый договор (single agreement).

Немногочисленная судебная практика, в том числе рассматриваемые дела, позволяет продемонстрировать, что суды все же положительно воспринимают концепцию единого договора. Так, сущность генерального соглашения и соотношение с заключенными на его основе отдельными договорами входили в предмет рассмотрения одного из судебных споров²⁴, при этом удалось доказать, что существование взаимной связи между сделками, заключенными на основе генерального соглашения, вовсе не дает оснований полагать, что все заключенные сделки являются взаимосвязанными. Соответственно концепция единого договора применима в строго определенных случаях (в частности, досрочное прекращение договоров) и не влияет на самостоятельный характер проводимых операций.

Положительным моментом в случае принятия Проекта ВАС РФ может стать прямое указание на возможность определения условий договора свопа примерными условиями договоров саморегулируемых и иных некоммерческих организаций. Более того, в п. 7 постановления Пленума ВАС РФ «О свободе договора и ее пределах» уже подчеркивается правомерность такого структурирования договорных отношений применительно ко всем типам сделок. И даже если в договоре отсутствует ссылка на примерные условия, они могут применяться в качестве обычаев.

Примерные условия срочных сделок предусматривают подробное регулирование случаев досрочного прекращения обязательств по производным финансовым инструментам вследствие нарушения обязательств, банкротства контрагента или иного предусмотренного договором основания. В таких ситуациях прекращаются все заключенные сделки и происходит расчет ликвидационной суммы на основе специальных механизмов, оценивающих требования, которые к моменту прекращения еще не возникли.



В рассматриваемых делах ЗАО «ЮниКредит Банк» ключевым стал вопрос об одностороннем расторжении Генерального соглашения и заключенных на его основе договоров с помощью попыток анализа двусмысленных договорных положений. Прежде всего, в договорах отсутствовала взаимосвязь досрочного прекращения и одностороннего расторжения, которая позволила бы распространить на последнее правила о необходимости уплаты ликвидационной суммы. Кроме того, опция по досрочному расторжению могла быть реализована только после того, как будет установлено полное исполнение всех обязательств по всем сделкам.

²⁴ Решение Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 25.12.2009 по делу №А56-50666/2009. Электронный ресурс. URL: <http://kad.arbitr.ru/> [Дата обращения: 18.04.2013]

а договор подписали 10 сентября, то информацию уже нельзя считать корректной. Как раз негативные «сценарии» изменения курса LIBOR привели к желанию заемщика зафиксировать проценты по кредитному договору. Вариантом такой фиксации стало не изменение условий кредитного договора, а дополнительное заключение договора процентного свопа.

Авторы Проекта ВАС РФ, подчеркивая его соответствие лучшим образцам зарубежной практики, утверждают, что источником вдохновения для них «... послужила позиция Верховного Суда Германии по делу Дойче Банка (дело Ille Papier-Service GmbH от 22.03.11, BGH, XI ZR 33/10), в котором обсуждается обязанность банка честно раскрывать информацию клиенту о финансовых рисках».

Представляется, что данное дело не относится к рассматриваемым случаям по следующим причинам:

- в немецком деле банк «активно продавал» свой продукт, в деле ЗАО «ЮниКредит Банк» активной продажи не было хотя бы потому, что иначе судебных разбирательств оказалось бы значительно больше, чем два;
- в деле Дойче Банка речь шла о **сложных** процентных деривативах (финансовый инструмент включал, в частности, плавающую ставку, зависевшую от спреда между двух- и десятилетними ставками денежного рынка Euribor). В делах ЗАО «ЮниКредит Банк» использовался «vanilla product» — простой процентный своп.

Тем не менее разработчики Проекта ВАС РФ настаивают, что необходимо обязать профессионалов финансового рынка «в ясной и не "формальной" манере донести < ... > информацию о том, что оговариваемый в контракте "неограниченный риск потерь" может быть не только "теоретическим", но при определенных неблагоприятных обстоятельствах — при соответствующем изменении показателей базового актива — реальным и, более того, разорительным для клиента»²³.

Признавая, что при асимметрии информации о последствиях заключения высокорискованных договоров более информированная сторона обязана давать сведения менее информированной, надлежит подчеркнуть, что порядок и условия осуществления такой обязанности должны быть предусмотрены законом. В противном случае вольная трактовка уровня надлежащего информирования о производном финансовом инструменте станет уже судебским «оружием массового уничтожения» для банковской системы.

Право на одностороннее расторжение генерального соглашения

Договор процентного свопа, как и иные договоры, признаваемые производными финансовыми инструментами (например, FRA — Forward Rate Agreement), заключается на основании генерального соглашения.

²³ http://zakon.ru/Blogs/akcessornost_svopa_informacionnaya_disproporcija_i_odnostoronnij_otkaz_ot_obyazatelstva_v_proekte_in/8191

Заключение генерального соглашения предполагает, что согласование конкретных условий отдельных производных финансовых инструментов будет в дальнейшем осуществляться в специальных договорах, которые зачастую именуются договорами-приложениями или подтверждениями. После заключения сторонами конкретного договора, в данном случае процентного свопа, он будет подчиняться правилам и условиям, определенным в генеральном соглашении, и будет составлять с соглашением единый договор (single agreement).

Немногочисленная судебная практика, в том числе рассматриваемые дела, позволяет продемонстрировать, что суды все же положительно воспринимают концепцию единого договора. Так, сущность генерального соглашения и соотношение с заключенными на его основе отдельными договорами входили в предмет рассмотрения одного из судебных споров²⁴, при этом удалось доказать, что существование взаимной связи между сделками, заключенными на основе генерального соглашения, вовсе не дает оснований полагать, что все заключенные сделки являются взаимосвязанными. Соответственно концепция единого договора применима в строго определенных случаях (в частности, досрочное прекращение договоров) и не влияет на самостоятельный характер проводимых операций.

Положительным моментом в случае принятия Проекта ВАС РФ может стать прямое указание на возможность определения условий договора свопа примерными условиями договоров саморегулируемых и иных некоммерческих организаций. Более того, в п. 7 постановления Пленума ВАС РФ «О свободе договора и ее пределах» уже подчеркивается правомерность такого структурирования договорных отношений применительно ко всем типам сделок. И даже если в договоре отсутствует ссылка на примерные условия, они могут применяться в качестве обычаев.

Примерные условия срочных сделок предусматривают подробное регулирование случаев досрочного прекращения обязательств по производным финансовым инструментам вследствие нарушения обязательств, банкротства контрагента или иного предусмотренного договором основания. В таких ситуациях прекращаются все заключенные сделки и происходит расчет ликвидационной суммы на основе специальных механизмов, оценивающих требования, которые к моменту прекращения еще не возникли.



В рассматриваемых делах ЗАО «ЮниКредит Банк» ключевым стал вопрос об одностороннем расторжении Генерального соглашения и заключенных на его основе договоров с помощью попыток анализа двусмысленных договорных положений. Прежде всего, в договорах отсутствовала взаимосвязь досрочного прекращения и одностороннего расторжения, которая позволила бы распространить на последнее правила о необходимости уплаты ликвидационной суммы. Кроме того, опция по досрочному расторжению могла быть реализована только после того, как будет установлено полное исполнение всех обязательств по всем сделкам.

²⁴ Решение Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 25.12.2009 по делу №А56-50666/2009. Электронный ресурс, URL: <http://kad.arbitr.ru/> [Дата обращения: 18.04.2013]

Судебные органы признали возможность одностороннего расторжения генерального соглашения без выплаты ликвидационной суммы и при наличии обязательств, срок исполнения которых не наступил. Безусловно, данному решению способствовало не самое удачное формулирование условий заключенного генерального соглашения, что подтолкнуло НАУФОР к внесению в стандартную форму генерального соглашения изменений, которые предусмотрели невозможность одностороннего расторжения при наличии сделок, срок исполнения которых не наступил, и сделок, срок действия которых не истек.

При этом суд в каждом из дел не рассматривал довод Банка о том, что термин «неисполненные» следует рассматривать в качестве «существующие», то есть обязательства, по которым: 1) наступила дата валютирования и не была уплачена требуемая сумма, а также 2) обязательства, по которым срок исполнения не наступил, но ликвидационную стоимость которых можно оценить на основе замещающих сделок. Факт отсутствия неисполненных обязательств квалифицировался исключительно по первому из обозначенных пунктов, что по логике буквального толкования в целом видится верным. Правда, не стоит забывать, что буквальное толкование устанавливается путем сопоставления неясного условия с другими условиями и смыслом договора.

Действительно ли по российскому праву обязательство, сумма платежа по которому устанавливается в определенный срок, возникает исключительно при наступлении этого срока?

Наличие обязательств и обязанностей по уплате денег. Условие о платеже и «неисполненные обязательства»

Обязательства по договорам процентного свопа носят денежный характер.



Еще Л. Лунц, известный своими работами по денежным обязательствам и деньгам как объектам гражданского права, замечал: «Всякое денежное обязательство всегда выражено или может быть выражено в некоторой сумме денежных единиц или, иначе говоря, сумма денежных знаков, составляющих предмет денежного обязательства, является всегда определенной либо определимой»²⁵.

Следует сделать вывод, что, исходя из названных характеристик денежного обязательства; неопределенности относительного того, какая из сторон по сделке является кредитором, а кто должником; невозможности заранее установить сумму обязательства, обязательство по сделке своп появляется в крайнем случае в дату фиксинга. Согласно договорам-приложениям это за два рабочих дня до даты валютирования.

В судебных решениях и статье К. Скловского указывается на дату валютирования, но она позволяет определить, исполнено ли возникшее в дату фиксинга обязательство. Полагаем, что это неверно: денежное обязательство есть, его размер определяется в дату фиксинга. В противном случае реально возникновение ситуации, когда банк выдал кредит на три года, а через два года заемщик расторгает договор и утверждает, что ничего не должен, так как срок не наступил.

²⁵ Лунц Л. А. Денежное обязательство в гражданском и коллизионном праве капиталистических стран. — М.: Статут, 2004. С. 155.



Л. Лунц отмечал, что существуют денежные обязательства, сумма денежных знаков в которых является лишь определенной. В частности, он приводит пример обязательства по возмещению убытков: денежное обязательство, сумма которого остается неопределенной (но определенной) до тех пор, пока суд не установит эту сумму в соответствующем решении. С того момента, как состоялось судебное решение, фиксирующее сумму убытков, налицо денежное обязательство, выраженное определенной суммой.

В итоге ВАС РФ в рассматриваемом Проекте истолковал положения об обязательствах в ключе приведенных теоретических воззрений. Несмотря на указанные ранее коренные недостатки Проекта ВАС РФ, его разработчики приходят к верному выводу (абз. 3 п. 1): «Законодательством не ограничивается возможность установления взаимного обязательства, по которому окончательная сумма долга и сторона, обязанная уплатить эту сумму, определяются в зависимости от значения переменной величины (либо по формуле, элементом которой является переменная величина) на определенную соглашением сторон дату. Такое обязательство возникает с момента заключения сторонами договора (статьи 432, 433 ГК РФ), состоит в том, что каждая из сторон обязуется исполнить его на оговоренных условиях после наступления соответствующей даты, и прекращается только в связи с его надлежащим исполнением (статья 408 ГК РФ) либо по другим основаниям, установленным законом или договором (статья 407 ГК РФ)».

Таким образом, применительно к договору процентного свопа наличие обязательства можно установить даже не в дату фиксинга, а в дату заключения соответствующего договора-приложения.

Об «акцессорности» свопов

В связи с Проектом ВАС РФ возникает еще одна важная тема, которую Р. Бевзенко обозначил как «акцессорность» свопов: «... если будет установлен акцессорный (обеспечительный) характер свопа (например, этот договор заключался вместе в кредитным договором и имел целью минимизировать риски заемщика), то эта производная сделка может быть прекращена в случае отпадения оснований покупки свопа (например, кредит не был выбран полностью или возвращен досрочно)»²⁶.

Есть несколько позиций, с которыми мы не можем согласиться.

Во-первых, процентный своп не является обеспечением кредитного обязательства: процентные свопы защищают от процентного риска, связанного с колебаниями плавающей ставки по кредиту, а не от кредитного риска, связанного с возможностью неисполнения заемщиком его обязанности.

Во-вторых, в отсутствие законодательных предписаний только стороны вправе определить «связанность» кредита и свопа путем соответствующего указания на эту связанность в договоре. Если же данное условие не обозначено, нельзя объективно говорить о наличии акцессорности. Кроме того, не стоит забывать, что конструкция генерального соглашения по общему правилу предполагает неоднократное заключение договоров-приложений, которое позволит хеджировать пул

²⁶ См. указанный ранее блог.

рисков, возникающий из долгосрочных отношений клиента и кредитной организации. В таком случае «связанными» суды могут посчитать не только каждый конкретный договор-приложение и договор, риск по которому он хеджирует, но и все договоры, заключенные в рамках генерального соглашения.

В деле ООО «Эрмитаж Девелопмент» банк и заемщик подписали договор о кредитной линии и одновременно договор о процентном свопе²⁷. Однако кроме ситуации, которая стала предметом разбирательства в этом деле, возможен и иной вариант.

Банк 1 выдал кредит по плавающей ставке компании, компании же необходимо более четко определить свои будущие платежи. Компания обращается в Банк 1 с просьбой об изменении плавающей ставки на фиксированную, но к согласию стороны не приходят. Поэтому компания договаривается с Банком 2 о процентном свопе, который фактически позволит компании зафиксировать процентную ставку по кредиту от Банка 1.

В таком случае также остается неясным вопрос о связанности кредитного договора с Банком 1 и договора процентного свопа с Банком 2. Порождает ли такая связанность в случае, если Банку 2 были известны цели заключения договора процентного свопа, правовые последствия, которые ВАС РФ планирует предусмотреть для акцессорности на финансовом рынке?

В-третьих, в Проекте ВАС РФ предлагается ввести дополнительное, не предусмотренное законом и стандартными условиями генеральных соглашений условие досрочного прекращения операций по генеральному соглашению. При этом, как говорилось ранее, стандартные условия во многом планировалось рассматривать как существующие на финансовом рынке обычаи. Содержание п. 5 Проекта ВАС РФ вызывает недоумение: суд вправе расторгнуть договор по требованию стороны, на интересы которой негативно влияет сохранение договора, и при этом суд должен учитывать взаимные интересы контрагентов. Как это возможно практически? Кроме того, в названном пункте предусмотрены дополнительные квалификационные признаки для санкционирования расторжения договора: дальнейшее продолжение договорных отношений будет противоречить минимизации процентных рисков и принципу добросовестности. Среди случаев, когда возможно досрочное прекращение, выделяется невозникновение, либо изменение, либо прекращение отношений, которые привели к заключению договора свопа.

В то же время в системе арбитражных судов квалифицируется как недобросовестное поведение отказ в проведении выплат по банковской гарантии со ссылкой на ее акцессорный характер. И все же в данном случае для соответствующего вывода хотя бы есть судебные обоснования²⁸.

С нашей точки зрения, в главе 26 ГК РФ отсутствуют предпосылки для появления нового непредусмотренного основания досрочного прекращения. Объяснения

²⁷ Качество судебных решений по данному делу, на наш взгляд, просто ужасающее: фабула дела изложена фрагментарно, перепутаны суммы и процентные ставки.

²⁸ См. определение ВАС РФ от 13.07.2012 № ВАС-6040/12 по делу № А40-63658/11-25-407.

разработчиков Проекта ВАС РФ, заключающиеся в попытках выведения такого основания из принципа добросовестности, представляются несостоятельными. Признавая важную роль данного принципа в защите гражданских прав, нужно отметить, что расширение любых исчерпывающих перечней за счет усмотрения суда не может привести к стабильности и предсказуемости оборота. А ведь именно их обеспечение следует усматривать в качестве одной из основных целей.

В-четвертых, остается неясным, почему в одной части Проекта ВАС РФ утверждается, что досрочное прекращение допустимо только по соглашению сторон в определенном в генеральном соглашении порядке, а в другой части устанавливается исключение.

Обращает на себя внимание и отсутствие разъяснения в отношении момента, с которого договор процентного свопа может быть признан судом расторгнутым: с даты обращения клиента к профессионалу с соответствующим требованием, с даты обращения с иском или с даты вынесения соответствующего решения. Определение этого момента имеет принципиальное значение, поскольку до этой даты стороны обязаны надлежаще исполнять свои обязательства по договору²⁹.

Кроме того, вызывает вопросы то, каким образом разъяснение Проекта ВАС РФ о выплате суммы итогового платежа будет толковаться судами во взаимосвязи с оценкой судом клиента как слабой стороны договора и рекомендацией ВАС РФ, данной в п. 7 постановления Пленума ВАС РФ «О свободе договора и ее пределах». Напомним, что ВАС РФ в указанном постановлении выработал важное правило: «с учетом конкретных обстоятельств заключения договора и его условий в целом может быть признано несправедливым и не применено судом условие об обязанности слабой стороны договора, осуществляющей свое право на односторонний отказ от договора, уплатить за это денежную сумму, которая явно несоразмерна потерям другой стороны от досрочного прекращения договора» (абз. 3 п. 7).

Таким образом, есть основания полагать, что при обращении контрагента в суд с требованием о досрочном расторжении договора процентного свопа будет также оцениваться, является ли данный контрагент слабой стороной (вероятно, лицом, не действующим в качестве профессионала на финансовом рынке), с тем чтобы освободить его от обязанности возместить расходы второму контрагенту.

Выводы

Из приведенных тезисов, по нашему мнению, вытекает очевидный вывод, что идеи, заложенные в Проекте ВАС РФ, требуют дальнейшей глубокой и комплексной проработки, при этом формулировки соответствующих позиций должны быть тщательно выверены во избежание превратного толкования и применения к иным отношениям и спорам.

В российских судах практически нет споров из деривативов, споры по процентным свопам между ЗАО «ЮниКредит Банк» и ООО «Эрмитаж Девелопмент»

²⁹ Показательно, что Арбитражный суд города Москвы в решении от 27.07.2012 по делу № А40-55358/12-100-391 не указал, с какой даты прекращается договор процентного свопа, заключенный между Банком и ООО «Агротерминал».

и ООО «Агротерминал» представляют собой исключение из общего правила, а не само правило. Поэтому нам представляется, что издание рекомендаций на основе Проекта ВАС РФ преждевременно. Появление новой судебной практики по указанным спорам позволит систематизировать существующие модели отношений сторон договорного свопа и будет способствовать формированию более взвешенных позиций юрисдикционных органов.

Предполагаем, что принятие постановления на основании Проекта ВАС РФ вызовет следующие негативные последствия.

1. Возможность распространения позиций данного Проекта на споры из других финансовых сделок, например кредитов с плавающей ставкой. Опасения в отношении проведения указанной аналогии и, как следствие, расширения горизонта рисков непривычных для российских судов транзакций могут повлечь за собой дестабилизацию отношений на рынке и снижение его финансовой привлекательности.

2. Появление нового основания для одностороннего расторжения договора, которое предусматривается не на основе закона, а выводится из принципа добросовестности. При этом предпосылки такого расторжения полны субъективных критериев, которые способны привести к необоснованным преимуществам непрофессиональных участников рынка. Не стоит забывать, что потенциальная реакция банков на появление риска одностороннего расторжения договора по новым основаниям может выразиться в увеличении стоимости кредита.

Подготовка Проекта ВАС РФ была вызвана, очевидно, неудовлетворительным состоянием нормативной базы, регулирующей рынок производных финансовых инструментов, сложностью документации по сделкам, которую подписывают участники рынка, а также спорностью решений, вынесенных арбитражными судами.

Однако, по нашему мнению, принятие Проекта в нынешней редакции не поможет рынку: не выиграют ни банки и брокеры, ни их клиенты (в том числе потребители). Правовая неопределенность сохранится и даже усилится: ведь в отсутствие Проекта ВАС РФ отношения регулировались преимущественно стандартизированными договорными условиями.

Полагаем, что возможным выходом из данной ситуации может стать разработка комплексных изменений законодательства о производных финансовых инструментах с использованием подходов Директивы 2004/39/ЕС.

А. СЕЛИВАНОВСКИЙ,

заместитель заведующего кафедрой

предпринимательского права

НИУ «Высшая школа экономики»,

кандидат юридических наук

Р. СУСЛОВ,

аспирант кафедры международного частного права

НИУ «Высшая школа экономики»

(КОММ

Смысл
зидиум
и истор

Согл
чины пр
ния Бан

разниц

Обра

ним из д

тов, то е

на основ

ко разгр

деления

а когда

исчисле

тельств)

Минс

возника

ходах с

по долг

№ 03-03

указанн

вался сл

Согла

ются при

ществен

для целе

тельные

долга по

которые

знаватьс

чением з

центрам, а