

Юридическая работа в кредитной организации

Методический журнал

Издается с 2005 года.
Выходит один раз в квартал

№ 1 (55) \ 2018

Зарегистрирован Федеральной службой
по надзору в сфере связи, информационных
технологий и массовых коммуникаций
(Роскомнадзор) 23 ноября 2009 года.
Свидетельство о регистрации ПИ № ФС77-38180

Учредитель и издатель
ООО «Регламент»
www.reglament.net

Генеральный директор **В.Г. Богданов**

Ответственный секретарь Департамента
финансовых и методических изданий
И.М. Ананьева
ananieva@reglament.net

Выпускающий редактор **Е.В. Полякова**

**Отдел предпечатной подготовки
и производства**

Начальник отдела **А.Н. Тимченко**

Верстка **С.В. Шеришорин**

Корректura **Н.Н. Лисицына**

Отдел маркетинга

Директор по маркетингу **А.В. Гришунин**
grishunin@reglament.net

© ООО «Регламент», 2018

Индексы в каталогах

Роспечать: 82605

«Пресса России»: 84693

Подписка через Интернет

www.reglament.net

www.presscafe.ru

Редакционная подписка

возможна с любого месяца.

Телефон отдела прямых продаж
(495) 259-7898, доб. 215

e-mail: podpiska@reglament.net

По всем вопросам, связанным с доставкой изданий и отчетных документов, обращайтесь в отдел распространения и логистики ООО «Регламент» по тел. (495) 259-7898, доб. 289.

Мнения, оценки и рекомендации в статьях, размещенных в журнале, отражают точку зрения их авторов и не являются обязательными к исполнению. ООО «Регламент» и авторы материалов, опубликованных в журнале, не несут ответственности за возможные убытки, которые могут быть причинены лицам в результате использования или невозможности использования ими размещенных материалов. Пользователь самостоятельно оценивает возможные риски совершения юридически значимых действий на основе размещенной в журнале информации и несет ответственность за их неблагоприятные последствия. Полное или частичное воспроизведение каким-либо способом материалов, опубликованных в журнале, допускается только с письменного разрешения редакции. Редакция не несет ответственности за достоверность информации в рекламных объявлениях.

Адрес учредителя, издателя и редакции: 107078, г. Москва, ул. Новорязанская, 18, стр. 21, под. 5.
Телефон (495) 259-7898.

Отпечатано в ООО «КЛУБ ПЕЧАТИ». Адрес: 127018, Москва, 3-й проезд Марьиной Рощи, 40, стр. 1, оф. 32.
Тираж 1500 экз. Цена свободная. Подписано в печать 05.02.2018.

Экспертный совет журнала

А.В. Байдикова, Внешэкономбанк, заместитель директора договорно-правового департамента

Т.К. Батырев, Банк России, директор департамента национальной платежной системы

Е.Ю. Боярская, Альфа-Банк, заместитель директора юридического департамента

В.Н. Косоплечев, Связь-Банк, департамент правового обеспечения, заместитель директора

Л.А. Митяшова, АРБ, начальник юридического департамента

И.С. Попов, АО «ГЛОБЭКСБАНК», начальник юридического управления, к.ю.н.

Содержание

РЕФОРМА СУБСИДИАРНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ

- 4 Александра УЛЕЗКО, Адвокатское бюро «Качкин и Партнеры», Санкт-Петербург
НОВЫЕ ПОДХОДЫ К СУБСИДИАРНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЛИЦ, ОСУЩЕСТВЛЯЮЩИХ ФАКТИЧЕСКИЙ КОНТРОЛЬ
Еще недавно при банкротстве было практически невозможно привлечь к ответственности не только бенефициаров, но и учредителей. Какие изменения в Законе о банкротстве и судебной практике позволят решить проблему?

НОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ФИНАНСОВЫХ СДЕЛОК

- 16 Антон РУДНЕВ, КПМГ
НОВЫЕ ПРАВИЛА ГК РФ О ФИНАНСОВЫХ СДЕЛКАХ: КАПРЕМОНТ С ЭЛЕМЕНТАМИ РЕНОВАЦИИ
С 1 июня будет устранен ряд пробелов в ГК РФ, ранее восполнявшихся судебной практикой. Какие плюсы получают участники сделок от консенсуальной модели договора займа? Для чего вводятся публичные депозитные счета?

БАНКРОТСТВО

- 30 Николай ПОКРЫШКИН, Сергей ЛЫСОВ, фирма «Кульков, Колотилов и партнеры»
КЛЮЧЕВЫЕ ПРЕЦЕДЕНТЫ В СФЕРЕ БАНКРОТСТВА ЗА IV КВАРТАЛ 2017 ГОДА
Может ли допэмиссия акций компании, в которой должник — мажоритарный акционер, быть оспорена в деле о банкротстве? Приоритетны ли права залоговых кредиторов при принятии решения о продаже залогового и незалогового имущества единым лотом?
- 38 Павел БУЛАТОВ, Ирина МАЙСАК, White & Case
ПРАКТИКА РАССМОТРЕНИЯ РОССИЙСКИМИ СУДАМИ СПОРОВ ПО ДОКУМЕНТАРНЫМ АККРЕДИТИВАМ
Судебная практика анализируется в контексте изменений в ГК РФ. Каковы последствия банкротства банка-эмитента для расчетов по основному обязательству? Что означает принцип независимости межбанковских отношений в случае банкротства банка-эмитента?

СДЕЛКИ С ПФИ

- 45 Тимур АИТКУЛОВ, Александр АНИЧКИН, Дмитрий МАЛЮКЕВИЧ, Михаил БАЦУРА, Clifford Chance CIS Limited
СДЕЛКИ С ПРОИЗВОДНЫМИ ФИНАНСОВЫМИ ИНСТРУМЕНТАМИ: КАК ИЗБЕЖАТЬ НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТИ
Авторы статьи, которые совместно с ПАО Сбербанк отстаивали в судах действительность валютного опциона между ПАО Сбербанк и ПАО «Транснефть», приводят рекомендации, как избежать недействительности ПФИ, заключенных по российскому праву.
- 55 Евгения ХЛЫСТОВА, Ассоциация российских банков
ИНСТРУМЕНТ CSA В ЛИКВИДАЦИОННОМ НЕТТИНГЕ: ЧТО ПРЕПЯТСТВУЕТ ЕГО ПРИМЕНЕНИЮ В ПРОЦЕДУРЕ БАНКРОТСТВА?
Какие риски связаны с использованием инструмента CSA в процедуре банкротства и возможным оспариванием сделок в судах?

ОБРАЩЕНИЕ ВЗЫСКАНИЯ НА ЗАЛОГИ

- 66 Александр БУТОРИН, Железнодорожный районный суд г. Рязани
ОПРЕДЕЛЕНИЕ НАЧАЛЬНОЙ ПРОДАЖНОЙ ЦЕНЫ ЗАЛОЖЕННОГО ИМУЩЕСТВА, РЕАЛИЗУЕМОГО В СУДЕБНОМ ПОРЯДКЕ
В Законе об ипотеке не сказано, как суд должен определять начальную продажную цену при отсутствии соглашения сторон. Какие еще правовые проблемы связаны с определением начальной продажной цены?

РИСКИ СУДЕБНЫХ СПОРОВ

- 74 Евгений ЦАРЕВ, RTM Group
ПОЧЕМУ БАНКИ БУДУТ ЧАЩЕ ПРОИГРЫВАТЬ СУДЕБНЫЕ СПОРЫ ПО ИСКАМ О ХИЩЕНИЯХ ЧЕРЕЗ КАНАЛЫ ДБО
За последние два года в судебной практике появилось несколько интересных примеров, в которых презумпция невиновности банка взята под сомнение. Что делать, чтобы противостоять этой тенденции?

ПРАВООТНОШЕНИЯ С АКЦИОНЕРАМИ

- 80 Иван ИЛЬИН, Публичное акционерное общество «СЕВЕРГАЗБАНК»
КАК ИЗМЕНИЛСЯ ПОРЯДОК РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВ АКЦИОНЕРОВ НА ПОЛУЧЕНИЕ ИНФОРМАЦИИ О ДЕЯТЕЛЬНОСТИ БАНКА?
Закон № 233-ФЗ изменил права акционеров на получение информации и документов. В каких случаях акционеры должны обосновывать деловую цель запроса? Когда им может быть отказано в исполнении запроса?

РИСКИ ПРИВИЛЕГИРОВАННОГО ОБСЛУЖИВАНИЯ

- 88 Юлия СЕВАСТЬЯНОВА, адвокат
PRIVATE BANKING: ЮРИДИЧЕСКИЕ ПОБОЧНЫЕ ЭФФЕКТЫ VIP-СТАТУСА
Как использовать для привлечения VIP-клиентов тенденцию законодательного расширения перечня лиц, имеющих право доступа к банковской тайне?

ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ С ФССП

- 95 Алексей ШАРОН, советник юстиции 3-го класса
ЗАБЛУЖДЕНИЯ И ПРОБЛЕМЫ СВОДНОГО ИСПОЛНИТЕЛЬНОГО ПРОИЗВОДСТВА: ЗНАЧЕНИЕ ДЛЯ ПРАКТИКИ
Если должник имеет не только долг перед банком, но и задолженность по алиментам, неоплаченные штрафы и налоги — выходом может стать сводное исполнительное производство. Каковы его плюсы и проблемы?

ОТВЕТЫ НА ВОПРОСЫ

- 102 **ВОЗМОЖНО ЛИ НЕОСНОВАТЕЛЬНОЕ ОБОГАЩЕНИЕ БАНКА ПРИ ОСТАВЛЕНИИ ИМ ПРЕДМЕТА ЗАЛОГА ЗА СОБОЙ?**

Несмотря на то что Закон о банкротстве¹ всегда предусматривал ответственность лиц, осуществляющих контроль не юридически, а фактически, еще несколько лет назад было практически невозможно привлечь к ответственности не только бенефициаров, документально не связанных с компанией, но даже учредителей, которые при банкротстве организации зачастую оставались в тени. Какие изменения в Законе о банкротстве и судебной практике позволили решить эту проблему?

Новые подходы к субсидиарной ответственности лиц, осуществляющих фактический контроль



**Александра
УЛЕЗКО,**

*Адвокатское бюро
«Качкин и Партнеры»,
Санкт-Петербург,
старший юрист кор-
поративной и арби-
тражной практики*

Возбуждение процедуры банкротства в отношении юридического лица всегда вызывает у кредиторов вопрос о причинах несостоятельности компании. Как правило, эти причины кроются либо в сложностях экономической ситуации, отношений с контрагентами, неправильных управленческих решениях топ-менеджмента, либо в умышленных действиях бенефициаров или действиях самого руководителя.

Лица, выполняющие функции единоличного исполнительного органа юридического лица, чаще всего привлекаются к субсидиарной ответственности по обязательствам компании, поскольку именно они подписывают сделки от имени должника, утверждают бухгалтерскую отчетность, на них лежит обязанность обращаться в суд в случае возникновения признаков банкротства и в дальнейшем — передавать документы должника арбитражным управляющим для проведения соответствующих процедур.

Однако нередко компания фактически контролируется иными лицами, которые определяют действия должника и извлекают выгоду из его деятельности.

В последнее время появляется все больше дел, когда к ответственности привлекаются именно те лица, которые дают обязательные

¹ Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)».

Новые подходы к субсидиарной ответственности лиц, осуществляющих фактический контроль

для компании указания, ставшие причиной невозможности рассчитаться с кредиторами. В настоящей статье мы рассмотрим, как изменилась судебная практика в динамике за последние несколько лет, в течение которых нормы о субсидиарной ответственности менялись законодателем исходя из потребностей гражданского оборота.

Как изменилось понятие контролирующего лица?

Ранее лицами, контролирующими должника, признавались лица, имеющие либо имевшие в течение менее чем трех лет до принятия арбитражным судом заявления о признании должника банкротом право давать обязательные для исполнения должником указания или возможность каким-либо иным образом определять действия должника (ст. 2 Закона о банкротстве до внесения изменений Законом № 266-ФЗ)¹.

По общему правилу, субсидиарная ответственность наступала, если признание должника банкротом являлось следствием действий или бездействия контролирующих должника лиц (ст. 10 Закона о банкротстве).

С введением Законом № 266-ФЗ в Закон о банкротстве отдельной гл. III.2 «Ответственность контролирующих лиц» данное понятие претерпело изменения. Теперь период контроля должен составлять не более трех лет не до момента возбуждения дела о банкротстве, а до момента возникновения признаков банкротства, а также после их возникновения до принятия арбитражным судом заявления о признании должника банкротом (п. 1 ст. 61.10 Закона о банкротстве). Такая формулировка позволяет минимизировать количество ситуаций, когда должник несколько лет фактически является несостоятельным и не обращается в суд, продолжая увеличивать кредиторскую задолженность и уменьшая срок, в течение которого вышедшие из общества участники (акционеры) и прекративший полномочия генеральный директор могут быть привлечены к субсидиарной ответственности.

Данную норму необходимо оценивать с учетом разъяснений высшей судебной инстанции об определении момента возникновения обязанности руководителя юридического лица подать заявление о банкротстве в суд (ст. 9 Закона о банкротстве). При рассмотрении

Теперь период контроля должен составлять не более трех лет не до момента возбуждения дела о банкротстве, а до момента возникновения признаков банкротства, а также после их возникновения до принятия арбитражным судом заявления о признании должника банкротом (п. 1 ст. 61.10 Закона о банкротстве).

¹ Федеральный закон от 29.07.2017 № 266-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» и Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях». Далее ст. 2 и 10 Закона о банкротстве приводятся в редакции, действовавшей до 30.07.2017 (до вступления в силу Закона № 266-ФЗ).

Александра УЛЕЗКО

Субсидиарная ответственность по долгам несостоятельной компании теперь наступает не за доведение компании до состояния банкротства, а если полное погашение требований кредиторов невозможно вследствие действий и (или) бездействия лица, контролирующего должника.

одного из дел¹ Верховный суд РФ указал, что такая обязанность у соответствующего должностного лица компании появляется не тогда, когда юридическое лицо временно прекращает исполнять денежные обязательства вследствие недостаточности денежных средств (неплатежеспособность) или размер денежных обязательств должника превышает стоимость активов (недостаточность имущества), а в некий критический момент, когда должник из-за снижения стоимости чистых активов стал неспособен в полном объеме удовлетворить требования кредиторов, в том числе по уплате обязательных платежей, если руководитель должника не имел экономически обоснованного плана восстановления финансового состояния компании².

Позднее в п. 9 Постановления Пленума Верховного суда РФ от 21.12.2017 № 53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве» (далее — Постановление № 53)³ данное правило приводится в контексте освобождения от ответственности добросовестного и разумного руководителя, который в рамках стандартной управленческой практики, учитывая масштаб деятельности должника, не мог объективно определить упомянутый критический момент в деятельности возглавляемой им компании. При этом понятию объективного банкротства, влекущего за собой обязанность должника обратиться в суд с заявлением о собственном банкротстве, приданы более четкие критерии. Под объективным банкротством Верховный суд РФ предписывает понимать момент, в который должник стал неспособен в полном объеме удовлетворить требования кредиторов, в том числе об уплате обязательных платежей, из-за превышения совокупного размера обязательств над реальной стоимостью его активов. Однако некоторые вопросы в определении такого момента в деятельности должника остаются не совсем понятными. Например, должно ли такое соотношение определяться применительно к данным, отраженным в бухгалтерских балансах должника на конец отчетного периода, или объективное банкротство может считаться наступившим в любой момент деятельности юридического лица. В любом случае критерий, сформулированный в Постановлении № 53, является несколько более жестким, чем тот, что был сформирован в судебной практике до настоящего времени.

¹ См.: Определение Верховного суда РФ от 20.07.2017 № 309-ЭС17-1801 по делу № А50-5458/2015; п. 2 Письма ФНС России от 16.08.2017 № СА-4-18/16148@ «О применении налоговыми органами положений главы III.2 Федерального закона от 26.10.2002 № 127-ФЗ» (далее — Письмо ФНС России от 16.08.2017).

² См. также Письмо ФНС России от 16.08.2017.

³ О новациях, введенных Постановлением № 53, см. также в статье Н. Покрышкина и С. Лысова «Ключевые прецеденты в сфере банкротства за IV квартал 2017 года» в текущем номере журнала.

Новые подходы к субсидиарной ответственности лиц, осуществляющих фактический контроль

Самые громкие дела о привлечении к субсидиарной ответственности

Судебная практика о привлечении к субсидиарной ответственности лиц, фактически контролирующих должника, впервые появилась в 2012 г., когда Постановлением Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 27.02.2012 по делу № А60-1260/2009 к субсидиарной ответственности в размере 6,3 млрд руб. был привлечен Максимов Н.В.¹

Суды апелляционной и кассационной инстанций пришли к выводу, что Максимов Н.В. осуществлял фактический контроль за деятельностью холдинга «Макси-Групп», в структуру которого входило и несостоятельное общество «УралСнабКомплект», поскольку все физические лица, являвшиеся в разное время участниками общества «УралСнабКомплект», голосование которых могло определять принимаемые обществом решения, занимали руководящие должности в организациях, так или иначе имевших отношение к Максиму Н.В. Ставшие впоследствии участниками должника юридические лица также контролировались Максимовым Н.В.

Суды согласились с доводами конкурсного управляющего «УралСнабКомплекта» о том, что сделки, заключенные должником в течение 2004–2009 гг. и приведшие к его банкротству, не имели для общества экономического смысла и совершались исключительно в интересах Максимова Н.В. для получения им финансовой выгоды. В Определении ВАС РФ², которым отказано в передаче дела в Президиум ВАС РФ для пересмотра в порядке надзора, указано, что *«действующее законодательство не исключает возможность привлечения к субсидиарной ответственности фактически контролирующего должника лица, проводящего свою волю через иных подконтрольных фактическому руководителю физических и юридических лиц, которые в действительности не выступали в качестве самостоятельных субъектов гражданских отношений»*.

Следующим громким делом стало привлечение к субсидиарной ответственности на рекордную сумму 75 млрд руб. лиц, контролировавших ЗАО «Международный Промышленный Банк». Определением Арбитражного суда г. Москвы от 30.04.2015 по делу № А40-119763/2010 на лиц, последовательно выполнявших полномочия председателя исполнительный дирекции банка (единоличного исполнительного органа банка), а также на Пугачева С.В., являвшегося

¹ Постановлением ФАС Уральского округа от 12.05.2012 № Ф09-727/10 по делу № А60-1260/2009 судебный акт оставлен без изменения.

² См. Определение ВАС РФ от 29.04.2013 № ВАС-11134/12 по делу № А60-1260/2009.

Александра УЛЕЗКО

бенефициаром банка, была возложена субсидиарная ответственность в размере непогашенных требований кредиторов¹.

В данном деле наиболее интересно, как был установлен фактический контроль Пугачева С.В. за деятельностью банка. Суды приняли доводы конкурсного управляющего, что банкротство Межпромбанка наступило в результате действий Пугачева С.В. по формированию необеспеченной ссудной задолженности технических заемщиков в преддверии банкротства банка. При этом Пугачев С.В. обладал правом контроля за принятием решений в банке через многоуровневую структуру владения банком с использованием офшорных компаний.

Существовала фактическая система личного согласования с Пугачевым С.В. основных решений банка со стороны руководителей и органов управления, что подтверждалось свидетельскими показаниями в рамках уголовного дела.

На сегодняшний день в судебной практике больше нет дел, когда лица, не являясь учредителями и не входя в состав органов управления должника, были бы привлечены к ответственности как лица, осуществлявшие фактический контроль. Однако подп. 3 п. 4 ст. 61.10 Закона о банкротстве, действующий с 30 июля 2017 г., создает для этого благодатную почву. Указанная норма позволяет судам признать, пока не доказано иное, контролирующими лицами тех, кто извлекал выгоду из незаконного или недобросовестного поведения единоличного исполнительного органа, членов коллегиальных органов юридического лица. Эта формулировка является, на наш взгляд, более удачной, чем прежняя редакция закона, где речь шла о контролирующих лицах только как о тех, кто каким-либо образом имел возможность определять действия должника².

В п. 7 Постановления № 53 указано, что контролирующим может быть признано лицо, извлекавшее существенную (относительно масштабов деятельности должника) выгоду в виде увеличения (сбережения) активов, которая не могла бы образоваться, если бы действия руководителя должника соответствовали закону, в том числе принципу добросовестности. В Письме ФНС России от 16.08.2017 конкретизируется, какими способами такая выгода может достигаться.

Норма подп. 3 п. 4 ст. 61.10 Закона о банкротстве, действующая с 30 июля 2017 г., позволяет судам признать, пока не доказано иное, контролирующими лицами тех, кто извлекал выгоду из незаконного или недобросовестного поведения единоличного исполнительного органа, членов коллегиальных органов юридического лица.

¹ Постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда от 24.06.2015 по делу № А40-119763/2010 и Постановлением Арбитражного суда Московского округа от 01.10.2015 № Ф05-10535/2011 по делу № А40-119763/2010 указанное определение оставлено без изменения. Определением Верховного суда РФ от 29.01.2016 № 305-ЭС14-3834 отказано в передаче дела в Судебную коллегию по экономическим спорам Верховного суда РФ для пересмотра данного постановления в порядке кассационного производства.

² См. ст. 2 Закона о банкротстве.

Новые подходы к субсидиарной ответственности лиц, осуществляющих фактический контроль

Уполномоченный орган указывает, что о контроле над юридическим лицом может свидетельствовать, например, ситуация, когда вклад в уставный капитал не вносится как вклад, а оформляется в виде гражданско-правовых договоров (займа, аренды основных средств и т.п.), соответственно выплаты по таким договорам при определенных условиях можно считать получением дивидендов от деятельности. Несмотря на то что указанное письмо ФНС России не является нормативным актом, а представляет собой мнение налогового органа по вопросам правоприменения, приведенные в нем примеры, безусловно, могут использоваться судами при определении фактического контроля.

Признание контролирующим лица, извлекшего выгоду из недействительных сделок должника

Согласно подп. 1 п. 2 ст. 61.11 Закона о банкротстве, пока не доказано иное, предполагается, что полное погашение требований кредиторов невозможно вследствие действий и (или) бездействия контролирующего должника лица, если в пользу такого лица или с его одобрения совершены сделки (в т.ч. недействительные по Закону о банкротстве), в результате которых причинен существенный вред имущественным правам кредиторов. Такое же правило действовало с 1 октября 2015 г. в соответствии с абз. 3 п. 4 ст. 10 Закона о банкротстве в редакции Федерального закона от 28.06.2013 № 134-ФЗ.

Указанная норма не означает, что любые лица, с которыми должником совершены подозрительные сделки (ст. 61.2 Закона о банкротстве) или сделки с предпочтением (ст. 61.3 Закона о банкротстве), признаются контролирующими.

Во-первых, для признания таких сделок недействительными лишь в ряде случаев необходимо доказать, что лицо являлось заинтересованным по отношению к должнику.

Например, при оспаривании сделки как совершенной при неравноценном встречном исполнении (п. 1 ст. 61.2 Закона о банкротстве) требуется доказать только факт того, что цена этой сделки и (или) иные условия отличаются в существенно худшую для должника сторону от цены и (или) иных условий, при которых в сравнимых обстоятельствах совершаются аналогичные сделки. А в случае признания сделок должника недействительными как совершенных с целью причинения ущерба имущественным правам кредиторов (п. 2 ст. 61.2 Закона о банкротстве) или совершенных с предпочтением в пределах шестимесячного срока до возбуждения дела о банкротстве (п. 3 ст. 61.3 Закона о банкротстве) заинтересованность стороны

Александра УЛЕЗКО

сделки создает лишь презумпцию осведомленности о возможных последствиях заключения сделки для других кредиторов и должника, но не является обязательным признаком недействительности сделки.

Сама по себе заинтересованность, даже будучи доказанной, не создает презумпцию контроля над деятельностью должника¹. Понятие заинтересованного лица шире, чем понятие контролирующего лица. Последнее не просто оказывает влияние на деятельность должника, но фактически определяет его действия. В п. 3 Постановления № 53 разъясняется, что, по общему правилу, необходимым условием отнесения лица к числу контролирующих должника является наличие у него фактической возможности давать должнику обязательные для исполнения указания или иным образом определять его действия (п. 3 ст. 53.1 ГК РФ, п. 1 ст. 61.10 Закона о банкротстве). Таким образом, для привлечения к ответственности стороны сделки с должником согласно подп. 1 п. 2 ст. 61.11 Закона о банкротстве необходимо не только доказывание факта недействительности сделки, но и фактическое осуществление контроля стороны сделки над деятельностью должника.

Сама по себе заинтересованность, даже будучи доказанной, не создает презумпцию контроля над деятельностью должника.

Во-вторых, наличие признаков сделки, которая может быть оспорена по законодательству о банкротстве, в отношении какого-либо лица может быть одним из обстоятельств, свидетельствующих о контроле этого лица над деятельностью должника. В каждом случае судом должен рассматриваться вопрос о том, по каким причинам должник совершает сделки с данным конкретным лицом на нерыночных условиях, недоступных обычным участникам гражданского оборота. При установлении признаков аффилированности сторон сделки, под которой понимаются отношения связанности (ст. 53.2 ГК РФ), в процессе рассмотрения вопроса о привлечении к субсидиарной ответственности суд должен установить, осуществляет ли такое аффилированное лицо именно контроль над деятельностью должника и была ли выгода от деятельности должника получена именно вследствие такого контроля. При этом важным нововведением Закона № 266-ФЗ является указание на то, что контролирующее лицо привлекается к субсидиарной ответственности, даже если заявление о признании сделки недействительной не подавалось или

¹ Презумпции осуществления контроля лица над деятельностью должника указаны в п. 4 ст. 61.10 Закона о банкротстве: 1) осуществление функций руководителя должника или управляющей организации должника, члена исполнительного органа должника, ликвидатора должника, члена ликвидационной комиссии; 2) право самостоятельно либо совместно с заинтересованными лицами распоряжаться 50 и более процентами голосующих акций/долей/голосов компании; 3) извлечение выгоды из незаконного или недобросовестного поведения исполнительных органов общества.

Новые подходы к субсидиарной ответственности лиц, осуществляющих фактический контроль

в его удовлетворении было отказано по причине пропуска срока исковой давности.

На сегодняшний день к субсидиарной ответственности за причинение существенного ущерба в результате совершения сделок, недействительных по законодательству о банкротстве, привлекаются в основном единоличные исполнительные органы, которые их заключают, и при этом такие лица одновременно могут являться учредителями¹. Само по себе положение подп. 1 ст. 61.11 Закона о банкротстве не создает дополнительных рисков признания контролирующим лицом стороны по сделке, заключенной на нерыночных условиях с компанией, впоследствии признанной банкротом, даже если такое лицо является аффилированным по отношению к должнику. Тем не менее, совершение такой сделки может являться одним из доказательств осуществления лицом фактического контроля. В п. 23 Постановления № 53 указано, что на заявителе лежит обязанность доказывания как значимости совершенной контролирующим лицом сделки, так и ее существенной убыточности, а сами по себе факты совершения подозрительной сделки либо оказания предпочтения одному из кредиторов указанную совокупность обстоятельств не подтверждают.

Привлечение к субсидиарной ответственности учредителей должника

Как уже было сказано, учредители компании привлекаются к ответственности достаточно редко, поскольку доказать, что именно их действия привели к банкротству компании (или к невозможности полного погашения требований кредиторов, если говорить о текущей редакции Закона о банкротстве), довольно сложно.

Интересная подборка судебной практики приведена в п. 1.8 Письма ФНС России от 29.06.2017 № СА-4-18/12520@ «О направлении обзора судебных актов». В частности, речь идет о том, что собственник имущества унитарного предприятия может быть привлечен к субсидиарной ответственности, если будет доказано, что в результате изъятия им имущества предприятия последнее лишилось возможности осуществлять свою деятельность и отвечать по своим обязательствам. В приведенном примере администрацией муниципального образования, являющегося собственником имущества должника,

Важным нововведением Закона № 266-ФЗ является указание на то, что контролирующее лицо привлекается к субсидиарной ответственности, даже если заявление о признании сделки недействительной не подавалось или в его удовлетворении было отказано по причине пропуска срока исковой давности.

¹ См., например, Постановление Арбитражного суда Московского округа от 27.07.2017 № Ф05-9538/2012 по делу № А40-80329/11-24-418, Постановление ФАС Уральского округа от 02.06.2014 № Ф09-2321/14 по делу № А60-16899/2010 и др., Определение Верховного суда РФ от 25.11.2014 № 305-ЭС14-4131 по делу № А40-15836/2010.

Александра УЛЕЗКО

изъято находившееся у должника на праве хозяйственного ведения и необходимое для осуществления уставной деятельности имущество при осведомленности о большой кредиторской задолженности должника и об отсутствии иного имущества для продолжения деятельности и расчетов с кредиторами.

В таких случаях важно, что стоимость изъятого имущества может быть несущественной, однако в результате действий учредителя юридическое лицо фактически останавливает свою деятельность. При этом с точки зрения привлечения к субсидиарной ответственности не должно иметь значения, мог ли должник, продолжая деятельность, получить доход в размере кредиторской задолженности и погасить требования кредиторов.

Во-первых, очевидно, что в случае убыточной деятельности и невозможности финансирования дальнейшего существования юридического лица учредители не только могут, но должны принять решение о ликвидации (либо о финансировании деятельности юридического лица) и, не изымая имущество, осуществлять ликвидацию в порядке законодательства о банкротстве. Во-вторых, факт получения дохода в будущем носит вероятностный характер и не может быть точно доказан ни должником, ни заявителем, обратившимся в суд с требованием о привлечении к ответственности. Но как и в случае взыскания убытков, это не может быть единственным основанием отказа в удовлетворении требований заявителя судом¹. В п. 23 Постановления № 53 указано, что существенно убыточной для должника сделкой, за совершение которой может наступить субсидиарная ответственность контролирующих лиц, может быть признана сделка, заключенная по рыночной цене, в результате совершения которой должник утратил возможность продолжать осуществлять одно или несколько направлений хозяйственной деятельности, приносящих ему ранее весомый доход. Являлся ли доход от деятельности юридического лица весомым, если компания по сути являлась убыточной и ее деятельность полностью была остановлена, в результате чего окончательно утрачена возможность погашения требований кредиторов, — вопрос, на наш взгляд, неоднозначный.

Применительно к данному примеру можно привести также иные разъяснения, изложенные в п. 23 Постановления № 53, а именно что презумпция доведения до банкротства в результате совершения

¹ См. абз. 2 п. 12 Постановления Пленума Верховного суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».

Новые подходы к субсидиарной ответственности лиц, осуществляющих фактический контроль

сделки (ряда сделок) может быть применена к контролирующему лицу, если данной сделкой (сделками) причинен существенный вред кредиторам. К числу таких сделок относятся, в частности, сделки должника, значимые для него (применительно к масштабам его деятельности) и одновременно являющиеся существенно убыточными.

В проекте Постановления Пленума Верховного суда РФ об ответственности контролирующих лиц содержалась немного иная формулировка, называвшая доказывание значимости и существенной убыточности сделки обязательным основанием для привлечения к ответственности контролирующих лиц. В принятой редакции Постановления № 53 таким основанием считается причинение сделкой существенного вреда кредиторам, а значимость и убыточность сделки — лишь одни из критериев, свидетельствующих о причинении вреда кредиторам, что является более широкой и удачной формулировкой.

На наш взгляд, важно, какую именно деятельность осуществляет должник и могла ли данная деятельность продолжаться после совершения недействительной сделки, пусть даже сама по себе сделка заключена на небольшую сумму. Например, для компании, оказывающей правовые услуги, изъятие компьютеров на незначительные суммы может привести к остановке ее деятельности и, как следствие, к несостоятельности и невозможности полного удовлетворения требований кредиторов. Соответственно налицо причинение сделкой вреда кредиторам, хотя такая сделка сама по себе не может быть существенно убыточной. Кроме того, такие действия учредителя или собственника имущества компании согласно новым нормам об ответственности контролирующих лиц должны оцениваться с учетом п. 12 ст. 61.11 Закона о банкротстве. В соответствии с данной нормой субсидиарная ответственность наступает и в случае, если должник стал отвечать признакам неплатежеспособности не вследствие действий и (или) бездействия контролирующего лица, однако после этого оно совершило действия и (или) бездействие, существенно ухудшившие финансовое положение должника.

Другим действием, которое может стать основанием привлечения к ответственности учредителя компании, является утверждение отчетности, содержащей искаженные данные¹. Однако привлечение учредителя к ответственности в связи с одобрением недостоверной

Важно, какую именно деятельность осуществляет должник и могла ли данная деятельность продолжаться после совершения недействительной сделки, пусть даже сама по себе сделка заключена на небольшую сумму.

¹ См., например, Постановление Арбитражного суда Московского округа от 21.07.2016 № Ф05-10186/2016 по делу № А40-4982/2015.

Александра УЛЕЗКО

Ранее ответственность за неподачу в суд заявления о банкротстве должника лежала только на руководителе. Теперь, если руководитель сообщил о наличии признаков банкротства учредителям, но они не приняли решение об обращении в суд, к ответственности могут быть привлечены и учредители.

отчетности — скорее единичные случаи. При этом интересно, что учредитель, как правило, не несет ответственности, если он бездействует и не участвует в годовых собраниях общества.

В соответствии с п. 34 Постановления Пленума Верховного суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» под обязанностью участника корпорации участвовать в принятии корпоративных решений, без которых корпорация не может продолжать свою деятельность (п. 4 ст. 65.2 ГК РФ), понимаются, в частности, решения о назначении единоличного исполнительного органа или членов совета директоров, а также о внесении изменений в устав, если они требуются в соответствии с законом и без их внесения корпорация не сможет продолжать свою деятельность. С одной стороны, решение об утверждении отчетности не является таковым. С другой стороны, в соответствии с подп. 6 п. 2 ст. 33 Федерального закона от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» к компетенции общего собрания участников общества относится утверждение годовых отчетов и годовых бухгалтерских балансов. Тем не менее, одного лишь факта неутверждения участниками корпорации бухгалтерской отчетности недостаточно для привлечения их к субсидиарной ответственности.

В соответствии с изменениями, внесенными в Закон о банкротстве Федеральным законом № 266-ФЗ, у учредителей и собственника имущества должника появилась обязанность решать вопрос об обращении в суд с заявлением о банкротстве.

Статья 9 Закона о банкротстве дополнена обязанностью лиц, имеющих право инициировать созыв внеочередного общего собрания акционеров (участников), либо иных контролирующих должника лиц потребовать проведения общего собрания для принятия решения об обращении в арбитражный суд с заявлением о признании компании банкротом, если руководитель должника не исполнил обязанность по обращению в суд с заявлением должника и обстоятельства, влекущие за собой эту обязанность, не устранены в течение 10 календарных дней.

Неисполнение данной обязанности предусматривает субсидиарную ответственность контролирующих лиц, которые обладали полномочиями по созыву собрания коллегиального органа должника, к компетенции которого отнесено принятие корпоративного решения о ликвидации, или полномочиями по самостоятельному принятию соответствующего решения. Ранее ответственность за неподачу в суд заявления о банкротстве должника лежала только на руково-

Новые подходы к субсидиарной ответственности лиц, осуществляющих фактический контроль

дителя. Теперь, например, если руководитель сообщил о наличии признаков банкротства учредителям, но они не приняли решение об обращении в суд, к ответственности могут быть привлечены и учредители. Совокупность условий, необходимых для привлечения к ответственности лиц, не являющихся руководителем должника, ликвидатором, членом ликвидационной комиссии, за неподачу (несвоевременную подачу) заявления должника о собственном банкротстве приведена в п. 13 Постановления № 53.

Кроме того, с 30 июля 2017 г. в случае возникновения объективных признаков банкротства (ст. 9 Закона о банкротстве) или обстоятельств, влекущих за собой право должника обратиться в суд с заявлением о собственном банкротстве (ст. 8 Закона о банкротстве)¹, руководитель должника обязан:

- включить сведения о наличии таких обстоятельств в Единый федеральный реестр сведений о фактах деятельности юридических лиц в течение 10 рабочих дней с даты, когда руководителю стало или должно было стать известно об их возникновении, а также

- в разумный срок предпринять все зависящие от него разумные необходимые меры, направленные на предупреждение банкротства должника.

Соответственно выполнение данной обязанности также должно обеспечить осведомленность учредителей и иных контролирующих лиц о финансовом состоянии должника с тем, чтобы вовремя принять решение об обращении в суд и не наращивать размер кредиторской задолженности.

В целом в законодательстве об ответственности контролирующих лиц и в применении судами концепции снятия так называемой корпоративной вуали в случае банкротства компании в последнее время наблюдается существенный сдвиг в сторону выявления случаев злоупотреблений со стороны реальных бенефициаров. Ответ на вопрос, хорошо это или плохо, зависит от позиции конкретного лица по отношению к несостоятельной компании. Очевидно, что как собственникам бизнеса, так и руководителям необходимо тщательно оценивать свои действия с точки зрения выгоды принимаемых решений для юридического лица. С другой стороны, у кредиторов появились новые действенные механизмы взыскания долга непосредственно с контролирующих лиц, что нельзя не приветствовать. 

¹ Такое право возникает при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что должник не в состоянии будет исполнить денежные обязательства, требования о выплате выходных пособий и (или) об оплате труда лиц, работающих или работавших по трудовому договору, и (или) обязанность по уплате обязательных платежей в установленный срок.

Изменения в ГК РФ, вступающие в силу с 1 июня 2018 г., вбирают в себя наработанные практикой модели финансовых сделок, оптимизируют устаревшее регулирование в сторону современных тенденций, а также устраняют законодательные пробелы, восполнять которые приходилось судебной практике. В этой статье мы остановимся на наиболее значимых новеллах в регулировании договоров о предоставлении заемного финансирования, факторинговых операций, а также проанализируем специфику публичных депозитных счетов.

Новые правила ГК РФ о финансовых сделках: капремонт с элементами реновации



Антон РУДНЕВ,
*КПМГ, юридическая
практика Северо-
Западного региональ-
ного центра, юрист*

Реформа гражданского законодательства подошла к своему логическому завершению. Если не принимать в расчет блок изменений, касающихся вещных прав, о принятии которого сложно давать какие-либо прогнозы, новые правила о финансовых сделках — последний шаг в многолетнем процессе улучшения отечественного Гражданского кодекса.

Заем а la кредит: обещать — значит заключить договор

Первое и, пожалуй, самое значимое изменение в регулировании соглашений о предоставлении заемного финансирования — закрепление консенсуальной модели договора займа на законодательном уровне.

Классическая дихотомия «реальный договор займа — консенсуальный кредитный договор» длительное время являлась традицией для российской правовой системы. Отчасти она была необходима, чтобы обозначить границу между сферами профессионального и общегражданского кредитования с учетом того, за счет каких средств (привлеченных или собственных) предоставляется финансирование. Однако современный гражданский оборот давно вос-

Новые правила ГК РФ о финансовых сделках: капремонт с элементами реновации

принимает модель реального договора займа как правовой рудимент и ищет любые возможные пути, чтобы структурировать заемные отношения максимально сходным образом с банковским кредитованием¹.

Очевидным плюсом реальной модели займа является то, что заемщик лишен возможности понудить займодавца предоставить обещанное финансирование². Но на этом практические выгоды для участников заемных отношений заканчиваются. Напротив, возникает целый ряд сложностей, связанных с внедрением в реальный договор механизмов, которые в полной мере реализуемы только при консенсуальной модели.

Прежде чем перейти к перечислению и анализу этих проблем, отметим, что баланс интересов заемщика и займодавца в консенсуальном договоре будет обеспечен за счет предоставления каждому из них права отказаться от исполнения договора до перечисления первого или очередного транша по займу (п. 3 ст. 807 ГК РФ). Отказ займодавца должен быть связан с наличием обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что предоставленный заем не будет возвращен в срок. Заемщик может отказаться от получения займа немотивированно и в любой момент до получения суммы займа, кроме случаев, когда иное предусмотрено законом или договором, в котором заемщик действует как предприниматель.

Подобный подход, с одной стороны, гарантирует, что в непредпринимательском сегменте заемщик защищен от навязанной финансовой услуги, а с другой — не позволяет заемщику в b2b-отношениях выйти из договора безнаказанно, проигнорировав затраты займодавца на аккумуляцию необходимых средств для предоставления обещанного займа.

Возвращаемся к практическим плюсам, которые получают участники оборота от введения консенсуальной модели договора.

Во-первых, она открывает возможности для предоставления займа по частям или по модели кредитной линии. Как следствие, полностью устраняется неопределенность в отношении того, сколько в действительности договоров займа заключено между сторонами: один, сумма которого складывается из величины всех предостав-

Консенсуальная модель договора займа открывает возможности для предоставления займа по частям или по модели кредитной линии.

¹ В отношении синдицированного кредита (займа) консенсуальная модель вводится даже с некоторым опережением — с 1 февраля 2018 г. См. Федеральный закон от 31.12.2017 № 486-ФЗ «О синдицированном кредите (займе) и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации».

² Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 30.03.2017 № 09АП-10546/2017 по делу № А40-123731/15. Согласно новой редакции ст. 807 ГК РФ реальная модель сохраняется для договоров, займодавцем по которым выступает гражданин.

Антон РУДНЕВ

ленных траншей, или несколько (по числу траншей). Судебная практика уже давно не ставит под сомнение действительность и заключение договора займа, содержащего условие о предоставлении заемщику финансирования по частям¹, и поддерживает сторону заимодавца при взыскании задолженности по подобным соглашениям. Однако с регуляторной точки зрения переход к консенсуальной модели займа крайне важен.

Предоставление, а равно получение юридическими лицами беспроцентных займов на сумму, равную или превышающую 600 000 руб., признаются операциями, подлежащими обязательному контролю в контексте законодательства о противодействии легализации доходов². Согласно официальным разъяснениям Банка России если отдельные транши по договору займа составляют менее 600 000 руб., но общая сумма заемного финансирования по договору превышает указанную величину, банкам рекомендуется контролировать операции по получению/предоставлению займа нарастающим итогом и информировать Росфинмониторинг, когда общая сумма платежей будет равна или превысит 600 000 руб.³ Ассоциация российских банков занимает консервативную позицию: формировать сообщения в контролирующий орган следует в отношении каждого транша, сумма которого превышает 600 000 руб.⁴ С введением консенсуальной модели займа данная проблема утрачивает свою остроту, а подход, выработанный Банком России, становится единственно возможным.

Во-вторых, договор займа, заключенный по консенсуальной модели, может быть усилен предварительными условиями (*conditions precedent*), выполнение которых заемщиком является обязательным для получения финансирования. Традиционно в их число попадают условия о предоставлении документов, подтверждающих финансовую благонадежность заемщика, погашение действующих обременений в отношении предмета обеспечения и ключевых активов, заключение обеспечительных сделок или договора страхования в пользу заимодавца.

¹ Постановления Десятого арбитражного апелляционного суда от 13.05.2011 по делу № А41-38693/09, ФАС Московского округа от 02.09.2010 № КГ-А40/7858-10-П по делу № А40-68789/07-10-487.

² Абзац 8 подп. 4 п. 1 ст. 6 Федерального закона от 07.08.2001 № 115-ФЗ «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма».

³ Пункт 3 Информационного письма Банка России от 01.09.2009 № 16 «Обобщение практики применения Федерального закона «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма» и принятых в соответствии с ним нормативных актов Банка России».

⁴ Пункт 7.2 Методических рекомендаций по выявлению и представлению сведений о сделках (операциях) с движимым имуществом, подлежащих обязательному контролю (группа кодов 50) (утв. Комитетом АРБ по вопросам ПОД/ФТ, протокол заседания Комитета от 27.01.2010 № 22).

Новые правила ГК РФ о финансовых сделках: капремонт с элементами реновации

Стоит учесть, что использование предварительных условий в кредитных соглашениях по российскому праву не обходится без шероховатостей. С одной стороны, судебная практика, следуя принципу свободы договора, признает за такими договоренностями юридическую силу¹. С другой стороны, сформулированная в 2011 г. позиция ВАС РФ, согласно которой необоснованный отказ кредитора от предоставления кредита позволяет заемщику взыскать с кредитора возникшие в связи с таким отказом убытки², по-прежнему актуальна.

Полагаем, между вышеупомянутыми подходами не существует глобальных противоречий. В контексте правил об отказе заимодавца/кредитора от договора ключевым является наступление срока предоставления кредита в ситуации, когда предоставление финансирования не обусловлено какими-либо дополнительными факторами. Предварительные условия — дополнительный элемент к положениям договора о сроке предоставления займа. Они выступают дополнительной гарантией для заимодавца и с учетом положений ст. 327.1 ГК РФ исключают возникновение у заимодавца обязанности предоставить финансирование по договору до тех пор, пока заемщиком не выполнены все необходимые для этого условия.

Доходность по займу: в поисках справедливого баланса

Правила о начислении процентов по договорам займа подверглись точечным правкам, которые качественно меняют сам подход к регулированию возмездности займов.

Гражданский кодекс РФ продолжает наполняться положениями, ориентирующими участников оборота на свободу в моделировании условий договора. На этот раз в п. 2 ст. 809 ГК РФ законодатель отмечает, что размер процентов за пользование займом может быть определен как в классическом формате (в виде ставки в процентах годовых или в фиксированной величине)³, так и с использованием более сложных форм — ставка в процентах годовых, изменяемая в зависимости от базовой величины.

¹ Постановления Девятого арбитражного апелляционного суда от 06.03.2012 № 09АП-2821/2012-ГК по делу № А40-97514/11-47-816, Третьего арбитражного апелляционного суда от 21.06.2010 по делу № А33-20964/2009, Девятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 26.11.2010 по делу № А08-7937/2009-13.

² Пункт 11 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13.09.2011 № 147 «Обзор судебной практики разрешения споров, связанных с применением положений Гражданского кодекса Российской Федерации о кредитном договоре».

³ Определение Верховного суда РФ от 20.07.2016 № 305-ЭС16-8292 по делу № А40-142087/2015; Апелляционное определение Пензенского областного суда от 19.08.2014 по делу № 33-2125.

Антон РУДНЕВ

То, что по смыслу ст. 809 ГК РФ доходность по облигационным займам может определяться в виде формулы с переменными (курс определенной иностранной валюты, котировка определенной ценной бумаги у организатора торговли на рынке ценных бумаг и др.), Пленум ВАС РФ отметил еще в 2012 г., разъясняя судьбу поручительства по таким облигациям¹. С 1 июня 2018 г. допустимым также признается любой иной алгоритм определения платы за пользование займом, который позволяет определить размер процентов по займу на дату платежа.

Важно отметить, что привязка процентной ставки к переменной величине представляет собой принципиально иной механизм, нежели закрепление в договоре займа суммы долга в иностранной валюте. В первом случае в зависимости от колебаний курса варьируется процентная ставка по займу при неизменности абсолютной величины основного долга. В ситуации с «валютным» займом любые скачки курса непосредственно влияют на основной долг. Можно комбинировать эти механизмы и при изменении переменной величины масштабировать как величину основного долга, так и проценты за пользование займом. Например, можно предоставить заем в рублях в эквиваленте согласованной суммы в иностранной валюте (п. 2 ст. 807 ГК РФ) и включить в договор формулу, по которой процентная ставка увеличивается или уменьшается в зависимости от того, находится ли текущий курс базовой валюты в пределах согласованного сторонами валютного коридора.

Отдельного внимания заслуживает п. 5 ст. 809 ГК РФ, в котором установлено правило о снижении ростовщических процентов по займу. В ходе реформы в Гражданском кодексе РФ появилось значительное число норм, которые усилили договорную дисциплину должника и дали кредитору дополнительные возможности по контролю за ходом исполнения обязательства, а равно гарантии того, что обязательство будет исполнено надлежащим образом. Правило о ростовщических процентах как норма с откровенно «продолжниковым» акцентом решает противоположную задачу — сдерживать кредитора и блокировать получение им экономически необоснованного обогащения.

Первым шагом на пути к решению этой проблемы стали разъяснения ВАС РФ о том, что превышение начисленной неустойки над ставкой рефинансирования Банка России более чем в два раза

Привязка процентной ставки к переменной величине представляет собой принципиально иной механизм, нежели закрепление в договоре займа суммы долга в иностранной валюте. Можно комбинировать эти механизмы и при изменении переменной величины масштабировать как величину основного долга, так и проценты за пользование займом.

¹ Пункт 42 Постановления Пленума ВАС РФ от 12.07.2012 № 42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством».

Новые правила ГК РФ о финансовых сделках: капремонт с элементами реновации

является критерием несоразмерности штрафных санкций допущенному нарушению¹.

В данный момент суды общей юрисдикции пресекают практику установления в договорах кабальных штрафных санкций и активно используют свое право на уменьшение размера неустойки, явно несоразмерной последствиям нарушения². Однако в рамках арбитражных споров, связанных с осуществлением их участниками предпринимательской деятельности, принцип свободы договора по-прежнему звучит убедительнее, чем все аргументы должников о том, что предусмотренная договором неустойка носит чрезмерно обременительный характер и не соответствует рыночной практике³.

Согласно п. 5 ст. 809 ГК РФ вопрос о снижении чрезмерно высокой платы за пользование займом может быть инициирован только в спорах в сфере непрофессионального кредитования. Оспариваемый договор займа должен быть заключен между гражданами или между юридическим лицом, не осуществляющим профессиональной деятельности по предоставлению потребительских займов, и заемщиком-гражданином. Ростовскими могут быть признаны только такие проценты, которые в два и более раз превышают обычно взимаемые в подобных случаях проценты. По смыслу п. 5 ст. 809 ГК РФ снижение процентов может быть осуществлено как по ходатайству заемщика, так и по инициативе суда. Однако закон умалчивает о том, на какие величины разумно ориентироваться при установлении обычно взимаемых процентов. Учитывая, что речь идет о сфере непрофессионального, а стало быть нерегулярного, предоставления займов на сугубо индивидуальных условиях, отсутствие эталона справедливой ставки — серьезная проблема, которая может полностью парализовать применение этой нормы на практике.

В том же, «продолжниковом», ключе скорректированы положения п. 2 ст. 811, ст. 813 и 814 ГК РФ, ограничивающие взыскание причитающихся займодавцу процентов величиной, которой указанные проценты достигают на момент фактического возврата займа⁴.

В «продолжниковом» ключе скорректированы положения п. 2 ст. 811, ст. 813 и 814 ГК РФ, ограничивающие взыскание причитающихся займодавцу процентов величиной, которой указанные проценты достигают на момент фактического возврата займа.

¹ Пункт 2 Постановления Пленума ВАС РФ от 22.12.2011 № 81 «О некоторых вопросах применения статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации»; п. 69 Постановления Пленума Верховного суда РФ от 24.03.2016 № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств».

² Апелляционные определения Саратовского областного суда от 26.07.2017 по делу № 33-5501/2017, Нижегородского областного суда от 13.06.2017 № 33-6729/2017.

³ Решение Арбитражного суда Свердловской области от 10.04.2017 по делу № А60-55599/2016.

⁴ Подробнее об этом концептуальном изменении см.: Витрянский В.В. Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги. М.: Статут, 2016.

Антон РУДНЕВ

В свое время вышеупомянутые положения ГК РФ были однозначно интерпретированы высшими судебными инстанциями как позволяющие займодавцу требовать от заемщика уплаты всех причитающихся процентов по договору вплоть до даты, в которую заем подлежал возврату¹. Однако еще на этапе планирования реформы ГК РФ разработчики обращали внимание на то, что это правило вызывает возражения у участников оборота и в некоторых случаях является несправедливым.

В 2013 г. Президиум ВАС РФ попытался разрешить эту проблему в другом ракурсе — с точки зрения соотношения причитающихся процентов с упущенной выгодой кредитора от преждевременного возврата займа². Он констатировал, что положения п. 2 ст. 811, ст. 813 и 814 ГК РФ по существу возлагают на должника обязанность возместить кредитору убытки в виде неполученных доходов (упущенной выгоды), вызванных досрочным возвратом займа. Ввиду того что займодавец имеет возможность повторно пустить в оборот средства, полученные при досрочном погашении займа, причитающиеся проценты подлежат взысканию с заемщика с учетом реального масштаба потерь, которые понес займодавец.

По нашему мнению, новая редакция п. 2 ст. 811 ГК РФ восстанавливает экономическую логику данного правила: заемщик платит за пользование полученным займом и размер платы прямо пропорционален периоду этого пользования. При нарушении графика платежей, утрате обеспечения или использовании займа не по целевому назначению заемщик заплатит тем меньше причитающихся процентов, чем оперативнее он удовлетворит требование кредитора о досрочном погашении займа.

На пользу банкам

Изменения, внесенные в § 2 гл. 42 ГК РФ, нельзя назвать радикальными. В целом они расставляют ряд значимых акцентов, фиксируя устоявшуюся практику профессионального кредитования. Отметим два из них.

Первое — банки получили официальную возможность взимать с должников дополнительные банковские комиссии за предостав-

¹ Пункт 16 Постановления Пленума Верховного суда РФ № 13, Пленума ВАС РФ № 14 от 08.10.1998 «О практике применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о процентах за пользование чужими денежными средствами»; Определение Конституционного суда РФ от 15.01.2009 № 243-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Трофимова Алексея Александровича на нарушение его конституционных прав пунктом 2 статьи 811 Гражданского кодекса Российской Федерации».

² Пункт 6 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13.09.2011 № 147 «Обзор судебной практики разрешения споров, связанных с применением положений Гражданского кодекса Российской Федерации о кредитном договоре».

Новые правила ГК РФ о финансовых сделках: капремонт с элементами реновации

ление и обслуживание кредита (п. 1 ст. 821 ГК РФ) с учетом ограничений, предусмотренных законом о потребительском кредитовании¹.

Второе — кредитор вправе потребовать досрочного возврата кредита в случаях, предусмотренных договором, только от должника, являющегося юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем. Ранее необоснованные попытки банков досрочно истребовать кредит у заемщиков-потребителей блокировались на уровне судебной практики².

Факторинг мирового уровня

Россия в 2014 г. ратифицировала Конвенцию УНИДРУА по международным факторинговым операциям 1988 г.³ и за последние три года значительно модернизировала гражданское и валютное законодательство, чтобы оживить сектор факторинговых операций.

В рамках валютного регулирования резиденты-экспортеры получили возможность привлекать финансирование в рамках факторинга напрямую в иностранной валюте в случае уступки финансовому агенту — резиденту требований к иностранному контрагенту по экспортному контракту⁴. Однако полной свободы законодатель им все же не предоставил: обязанность по репатриации денежных средств по экспортному контракту остается на резиденте-клиенте и считается исполненной только в момент зачисления иностранным контрагентом денежных средств на счет финансового агента — резидента, которому было уступлено требование по экспортному контракту⁵.

Поправки в гл. 43 ГК РФ внушают гораздо больше оптимизма. Главное изменение затронуло самую суть договора финансирования под уступку денежного требования — его предмет. С 1 июня 2018 г. договором факторинга по российскому праву может признаваться только такое соглашение, по которому финансовый агент обязуется совершить в пользу клиента *не менее двух действий* в отношении уступленных требований:

¹ Статья 6 Федерального закона от 21.12.2013 № 353-ФЗ «О потребительском кредите (займе)».

² Пункт 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13.09.2011 № 146 «Обзор судебной практики по некоторым вопросам, связанным с применением к банкам административной ответственности за нарушение законодательства о защите прав потребителей при заключении кредитных договоров».

³ Федеральный закон от 05.05.2014 № 86-ФЗ «О присоединении Российской Федерации к Конвенции УНИДРУА по международным факторинговым операциям».

⁴ Часть 4 ст. 9 Федерального закона от 10.12.2003 № 173-ФЗ «О валютном регулировании и валютном контроле» (далее — Закон № 173-ФЗ).

⁵ Часть 5 ст. 19 Закона № 173-ФЗ.

Антон РУДНЕВ

- передавать клиенту денежные средства в счет денежных требований, в том числе в виде займа или предварительного платежа (аванса);
- осуществлять учет денежных требований клиента к третьим лицам (должникам);
- осуществлять права по денежным требованиям клиента, в том числе предъявлять должникам денежные требования к оплате, получать платежи от должников и производить расчеты, связанные с денежными требованиями;
- осуществлять права по договорам об обеспечении исполнения обязательств должников.

Таким образом, финансирование под уступку денежного требования приобрело более отчетливые черты договора, предполагающего оказание клиенту особых финансовых услуг (непосредственно финансирования, а также вспомогательные услуги по администрированию дебиторской задолженности). Для судебной практики идентификация договора факторинга является давней проблемой¹. В договорной практике уступка денежного требования, совершаемая в рамках факторинга, практически неотличима от уступки по договору купли-продажи. Поэтому при квалификации договора судам приходится ориентироваться на буквальное прочтение договора и используемой в нем терминологии и делать компромиссный вывод о том, что уступка прав требования в рамках гл. 43 ГК РФ является разновидностью общегражданской уступки².

По нашему мнению, внесенные изменения восстанавливают status quo и дают судам и участникам оборота понятный ориентир, в каких случаях для уступки дебиторской задолженности достаточно конструкции купли-продажи, а в каких требуется использование особого договора об оказании финансовых услуг. Вместе с тем двойное впечатление производит п. 4 ст. 824 ГК РФ, позволяющий участникам оборота заключать иные договоры, в которых уступка денежных требований комбинируется с одной или несколькими дополнительными услугами цессионария в пользу cedenta.

Совершенно непонятно, хотел ли тем самым законодатель приравнять подобные вариации на тему финансирования под уступку денежного требования к классическому факторингу по правилам гл. 43 ГК РФ или же наоборот — обозначить специфику таких согла-

Внесенные в ГК РФ изменения дают судам и участникам оборота понятный ориентир, в каких случаях для уступки дебиторской задолженности достаточно конструкции купли-продажи, а в каких требуется использование особого договора об оказании финансовых услуг.

¹ Концепция развития законодательства о ценных бумагах и финансовых сделках (проект) // Вестник гражданского права. 2009. № 2. По вопросу о различных подходах судов к квалификации договора факторинга см. Постановления ФАС Волго-Вятского округа от 31.03.2005 № А79-6708/2004-СК2-6335, ФАС Северо-Кавказского округа от 20.04.2005 № Ф08-1545/2005, ФАС Уральского округа от 12.07.2004 № Ф09-2155/04-ГК.

² Постановление ФАС Московского округа от 13.05.2013 по делу № А40-77804/12-58-736.

Новые правила ГК РФ о финансовых сделках: капремонт с элементами реновации

шений и их самостоятельную природу. Судя по всему, на практике это приведет к тому, что суды будут либо признавать такие соглашения разновидностью факторинга (применять к ним положения гл. 43 ГК РФ и субсидиарно гл. 39 ГК РФ), либо квалифицировать их в качестве особого смешанного договора, на который распространяются правила гл. 30 ГК РФ (о купле-продаже) и гл. 39 (об оказании услуг).

Примечательно, что на этапе рассмотрения этого законопроекта во втором чтении п. 4 ст. 824 был сформулирован иначе: *«Стороны вправе заключать также иные договоры, содержащие условие об уступке денежных требований взамен предоставления финансирования (на условиях встречного предоставления денежных средств) стороне соглашения или третьему лицу»*¹. Такой подход был вполне оправдан, так как позволял распространить положения гл. 43 ГК РФ на выработанные практикой разновидности факторинга, в которых сторона, запрашивающая финансирование, не совершала уступки денежных требований в пользу финансового агента. Ярким тому примером является реверсивный факторинг, при котором в результате уступки денежных требований должник клиента получает от нового кредитора отсрочку исполнения обязательства. Доходность финансового агента складывается из двух компонентов: дисконт или комиссия, получаемая от клиента при уступке, и проценты за предоставление коммерческого кредита должнику².

Стоит также отметить, что с 1 июня 2018 г. заключение договора факторинга по модели реального договора будет невозможным. Это еще один наглядный пример того, что консенсуальная модель более удобна и востребована оборотом.

Изменения в ст. 824–828 ГК РФ выполняют функцию «тонкой настройки». Вслед за переработкой общих положений об уступке прав требования законодатель, теперь уже применительно к факторингу, еще раз констатировал, что предметом уступки могут выступать как существующие, так и будущие требования, что любые договорные запреты на уступку (в договоре клиента с должником или любым третьим лицом) не затрагивают действительности цессии в пользу нового кредитора (фактора). Допустимость последующей уступки прав требования финансовым агентом, а также судьба средств, получаемых финансовым агентом от должника по уступ-

С 1 июня 2018 г. заключение договора факторинга по модели реального договора будет невозможным. Это еще один наглядный пример того, что консенсуальная модель более удобна и востребована оборотом.

¹ <http://sozd.parlament.gov.ru/download/1434F5EE-2570-4CE7-A2B1-1A52AF166932>.

² Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 16.01.2015 № 13АП-27620/2014 по делу № А56-72757/2013/СД1.

Антон РУДНЕВ

ленному требованию, зависят от цели приобретения дебиторской задолженности (ст. 828 и 831 ГК РФ). Такая уступка, по общему правилу, допустима, если она совершалась в целях покупки, но блокируется, если целью уступки являлось обеспечение исполнения обязательства клиента перед фактором или оказание фактором клиенту услуг, связанных с уступленными денежными требованиями.

При покупке дебиторской задолженности у клиента фактору причисляются 100% средств, полученных от должника. При обеспечительном факторинге платежи, вносимые должником, автоматически направляются на погашение обязательств клиента перед финансовым агентом. Если же договор факторинга предполагал уступку только для целей администрирования дебиторской задолженности, то фактор имеет право лишь на свое вознаграждение за предоставление этих услуг, в том числе может удержать его из суммы средств, которые должен перечислить клиенту.

Публичные депозитные счета: для кого и почему

С 1 июня 2018 г. к номинальным счетам и счетам эскроу добавляется еще один специфический тип счетов — публичный депозитный счет.

Появление соответствующего параграфа в гл. 45 ГК РФ связано с необходимостью определить правовой режим счетов, которые используются официальными лицами (нотариусами, судами, судебными приставами) для приема платежей в особых ситуациях: когда кредитор не известен или уклоняется от принятия исполнения по обязательству, при расчетах в рамках производства по делу о банкротстве¹, при предоставлении встречного обеспечения или депонировании средств на оплату судебных издержек в арбитражном деле² и др.

В настоящее время нормативное регулирование публичных депозитных счетов является разрозненным и сводится к закреплению в отдельных законах случаев, в которых средства депонируются на такие счета, а также к банковским правилам о порядке их открытия и обслуживания³. Сохранение в отношении таких особых счетов,

¹ Денежные средства подлежат внесению на депозитный счет арбитражного суда при погашении обязательства кредитной организации — банкрота ее учредителями или третьим лицом на выплату вознаграждения финансовому управляющему в рамках банкротства гражданина (ст. 189.93 и 213.4 Федерального закона от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»).

² Статьи 94 и 108 АПК РФ.

³ Глава 6 Инструкции Банка России от 30.05.2014 № 153-И «Об открытии и закрытии банковских счетов, счетов по вкладам (депозитам), депозитных счетов».

Новые правила ГК РФ о финансовых сделках: капремонт с элементами реновации

владельцы которых по сути являются хранителями сумм, предназначенных третьим лицам, режима обычного банковского счета сопряжено с рядом негативных последствий. Так, банку сложно контролировать лимиты расходования средств, находящихся на депозитном счете нотариуса. В результате возникает риск произвольного расходования средств владельцем счета и невозможности исполнения обязательств депонентов перед бенефициарами. Кроме того, средства, находящиеся на таком счете, по ошибке могут попасть в наследственную массу владельца счета.

Обновленные положения ГК РФ о банковских счетах предполагают наличие в структуре гл. 45 четырех самостоятельных параграфов: §1 закрепляет общие положения, применимые ко всем видам банковских счетов, а §2–4 закрепляют специальные правила об отдельных видах счетов.

Публичный депозитный счет специфичен во всех отношениях:

1. Он открывается только в случаях, прямо предусмотренных законом, и только в российских кредитных организациях, величина собственных средств (капитала) которых составляет не менее 20 млрд руб.¹ Из этого следует, что публичный депозитный счет не станет альтернативой таким популярным способам расчетов, как эскроу, аккредитив или банковская ячейка.

2. На «клиентской» стороне незримо присутствует особая множественность лиц: владелец счета, которым является нотариус, суд или иной субъект, указанный в законе, а также бенефициар счета (непосредственный получатель средств, депонируемых на счет). Бенефициар публичного депозитного счета вправе требовать совершения операций с денежными средствами на счете только от владельца счета, но не от банка. Это означает, что банк вправе игнорировать прямые инструкции бенефициара о совершении операций по счету.

С точки зрения техники банковского обслуживания банк должен будет идентифицировать владельца счета (в момент открытия счета), а также бенефициара (т.е. конечного получателя депонированных средств либо депонента, которому возвращаются средства) в срок, не превышающий семи рабочих дней со дня совершения операции².

Бенефициар публичного депозитного счета вправе требовать совершения операций с денежными средствами на счете только от владельца счета, но не от банка. Это означает, что банк вправе игнорировать прямые инструкции бенефициара о совершении операций по счету.

¹ Этому критерию отвечают только банки, входящие в топ-150 согласно различным рейтингам (например: <https://www.banki.ru/banks/ratings/>).

² Пункт 1.5 Положения Банка России от 15.10.2015 № 499-П «Об идентификации кредитными организациями клиентов, представителей клиента, выгодоприобретателей и бенефициарных владельцев в целях противодействия легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма».

Антон РУДНЕВ

3. Публичный депозитный счет выполняет исключительно функцию временного хранилища. Денежные средства, поступившие на него, могут проследовать только в двух направлениях: либо на счет бенефициара, либо обратно к их депоненту. Следует учесть, что возврат средств депоненту не производится автоматически. Так, например, нотариус возвращает средства с депозита внесшему их лицу только с согласия бенефициара, на основании соглашения между депонентом и бенефициаром или по решению суда¹.

4. По умолчанию публичный депозитный счет не приносит какой-либо ощутимой доходности: на суммы, находящиеся на счете, уплачиваются проценты по вкладам до востребования.

5. Денежные средства, зачисленные на публичный депозитный счет, обладают безусловным иммунитетом от ареста, приостановления операций или списания по требованиям кредиторов владельца счета. Тем не менее, на право требования к владельцу счета может быть обращено взыскание по обязательствам бенефициара² или депонента счета.

В последнем случае, очевидно, потребуется, чтобы к моменту обращения такого взыскания наступило одно из оснований, предусмотренных законом для возврата средств из депозита. В настоящий момент практика исходит из того, что депонент утрачивает контроль за средствами, внесенными в депозит в счет исполнения обязательства³. Следовательно, у него отсутствует право требования к владельцу депозитного счета как актив, на который можно было бы обратить взыскание⁴.

Ситуация, когда кредитор не совершил действий по востребованию средств из депозита, оценивается судами двояко. Если речь об общем случае исполнения обязательства внесением средств в депозит нотариуса, при невостребовании кредитором всей депонированной суммы передачу денежных средств нельзя считать завершенной, а право кредиторов на денежные средства — возникшим⁵. Однако в специфических случаях (например, при принудительном выкупе акций у миноритариев) суды констатируют, что факт неполучения частью кредиторов перечисленных в их пользу денежных средств не воз-

¹ Статья 88 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате (утв. ВС РФ 11.02.1993 за № 4462-1).

² Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 12.10.2015 № Ф03-3915/2015 по делу № А73-5160/2014.

³ Пункт 56 Постановления Пленума Верховного суда РФ от 22.11.2016 № 54 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации об обязательствах и их исполнении».

⁴ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 25.12.2015 № Ф05-5957/2012 по делу № А40-92847/11.

⁵ Решение Арбитражного суда Кемеровской области от 12.12.2013 по делу № А27-12028/2013.

факторинг \ заем \ публичные депозитные счета

Новые правила ГК РФ о финансовых сделках: капремонт с элементами реновации

вращает спорные деньги в собственность истца, равно как и не возвращает бывшим миноритарным акционерам ранее принадлежащие им акции¹.

6. Поскольку публичный депозитный счет открывается в интересах его бенефициара, а не номинального владельца, прекращение договора банковского счета в связи с отсутствием движения средств по счету или достижением нулевого баланса невозможно (п. 3 ст. 860.15 ГК РФ).

Выводы

В целом обновленные положения раздела ГК РФ о финансовых сделках производят благоприятное впечатление. Появление целого ряда норм, закрывающих пробелы действующего регулирования, безусловно, снимет многие спорные вопросы как на этапе заключения финансовых сделок, так и на этапе последующего судебного анализа таких договоров.

Отдельные шероховатости, не совсем органично вписывающиеся в общую систему норм (проблема оспаривания ростовщических процентов, квалификация факторинговых договоров, заключенных с иной комбинацией финансовых услуг, чем требуемая по закону, и т.п.), потребуют от судов содержательного анализа этих новелл. Как показывает опыт, на формирование более-менее репрезентативной судебной практики по нововведениям в ГК РФ уходит около двух лет. 

¹ Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 14.04.2016 № Ф10-1070/2016 по делу № А35-7328/2015.

В конце прошлого года ВС РФ принял ряд решений, способных изменить практику взыскания с должников-банкротов. Может ли допэмиссия акций компании, в которой должник — мажоритарный акционер, быть оспорена в деле о банкротстве? Соблюдается ли приоритет прав залоговых кредиторов при принятии решения о продаже залогового и незалогового имущества единым лотом? Если в решении суда о взыскании долга по валютному кредиту установлена сумма в рублях, вправе ли кредитор пересчитать сумму по актуальному курсу при включении требования в реестр?

Николай ПОКРЫШКИН, фирма «Кульков, Колотиллов и партнеры», партнер
Сергей ЛЫСОВ, фирма «Кульков, Колотиллов и партнеры», юрист

Ключевые прецеденты в сфере банкротства за IV квартал 2017 года

ВС РФ разъяснил вопросы, связанные с привлечением контролирующих должника лиц к субсидиарной ответственности¹

Июль 2017 г. запомнился юридическому сообществу установлением кардинально новых правил привлечения к субсидиарной ответственности лиц, контролирующих действия должника-банкрота. Так, в Законе о банкротстве² взамен одной статьи, которая ранее содержала лишь общие положения о субсидиарной ответственности, были введены тринадцать, которые теперь содержат куда более подробное регулирование.

Для разъяснения новых положений законодательства Пленум Верховного суда РФ в конце прошлого года выпустил Постановление от 21.12.2017 № 53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве».

Основные (но далеко не все) нововведения:

— в каждом конкретном случае суд должен проверять степень значительности влияния лица, привлекаемого к субсидиарной ответственности, на принятие существенных деловых решений должника;



¹ Постановление Пленума ВС РФ от 21.12.2017 № 53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве».

² Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)».

Ключевые прецеденты в сфере банкротства за IV квартал 2017 года

— если лицо являлось лишь номинальным руководителем должника и не принимало самостоятельных решений, то оно все равно может быть привлечено к субсидиарной ответственности. Однако размер ответственности номинального руководителя может быть уменьшен, если он раскроет информацию о фактическом руководителе должника и (или) имуществе должника или фактического руководителя, за счет которого могут быть удовлетворены требования кредиторов.

Таким образом, для номинального руководителя предусмотрена возможность пойти на сделку с судом, чтобы избежать или уменьшить размер ответственности;

— даже в случае, если невыгодная сделка была одобрена коллегиальным органом управления (собранием участников/акционеров или наблюдательным советом), руководитель (фактический или номинальный) все равно может быть привлечен к ответственности за ее совершение;

— контролирующим лицом, привлекаемым к ответственности, может быть признано третье лицо, которое получило существенный актив должника (в т.ч. по цепочке последовательных сделок), выбывший из владения должника по сделке, совершенной руководителем должника в ущерб интересам возглавляемой организации и ее кредиторов.

Такой приобретатель может избежать ответственности, если представит доказательства того, что сделка являлась возмездной и совершена на условиях, на которых в сравнимых обстоятельствах обычно совершаются аналогичные сделки;

— суд не будет привлекать контролирующее лицо к ответственности, если его действия не выходили за пределы обычного делового риска и такое лицо не хотело нарушить права кредиторов. В этом случае негативные последствия не будут считаться результатом недобросовестного поведения.

В целом новые правила о субсидиарной ответственности существенно ужесточают ответственность, фактически устанавливают презумпцию ее наличия, которую привлекаемые лица обязаны преодолевать, представляя доказательства своей невиновности.

Предполагается, что введение нового регулирования позволит разрешить давнюю проблему, связанную с тем, что к субсидиарной ответственности привлекались далеко не те лица, которые фактически контролировали должника (в частности, бенефициары), а лишь исполнители, которые зачастую лишь выполняли решения бенефициаров.

Согласно Постановлению Пленума ВС РФ от 21.12.2017 № 53 размер ответственности номинального руководителя может быть уменьшен, если он раскроет информацию о фактическом руководителе должника и (или) имуществе должника или фактического руководителя, за счет которого могут быть удовлетворены требования кредиторов.

Николай ПОКРЫШКИН Сергей ЛЫСОВ

Ярким примером является статистика Банка России о привлечении к ответственности должностных лиц кредитных организаций¹, согласно которой за период с 2005 г. по июль 2017 г. к ответственности были привлечены лишь четыре акционера, два контролирующих лица, не являвшихся руководителями, и лишь один бенефициар кредитной организации. Остальные же привлеченные к ответственности (более ста менеджеров) являлись членами исполнительных органов банка и, очевидно, не были в полной мере свободны в принятии решений, следствием которых стало причинение вреда кредиторам банков.

Решение о допэмиссии акций может быть оспорено в рамках дела о банкротстве²

Верховный суд РФ дал ответ на вопрос, можно ли решение о допэмиссии акций компании, в которой должник — мажоритарный акционер, оспорить в рамках дела о банкротстве как сделку, причинившую ущерб кредиторам.

Обстоятельства дела. Правовая проблема

Одним из существенных активов должника-банкрота являлся мажоритарный пакет акций предприятия-теплоцентрали (67%). Во время процедуры наблюдения должник принял решение о проведении дополнительной эмиссии акций, и в результате данной процедуры право приобрести более 90% от общего числа акций получила офшорная компания по цене приблизительно 300 тыс. руб., в то время как такой пакет акций, по утверждению заявителей, стоил более 30 млн руб. У самого же должника осталось менее 3% акций, которые и попали в конкурсную массу.

После введения процедуры конкурсного производства управляющий должника предпринял попытку оспорить допэмиссию по правилам оспаривания сделок в деле о банкротстве, чтобы восстановить права должника на утраченные акции.

Суды первой, апелляционной и кассационной инстанций в удовлетворении иска отказали, посчитав, что решение общего собрания акционеров теплоцентрали нельзя считать сделкой должника или сделкой, совершенной за счет должника, следовательно, оспаривание должно производиться в отдельном процессе по правилам АПК РФ о корпоративных спорах, а не в рамках дела о банкротстве.

¹ Данные о привлечении должностных лиц кредитных организаций, признанных несостоятельными (банкротами), к гражданско-правовой и уголовной ответственности за период с 2005 г. по 01.07.2017 (http://www.cbr.ru/credit/likvidbase/print.asp?file=b_list.htm).

² Определение ВС РФ от 18.12.2017 № 305-ЭС17-12763 (1, 2) по делу № А40-698/2014.

Ключевые прецеденты в сфере банкротства за IV квартал 2017 года

Верховный суд РФ признал аргументацию судов неверной и направил дело на новое рассмотрение, допустив тем самым возможность оспаривания корпоративных решений в деле о банкротстве.

Позиция Верховного суда РФ

Примечательно, что ВС РФ в последнее время все чаще строит аргументацию по принципу исключений: в начале описывается общее правило, но в конце делается вывод, что «в исключительных случаях» допустимо разрешать ситуацию совершенно иным образом.

В рассматриваемой ситуации ВС РФ также указал, что *«по общему правилу, оспаривание названных корпоративных юридических фактов недопустимо в силу преобладания общественных интересов по защите соответствующего рынка как имеющего принципиальное значение для экономики в целом над интересами кредиторов несостоятельного лица»*.

Но дальше суд подчеркнул, что в рассматриваемом случае фабула дела настолько исключительна и права кредиторов настолько нарушены дополнительной эмиссией, что суд для защиты этих прав может рассмотреть требование в рамках дела о банкротстве.

Возникает закономерный вопрос: насколько такие выводы представляют ценность для формирования судебной практики? Смогут ли суды нижестоящих инстанций вывести какое-то правило из судебного акта ВС РФ, построенного на принципе исключения? Например, сможет ли суд, анализируя схожую ситуацию, руководствоваться позицией ВС РФ, раз фабула дела, рассмотренного ВС РФ, была настолько исключительна?

Остается надеяться, что, выпуская подобные судебные акты, ВС РФ пытается побудить нижестоящие суды к тому, чтобы более детально разбираться в каждой конкретной ситуации, не обязательно руководствоваться устоявшимися правилами и, помимо рассмотрения формальной стороны вопроса, предпринимать попытки эффективной защиты прав участников спора.

Продажа залогового и незалогового имущества единым лотом возможна только с согласия залогового кредитора¹

Обстоятельства дела. Правовая проблема

С января 2015 г. законодатель существенно расширил права залоговых кредиторов, предоставив им право самостоятельно определять правила продажи заложенного имущества в деле о банкротстве.

Примечательно, что ВС РФ в последнее время все чаще строит аргументацию по принципу исключений: в начале описывается общее правило, но в конце делается вывод, что «в исключительных случаях» допустимо разрешать ситуацию совершенно иным образом.

¹ Определение ВС РФ от 20.11.2017 № 305-ЭС16-10852 (З) по делу № А41-21198/2015.

Николай ПОКРЫШКИН Сергей ЛЫСОВ

Однако является ли это правомочие безграничным и должны ли при продаже имущества учитываться права остальных кредиторов?

Весьма часто должники передают в залог имущество, которое затруднительно отделить от незаложенного, например в ситуации, когда в залог передаются отдельные составляющие производственного цикла.

В таких случаях принятие решения о совместной продаже заложенного и незаложенного имущества повышает шансы на успешную реализацию предмета залога, особенно в ситуации, когда потенциальный инвестор может иметь интерес в восстановлении производства на базе имущества должника-банкрота.

В споре, который рассмотрел ВС РФ, залоговые кредиторы ООО «Петушинский металлический завод», в число которых входили ведущие банки — Бинбанк, ВТБ, «Открытие», ЮниКредит Банк, не согласились с тем, что остальные кредиторы, воспользовавшись отсутствием у залоговых кредиторов права голоса, утвердили на собрании кредиторов положение о продаже имущества должника, подразумевавшее совместную реализацию заложенного и незаложенного имущества.

Суд первой инстанции согласился с банками и признал результаты собрания недействительными. Однако в апелляции удача изменила залоговым кредиторам, и суд, отменяя решение, мотивировал это так: законом не предусмотрено, что продажа предмета залога в составе единого лота вместе с незалоговым имуществом возможна исключительно с согласия залоговых кредиторов.

Верховный суд РФ не смог согласиться с подходом коллег из апелляции, отменив их судебный акт и оставив в силе определение суда первой инстанции.

Позиция Верховного суда РФ

Основная аргументация ВС РФ заключается в том, что предоставленное залоговому кредитору право определять судьбу заложенного имущества распространяется и на ситуации, когда заложенное имущество продается совместно с незаложенным, образуя единый производственный цикл.

В частности, ВС РФ указал на то, что *«в условиях, когда в залог передана часть имущественного комплекса должника (конкурсной массы), а другая его часть свободна от залога, с учетом того фактора, что ранее в хозяйственной деятельности использование всей совокупности имущества было подчинено одной общей цели, в рамках дела о банкротстве между залоговыми и незалоговыми кредиторами могут возникать объективно обусловленные противоречия относительно выработки стратегии по поводу определения дальнейшей судьбы»*.

Ключевые прецеденты в сфере банкротства за IV квартал 2017 года

В разрешении данного конфликта ВС РФ советует руководствоваться законодательством, устанавливающим особый статус залогового кредитора. Наряду с этим ВС РФ признал возможность отступления от общего правила при явно недобросовестном уклонении залогодержателя от дачи согласия на продажу имущества в составе единого лота (в частности, когда для него явно намного выгоднее продать имущество единым лотом, но он по каким-либо иным причинам, не связанным с экономической целесообразностью, не соглашается с подобными условиями, причиняя тем самым вред остальным кредиторам), учитывая техническую невозможность оставления заложенного имущества в составе единого лота за собой в случае признания повторных торгов несостоявшимися.

Данная позиция представляется рациональной и направленной на установление баланса прав залоговых и незалоговых кредиторов, поскольку ВС РФ хоть и признал, с одной стороны, приоритет прав залоговых кредиторов, но, с другой стороны, поставил во главу угла экономическую целесообразность реализации имущества должника единым лотом, установив ряд важных исключений из общего правила.

ВС РФ признал недопустимым оспаривание соглашения об алиментах¹

Обстоятельства дела. Правовая проблема

Супруги Юрий и Лариса Б. в феврале 2014 г. заключили соглашение об уплате алиментов, по которому супруг обязался выплачивать 90% от ежемесячного дохода на содержание троих детей. Казалось бы, нет ничего зазорного в том, чтобы отец, проявляя заботу о своих детях, отдавал им собственный доход практически в полном объеме, если бы не одна примечательная особенность дела. Соглашение об уплате алиментов было заключено через несколько дней после того, как суд взыскал с должника значительную сумму в пользу ПАО «Группа компаний ПИК». После того, как в мае 2016 г. по заявлению Группы компаний ПИК Юрий Б. был признан банкротом, подобное распоряжение должником своими доходами не устроило его кредиторов и управляющего, который обратился в суд с требованием признать сделку недействительной как направленную на причинение вреда кредиторам.

Суды первой и апелляционной инстанций посчитали, что права детей должны быть выше желания кредиторов вернуть свои денежные средства, и в удовлетворении заявления было отказано.

¹ Определение ВС РФ от 27.10.2017 № 310-ЭС17-9405 (1, 2) по делу № А09-2730/2016.

Николай ПОКРЫШКИН Сергей ЛЫСОВ

Тем не менее, суд кассационной инстанции не согласился с коллегами и направил дело на новое рассмотрение. По его мнению, суды недостаточно тщательно изучили аргументы управляющего о том, что спорное соглашение заключено с целью воспрепятствовать обращению взыскания на доходы должника, поскольку остающиеся после выплаты алиментов 10% от заработной платы и иных доходов не позволяют в какой-либо мере погасить требования кредитора. Также суд указал на заключение соглашения непосредственно после вынесения судебного акта о взыскании денежных средств с должника.

Позиция Верховного суда РФ

В результате перед ВС РФ встала нелегкая дилемма, в которой на одну чашу весов судьи положили «права ребенка на уровень жизни, необходимый для его физического, умственного, духовного, нравственного и социального развития (ст. 27 Конвенции о правах ребенка от 20.11.1989)», а на другую — «закрепленное в ст. 307 и 309 ГК РФ право кредитора по гражданско-правовому обязательству получить от должника надлежащее исполнение».

Разрешая данную дилемму, ВС РФ апеллировал к ст. 7 и 38 Конституции РФ, согласно которым Российская Федерация является социальным государством, а в результате пришел к выводу, что интересы детей имеют приоритетное значение по отношению к интересам кредиторов. ВС РФ также указал, что суды первой и апелляционной инстанций верно соотнесли конкретный доход должника с размером денежных средств, необходимых для содержания детей.

С одной стороны, позиция ВС РФ представляется обоснованной, поскольку банкротство физического лица, разумеется, не должно иметь негативного влияния на его детей. Но с другой стороны, ВС РФ, защитив в данном споре одного должника, приоткрыл для тысяч остальных возможность добросовестно уклоняться от исполнения обязательств путем заключения аналогичных алиментных соглашений, что, скорее всего, найдет выражение в судебной практике.

Разъяснены особенности включения требования по валютному кредиту¹

Обстоятельства дела. Правовая проблема

При разрешении споров о взыскании суммы долга в валюте суды делают немало ошибок. Так, иногда они забывают указать, что кон-

Верховный суд РФ указал, что даже если в решении о взыскании долга по валютному кредиту установлена сумма в рублях на дату вынесения решения, то при включении требования в реестр необходимо руководствоваться курсом на дату введения соответствующей процедуры банкротства.

¹ Определение ВС РФ от 06.10.2017 № 303-ЭС17-8083 по делу № А51-2680/2016.

Ключевые прецеденты в сфере банкротства за IV квартал 2017 года

вертация в рубли должна производиться на дату исполнения решения, или, что еще хуже, сами переводят требование в валюту в рубли на дату вынесения решения. В рассматриваемом случае имел место худший вариант, и в результате кредитору вместо суммы в валюте была присуждена фиксированная денежная сумма в рублях.

Когда должник оказался в банкротстве, кредитор попытался включить в реестр требование, основанное на судебном решении, пересчитав его по курсу на день введения процедуры наблюдения. Суд первой инстанции согласился с кредитором, включив в реестр сумму, которая оказалась даже больше взысканной судом, поскольку курс валюты (евро) существенно вырос в период между вынесением решения о взыскании долга (2012 г.) и банкротством должника (2016 г.).

Тем не менее, суды апелляционной и кассационной инстанций посчитали, что кредитор не вправе пересчитывать сумму долга, раз за него это уже сделал суд общей юрисдикции несколько лет назад.

Позиция Верховного суда РФ

Верховный суд РФ, напротив, согласился с судом первой инстанции, указав, что даже если в решении о взыскании долга по валютному кредиту установлена сумма в рублях на дату вынесения решения, то при включении требования в реестр необходимо руководствоваться курсом на дату введения соответствующей процедуры банкротства.

В определении также отмечено: несмотря на то что в резолютивной части решения суда общей юрисдикции, на котором кредитор основывает свои требования, отсутствует указание на размер взыскиваемых сумм в иностранной валюте, из его мотивировочной части следует, что долг по кредиту выражен в евро. Аналогичный вывод следует из текста кредитного договора.

Данный подход представляется рациональным, поскольку очевидно, что риск существенного изменения курса валют не должен ложиться на кредитора лишь по той причине, что суд общей юрисдикции конвертировал в резолютивной части сумму взыскания в рубли. В то же время самому кредитору ничто не мешало исправить недостатки решения суда общей юрисдикции непосредственно после его вынесения в таком виде. В дальнейшем это исключило бы какие-либо риски, связанные с буквальной интерпретацией резолютивной части судебного акта. 

В статье рассматриваются отдельные правовые вопросы, которые разрешались судами в спорах, связанных с аккредитивной формой расчетов, в 2011–2017 годах. Тенденции судебной практики анализируются в контексте недавних изменений ГК РФ¹. Ввиду увеличения числа банкротств, в том числе банков, особое внимание уделяется последствиям несостоятельности банка-эмитента или плательщика для расчетов по аккредитиву².

Павел БУЛАТОВ, *White & Case, Судебная практика, советник*

Ирина МАЙСАК, *White & Case, Судебная практика, юрист профессиональной поддержки*

Практика рассмотрения российскими судами споров по документарным аккредитивам



Последствия банкротства банка-эмитента для расчетов по основному обязательству

Банкротство банков нередко создает ситуации, когда получатель средств по аккредитиву не может получить данные средства после отзыва лицензии у банка-эмитента. Однако это обстоятельство не может служить основанием для освобождения плательщика от обязанности произвести оплату по основному договору³. Аккредитив представляет собой форму расчетов по основному договору, и неисполнение банком-эмитентом обязанности по аккредитиву порождает на стороне плательщика просрочку оплаты перед получателем средств. При этом не имеет значения тот факт, что плательщик уже перевел денежные средства банку-эмитенту в счет покрытия по аккредитиву.

В этой связи представляется правильной позиция Московского городского суда в апелляционном определении от 04.03.2013 по делу



¹ Вступают в силу с 1 июня 2018 г.

² Статья написана по материалам выступления одного из авторов на конференции ICC Russia «Документарный аккредитив: актуальные вопросы практики и проблемы применения в цифровой среде», которая состоялась 11 октября 2017 г.

³ Интересно отметить, что суды признают: в случае когда товар был фактически передан покупателю, последний, исходя из принципа добросовестности, должен содействовать получению продавцом оплаты за товар, если продавец не смог по каким-либо причинам получить платеж по аккредитиву. Например, если банк отказал в выплате в связи с расхождениями в документах, то покупатель должен принять аккредитив с расхождениями либо произвести оплату в порядке другой формы расчетов (Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 12.05.2016 № А51-11536/2014).

Практика рассмотрения российскими судами споров по документарным аккредитивам

№ 11-3891/2013. В данном деле апелляционный суд оставил без изменения решение нижестоящего суда, который удовлетворил исковые требования о расторжении договора купли-продажи квартиры на том основании, что продавец не получил по нему оплату, поскольку на момент обращения продавца в банк-эмитент с требованием об исполнении аккредитива лицензия банка была отозвана.

По нашему мнению, к ошибочным выводам в деле с аналогичными обстоятельствами пришел Санкт-Петербургский городской суд в Апелляционном определении от 18.04.2017 № 33-7160/2017 по делу № 2-1207/2016. В данном деле апелляционный суд оставил в силе решение нижестоящего суда, который отказал в расторжении договора купли-продажи квартиры, посчитав, что достаточным доказательством, свидетельствующим об исполнении покупателем обязанности по оплате, является перевод денежных средств в счет покрытия по аккредитиву.

Последний подход, освобождающий покупателя от обязанности произвести оплату по основному договору, нельзя признать правильным. Он ставит исполнение обязательств по основному договору в зависимость от отношений по покрытию между плательщиком и банком-эмитентом. В результате риск неисполнения обязательства банком-эмитентом фактически возлагается на продавца, а покупатель освобождается от ответственности за то, что его контрагент (банк) не исполнил обязательство. Такой подход не согласуется с общими положениями ГК РФ об ответственности должника за неисполнение обязательства в связи с действиями привлеченного им третьего лица, в данном случае банка-эмитента¹.

В практике Арбитражного суда Московского округа был рассмотрен интересный случай, когда стороны согласовали, что «датой выполнения покупателем обязательства об оплате считается дата открытия аккредитива»². Окружной суд указал, что такой порядок расчетов между сторонами допускается в силу принципа свободы договора и обязательства покупателя будут считаться исполненными несмотря на то, что продавцу не удалось получить выплату по аккредитиву в связи с отзывом у банка лицензии.

На наш взгляд, в рассматриваемой ситуации обязательства покупателя могут считаться исполненными только в случае фактического перевода покупателем денежных средств в счет покрытия по аккредитиву банку-эмитенту. В противном случае у покупателя возникает неосновательное обогащение в виде полученного товара без предо-

Неисполнение банком-эмитентом обязанности по аккредитиву порождает на стороне плательщика просрочку оплаты перед получателем средств. При этом не имеет значения тот факт, что плательщик уже перевел денежные средства банку-эмитенту в счет покрытия по аккредитиву.

¹ Статья 403 ГК РФ.

² Постановление Арбитражного суда Московского округа от 31.03.2015 № А41-24644/14.

Павел БУЛАТОВ
Ирина МАЙСАК

ставления денежного эквивалента с его стороны. В целом мы не видим причин, препятствующих тому, чтобы стороны согласовали возложение на продавца финансовых рисков в случае банкротства банка-эмитента. Это выглядит особенно оправданным, когда банк-эмитент выбирается продавцом.

Вместе с тем в таком случае будет правильным, чтобы суд, признавая обязательства покупателя исполненными после открытия аккредитива и перевода средств в покрытие аккредитива, обязал покупателя уступить продавцу право требовать возврата покрытия с банка-эмитента. Иначе на стороне покупателя может возникнуть неосновательное обогащение, когда он получит товар без фактической оплаты продавцу, сохраняя за собой возможность требовать сумму покрытия из конкурсной массы банка-эмитента.

Одновременное включение в реестр банка-эмитента требований плательщика и получателя средств

Мы не видим причин, препятствующих тому, чтобы стороны согласовали возложение на продавца финансовых рисков в случае банкротства банка-эмитента.

В случае банкротства банка-эмитента порядок отражения требований плательщика и получателя средств в реестре требований кредиторов имеет определенную специфику. Представляется, что в таком случае у несостоятельного банка-эмитента существуют два самостоятельных обязательства в рамках аккредитивных правоотношений: одно обязательство перед плательщиком по возврату неиспользованного покрытия, а другое — перед получателем средств по исполнению аккредитива.

Ситуация одновременного включения требований в реестр возникла в недавнем деле о банкротстве¹. В данном деле суды пришли к выводу: требования получателя средств подлежат исключению из реестра с учетом того, что ранее в реестр уже были включены требования плательщика. По нашему мнению, суды пришли к ошибочным выводам, посчитав со ссылками на положения ГК РФ, что право требования по аккредитиву могло возникнуть у получателя средств лишь при необоснованном отказе в осуществлении выплат, а в рассматриваемом случае неисполнение аккредитива произошло в результате отзыва у банка лицензии.

Представляется, что отзыв лицензии не исключает ответственность банка-эмитента перед получателем средств. Соответственно правильным подходом было бы включение в реестр требований

¹ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 23.11.2017 № А40-71548/14. На момент написания настоящей статьи постановление было обжаловано в суд кассационной инстанции.

Практика рассмотрения российскими судами споров по документарным аккредитивам

кредиторов обоих требований: как требования плательщика в размере покрытия за вычетом соответствующих комиссий банка, так и требования получателя средств в размере неисполненного обязательства по аккредитиву.

Частичное удовлетворение требований получателя банком-эмитентом должно уменьшать объем обязательств плательщика по основному договору. Если таким образом основное обязательство будет погашено не полностью, за плательщиком сохраняется обязательство произвести оплату оставшейся суммы получателю в порядке другой формы расчетов. При этом оставшееся после расчетов с кредиторами обязательство банка-эмитента перед плательщиком в части неиспользованной и невозвращенной суммы покрытия будет считаться погашенным¹.

Независимость межбанковских отношений от отношений по покрытию

Недавними поправками на уровне ГК РФ прямо закреплен принцип независимости межбанковских отношений по аккредитиву. Если исполняющий банк исполнил непокрытый аккредитив, то банк-эмитент обязан возместить ему понесенные расходы, которые, в свою очередь, возмещаются банку-эмитенту плательщиком. При этом плательщик обязан возместить банку-эмитенту данные расходы независимо от исполнения банком-эмитентом своих обязательств перед исполняющим банком².

В ситуации банкротства банка-эмитента принцип независимости межбанковских отношений имеет особое значение. В этом случае плательщик не вправе отказаться от возмещения расходов банку-эмитенту со ссылками на то, что банк-эмитент не рассчитался с исполняющим банком³. Аналогичным образом исполняющий банк вправе предъявить требование о взыскании сумм по выплаченному аккредитиву только к банку-эмитенту и не может, минуя его, предъявить какое-либо требование к плательщику, ссылаясь на то, что последний не рассчитался с банком-эмитентом.

Банкротство плательщика

В судебной практике рассматривались дела, когда банк-эмитент производит выплату по аккредитиву после введения процедур

Исполняющий банк вправе предъявить требование о взыскании сумм по выплаченному аккредитиву только к банку-эмитенту и не может, минуя его, предъявить какое-либо требование к плательщику, ссылаясь на то, что последний не рассчитался с банком-эмитентом.

¹ Пункт 9 ст. 142 Федерального закона от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)».

² Пункт 5 ст. 871 ГК РФ в новой редакции.

³ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 13.12.2010 № А40-36468/10-44-160.

Павел БУЛАТОВ
Ирина МАЙСАК

банкротства в отношении плательщика. В этом случае суду необходимо определить, будут ли требования банка-эмитента к плательщику о возмещении расходов считаться текущими или реестровыми¹.

Суды признают требования банка-эмитента текущими, если его обязательства по аккредитиву были исполнены после подачи заявления о банкротстве плательщика. Например, в одном деле суд пришел к выводу, что расходы банка-эмитента по оплате комиссии за финансирование аккредитива иностранным банком представляют собой задолженность за услуги, оказанные банком-эмитентом после возбуждения дела о банкротстве плательщика, и, следовательно, являются текущими².

Представляется, что данный подход не должен быть универсальным и для целей соблюдения законодательства о банкротстве суд должен также учитывать дату возникновения обязательства плательщика по основному договору.

В частности, в одном из дел Федеральный арбитражный суд Северо-Западного округа указал³, что требования банка-эмитента являлись реестровыми на том основании, что обязательства плательщика по оплате по основному договору возникли до даты подачи заявления о банкротстве. В этой связи не имеет значения, понес ли банк расходы по аккредитиву до или после принятия судом к производству заявления о банкротстве плательщика.

Такой подход представляется правильным с точки зрения соблюдения законодательства о банкротстве, поскольку он исключает ситуации, когда банк-эмитент произвел выплату по аккредитиву в отношении реестрового требования, но при этом его собственные требования получили статус текущих.

Кроме того, на применение данного подхода ориентировал Пленум ВАС РФ при толковании схожих правоотношений по банковской гарантии, когда указывал, что для целей определения характера регрессных требований банка-гаранта к несостоятельному принципалу необходимо установить, возникло ли основное обязательство до даты возбуждения дела о банкротстве⁴. Представляется правильным использовать данные разъяснения в отношении расчетов по аккредитивам.

¹ Если выплата по аккредитиву произведена до введения процедур банкротства в отношении плательщика, требование банка-эмитента будет считаться реестровым.

² Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 25.01.2018 № А40-96672/15.

³ Постановление ФАС Северо-Западного округа от 24.07.2013 № А56-18972/2012.

⁴ Пункт 7 Постановления Пленума ВАС РФ от 23.07.2009 № 63.

Практика рассмотрения российскими судами споров по документарным аккредитивам

Ответственность исполняющего банка

В судебной практике встречаются споры об ответственности исполняющего банка при осуществлении им неправомерной выплаты по аккредитиву.

Ответственность исполняющего банка может наступать, когда он произвел выплату по новым условиям аккредитива, которые подтверждались документами, представленными получателем средств, но при этом не получил соответствующее надлежащее уведомление банка-эмитента об изменении таких условий¹. На исполняющий банк также может быть возложена ответственность, если он произвел выплату вопреки сообщению банка-эмитента о недостоверности документов, представленных получателем средств, притом что сам исполняющий банк мог и должен был по внешним признакам установить несоответствие представленных ему документов условиям аккредитива².

Суды возлагают ответственность на исполняющий банк в случае недостаточной проверки им представленных документов. В частности, в судебных решениях обращается внимание на обязательность проверки следующих элементов:

- наличие подписи и печати поставщика или грузоотправителя при заверении им документов;
- наличие подписи грузополучателя на товарных накладных;
- информация о грузоотправителе;
- наличие информации в квитанции о приеме груза, а не отгрузке пустых цистерн;
- правильность наименования и маркировки товара, ссылок в реестре счетов на соответствующий аккредитив³.

При этом суды могут признать несущественными незначительные расхождения, технические ошибки и опечатки в документах (опечатки в наименовании плательщика, технические ошибки в наименовании товара или неполное наименование товара, неверное оформление реестра счетов, отсутствие подписи главного бухгалтера на счете-фактуре), если они не опровергают факт поставки⁴. В зарубежной литературе также отмечается, что несущественные расхождения могут не приводить к нарушению принципа строгого соответствия

Само по себе взимание негоцирующим банком комиссии за проверку документов не влечет за собой ответственности такого банка за расхождения в документах, если только они не вызваны действиями самого банка.

¹ Постановление ФАС Северо-Западного округа от 19.10.2012 № А56-50275/2011.

² Постановление ФАС Московского округа от 21.11.2011 № А40-149762/10.

³ См. сноски 1 и 2, а также Постановления ФАС Московского округа от 29.07.2013 № А40-116169/12-133-887, от 13.10.2011 № А40-130212/10-133-1144, от 12.08.2010 № А40-114999/09-47-749.

⁴ Постановления ФАС Московского округа от 20.01.2012 № А40-144847/10-98-1227, от 15.08.2011 № А40-147408/10-133-1255.

Павел БУЛАТОВ
Ирина МАЙСАК

документов (the principle of strict compliance), однако критерии допустимости таких расхождений в судебной практике четко не установлены¹.

Негоциация: право регресса к получателю средств в случае представления им несоответствующих документов

В одном из недавних дел² суды рассматривали прямо не разрешенные в законодательстве и UCP 600 вопросы права регресса («права оборота») негоцирующего банка к получателю средств, представившему не соответствующие условиям аккредитива документы.

Разрешая указанный спор, суды согласились с позицией негоцирующего банка, что негоциация им аккредитива не свидетельствует о принятии им ответственности за расхождения в документах без права оборота на получателя средств, если только банк не отказался от такого права. Само по себе взимание негоцирующим банком комиссии за проверку документов не влечет за собой ответственности такого банка за расхождения в документах, если только они не вызваны действиями самого банка. Следовательно, если получатель средств представил документы, не соответствующие условиям аккредитива, негоцирующий банк вправе взыскать с него сумму неосновательного обогащения и комиссию за проверку документов.

На наш взгляд, важным обстоятельством в данном деле являлось также то, что по предшествующим операциям негоцирующий банк сообщал получателю средств о ненадлежащем представлении по аккредитиву, однако получатель средств, будучи уведомлен об этом, договаривался с плательщиками и последние давали распоряжения банку-эмитенту об оплате, несмотря на недостатки представления. В такой ситуации получатель средств не мог выдвигать возражения, что он полностью полагался на проверку документов со стороны негоцирующего банка, который согласился их принять, обладая специальной экспертизой в аккредитивной форме расчетов и международном торговом обороте³. 

¹ Ellinger P., Neo D. The law and practice of documentary letters of credit. Hart Publishing, 2010. P. 228.

² Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 08.02.2017 № А51-33579/2014.

³ В зарубежной литературе можно встретить подход, согласно которому в отсутствие специального соглашения сторон на исполняющий и негоцирующий банк возлагается риск принятия им несоответствующих документов, когда он давал бенефициару основание полагаться на его экспертизу. См.: Ellinger P., Neo D. Op. cit. P. 216.

В судебной практике встречаются ситуации, когда контрагенты банков пытаются оспорить оказавшиеся невыгодными для них «обычные» ПФИ, не предназначенные для квалифицированных инвесторов. При этом контрагенты ссылаются на то, что не обладали специальными знаниями в области ПФИ и не могли самостоятельно разобраться в сути сделки. Авторы статьи, которые совместно с сотрудниками ПАО Сбербанк отстояли в судах действительность валютного опциона между ПАО Сбербанк и ПАО «Транснефть», приводят рекомендации, как избежать недействительности ПФИ, заключенных по российскому праву¹.

Тимур АИТКУЛОВ, *Clifford Chance CIS Limited, партнер практики по разрешению споров*²

Александр АНИЧКИН, *Clifford Chance CIS Limited, партнер практики по вопросам регулирования финансовых рынков и деривативов*

Дмитрий МАЛЮКЕВИЧ, *Clifford Chance CIS Limited, старший юрист практики по разрешению споров*

Михаил БАЦУРА, *Clifford Chance CIS Limited, старший юрист практики по разрешению споров*

Сделки с производными финансовыми инструментами: как избежать недействительности

Сделки с производными финансовыми инструментами (ПФИ) заключаются в России с начала 1990-х годов и получили широкое распространение на российском финансовом рынке. Российское право, хотя и не сразу, признало судебную защиту за такими сделками. Однако в 2014 г. вследствие падения курса рубля некоторые нефинансовые компании, заключавшие с банками ПФИ, привязанные к валютным курсам, понесли значительные убытки и предприняли попытки оспорить действительность таких ПФИ по мотивам их

¹ Важно отметить, что данная статья посвящена только проблематике ПФИ, подчиненных российскому праву. В силу определенных особенностей правового регулирования подходы к заключению ПФИ по иностранному праву могут отличаться и заслуживают отдельного обсуждения.

² Адвокатский кабинет Т.Д. Аиткулова в сотрудничестве с Clifford Chance CIS Limited.

Тимур АИТКУЛОВ и др.

чрезвычайной сложности и непонимания такими компаниями сути ПФИ и рисков, которые они несут. В ряде случаев суды встали на сторону таких компаний, в результате чего возможность судебной защиты ПФИ в России вновь была поставлена под сомнение.

В частности, в рамках рассмотрения указанных дел поднимались следующие проблемы:

- кто может заключать сделки с ПФИ?
- подлежит ли раскрытию информация о рисках, связанных с заключением ПФИ, и имеют ли требования, установленные в стандартах и методических рекомендациях саморегулируемых организаций в сфере финансового рынка, обязательную силу?
- что представляют собой встречные предоставления по ПФИ?
- какое значение имеет поведение сторон при исполнении ПФИ?
- как определяются сроки исковой давности при оспаривании ПФИ?

В настоящий момент российское право предусматривает одинаковый правовой режим для всех ПФИ, как хеджирующих, так и спекулятивных, и только в налоговом праве установлен более благоприятный режим для признания убытков по хеджирующим ПФИ.

Что такое ПФИ?

В самом общем виде с экономической точки зрения ПФИ (дериватив) — это договор, стоимость которого определяется стоимостью другого актива или активов (т.н. базисных активов). В результате столь широкого понятия дериватива законодатель испытывает определенные трудности с облечением его в адекватную юридическую форму; нередко в трансграничных сценариях встречаются ситуации, когда договор по праву одной страны не считается деривативом, но при этом признается деривативом по праву другой страны. В России формальное юридическое определение ПФИ установлено в ст. 2 Закона о рынке ценных бумаг¹, а также в развивающем это определение Указании Банка России от 16.02.2015 № 3565-У «О видах производных финансовых инструментов».

ПФИ, которые используются для управления рисками (минимизации рисков), принято называть хеджирующими. Однако ПФИ могут также использоваться и в расчете на получение дополнительной сверхприбыли, и такие ПФИ принято называть спекулятивными. Вместе с тем в настоящий момент российское право предусматривает одинаковый правовой режим для всех ПФИ, как хеджирующих, так и спекулятивных, и только в налоговом праве установлен более благоприятный режим для признания убытков по хеджирующим ПФИ.

Рассмотрим практический пример использования ПФИ для хеджирования рисков на примере заключения опциона.

¹ Федеральный закон от 22.04.1996 № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг».

Сделки с производными финансовыми инструментами: как избежать недействительности

Компания А хочет обезопасить себя от падения цен на нефть через полгода. Стоимость нефти составляет \$65 за баррель. Для того чтобы перенести риски падения цен, Компания А приобретает опцион пут у Компании Б. По опциону пут Компания А приобретает право (но не обязанность) продать нефть Компании Б по цене страйк — \$65 за баррель. Компания А уплачивает Компании Б премию за право продать нефть по цене страйк. У Компании Б соответственно возникает обязанность купить нефть, если Компания А реализует свое право.

Если через полгода рыночная стоимость нефти будет выше цены страйк (\$65 за баррель), Компания А не использует опцион пут, а продает нефть на рынке. Если рыночная стоимость нефти будет ниже цены страйк, Компания А реализует опцион пут и продает нефть Компании Б по \$65 за баррель. При этом независимо от того, использует ли Компания А опцион, Компания Б получает доход в виде премии по опциону.

С кем можно заключать ПФИ?

Как известно, Закон о рынке ценных бумаг выделяет два вида ПФИ:

1. Предназначенные только для квалифицированных инвесторов¹. При этом крайне важно отметить, что полномочия по отнесению отдельных видов ПФИ к категории предназначенных только для квалифицированных инвесторов законодатель делегировал Банку России. Хотя данным полномочием мегарегулятор финансового рынка наделен уже почти десять лет, на настоящий момент ни один из видов ПФИ не был им отнесен к категории предназначенных для квалифицированных инвесторов. Это наглядно свидетельствует о том, что в настоящий момент ПФИ «повышенной сложности» на российском рынке отсутствуют².

2. Предназначенные для любых участников гражданского оборота.

Таким образом, законодатель предусмотрел возможность установить отдельный правовой режим для «особых» ПФИ, предназначенных только для квалифицированных инвесторов, но фактически таких ПФИ не существует и юридически отсутствует необходимость формального наличия у контрагента статуса квалифицированного инвестора для заключения любого ПФИ, подчиненного российскому

Хотя Банк России уже почти десять лет наделен полномочием относить отдельные виды ПФИ к категории предназначенных только для квалифицированных инвесторов, до сегодняшнего дня он не отнес к этой категории ни один из видов ПФИ.

¹ Критерии для отнесения лица к числу квалифицированных инвесторов, в частности, установлены в ст. 51.2 Закона о рынке ценных бумаг.

² Об этом же свидетельствует статистика по рынку ПФИ, регулярно публикуемая Банком России, согласно которой подавляющее большинство ПФИ на российском рынке привязано к валютным рискам, каковые, учитывая высокую волатильность курса рубля за последние 20 лет, знакомы и понятны любому жителю России.

Тимур АИТКУЛОВ и др.

праву. Тем не менее, контрагенты банков пытаются оспорить оказавшиеся невыгодными для них «обычные» ПФИ, в отношении которых законодатель не считает необходимым устанавливать требования о специальной квалификации участников правоотношений¹, ссылаясь на то, что не обладали специальными знаниями в области ПФИ и не могли самостоятельно разобраться в сути сделки.

Как следует из недавней судебной практики по вопросу оспаривания сделок с ПФИ, при наличии соответствующих аргументов сторон суд, в частности, учитывает, (1) предназначена ли оспариваемая сделка с ПФИ только для квалифицированных инвесторов, а также в качестве некоего сопутствующего фактора (2) фактическое соответствие лица, оспаривающего сделку, критериям квалифицированного инвестора.

В частности, в деле по спору ПАО «Транснефть» и ПАО Сбербанк² Девятый арбитражный апелляционный суд (далее — Апелляционный суд) сделал следующие выводы: *«Из материалов дела следует, что к моменту заключения оспариваемых сделок истец [ПАО «Транснефть»] заключил только с ответчиком [ПАО Сбербанк] 62 сделки с валютными опционами... помимо указанных 62 сделок, он заключил 102 сделки с валютными опционами с банками Credit Suisse, Deutsche Bank, J.P.Morgan... Между тем законодательство не содержит специальных требований к квалификации и опыту лица для заключения сделок, подобных оспариваемым... Как следует из материалов дела, ПАО «Транснефть» соответствует признакам квалифицированного инвестора».*

Нужно ли раскрывать информацию о рисках и если да, то как?

В сентябре 2013 г. ВАС РФ опубликовал проект информационного письма «Об отдельных вопросах разрешения споров из договоров процентного свопа»³. В п. 4 проекта было указано, что если одна из сторон договора процентного свопа является профессионалом в сфере финансового рынка, а другая сторона не является профессионалом в этой сфере, то профессионал до заключения договора обязан раскрыть контрагенту известную профессионалу информацию, касающуюся *«экономического и юридического существа и возможных последствий использования соответствующего вида*

¹ См., например, судебный спор по иску ООО «Платинум Недвижимость» к ОАО «Банк Москвы» (дело № А40-168599/2015).

² Дело № А40-3903/2017.

³ http://www.arbitr.ru/_upimg/D3FF66925C711E1FCC9601D3643EFD5E_pract_24_10.pdf.

Сделки с производными финансовыми инструментами: как избежать недействительности

производного финансового инструмента на предлагаемых контрагенту условиях», в частности информацию о финансовых рисках и последствиях изменения показателей базисного актива ПФИ, «в особенности о наихудшем сценарии развития событий». Указанное информационное письмо так и не было принято официально.

Впоследствии рекомендации о раскрытии профессиональным участником рынка ценных бумаг непрофессиональному участнику информации об условиях заключаемых сделок с ПФИ, о механизме сделок, а также о рисках, которые могут возникнуть в связи со сделками, были разработаны Национальной ассоциацией участников фондового рынка (НАУФОР) и Национальной фондовой ассоциацией (НФА)¹. Указанные стандарты и методические рекомендации, в частности, предусматривали информирование профессиональным участником контрагента по сделкам о рисках через декларацию о рисках.

Между тем, как было установлено Апелляционным судом в деле ПАО «Транснефть» против ПАО Сбербанк, указанные *«стандарты и методические рекомендации не являются обычаями по смыслу статьи 5 Гражданского кодекса Российской Федерации»*. Таким образом, Апелляционный суд пришел к выводу, что рекомендации НАУФОР и НФА не обладают обязательной силой для профессиональных участников оборота².

Кроме того, Апелляционный суд правильно указал, что, строго говоря, стандарты НАУФОР и НФА на сегодняшний момент не регулируют ситуации, где банк и нефинансовая организация заключают внебиржевой ПФИ в качестве двух независимых контрагентов по такому ПФИ (в отличие, например, от ситуации, в которой банк может приобретать ПФИ для клиента, действуя в качестве брокера последнего).

Апелляционный суд также установил, что *«[ПАО Сбербанк] заблаговременно до заключения оспариваемых сделок полно, достоверно и ясно раскрыл истцу информацию об условиях, механизме и рисках, связанных с оспариваемыми сделками [в декларации о рисках], несмотря на отсутствие законодательного требования о раскрытии*

Апелляционный суд пришел к выводу, что рекомендации НАУФОР и НФА не обладают обязательной силой для профессиональных участников оборота.

¹ В частности, были разработаны Стандарты уведомления клиентов о рисках, связанных с приобретением иностранных ценных бумаг и (или) заключением договоров, являющихся производными финансовыми инструментами, базисным активом которых являются ценные бумаги иностранных эмитентов или индексы, рассчитанные по таким ценным бумагам (утверждены Советом директоров НАУФОР 6 августа 2014 г.); Стандарты профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг НАУФОР (утверждены Советом директоров НАУФОР 18 февраля 2015 г.) и Методические рекомендации Национальной фондовой ассоциации (НФА) по подготовке «Перечня мер, направленных на предотвращение конфликта интересов при осуществлении профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг».

² Апелляционный суд также установил, что стандарты и методические рекомендации неприменимы к отношениям ПАО «Транснефть» и ПАО Сбербанк по оспариваемым сделкам.

Тимур АИТКУЛОВ и др.

такой информации... Между тем подписание подобной декларации на момент заключения сделки не являлось, как не является и на настоящий момент, обязательным в силу требований законодательства, обычаев или стандартов саморегулируемых организаций участников финансового рынка». Суд отметил, что оспариваемые сделки были одобрены правлением ПАО «Транснефть» и подписаны ПАО «Транснефть» после получения декларации о рисках.

Таким образом, несмотря на отсутствие законодательного требования о раскрытии информации о рисках и появление судебной практики, подтверждающей необязательный характер раскрытия такой информации, в целях снижения риска оспаривания сделок с ПФИ и подтверждения добросовестности кредитной организации рекомендуем подписывать с контрагентом декларацию о рисках. Представляется целесообразным в декларации о рисках наиболее полным и понятным образом раскрывать условия, механизм, сущность (включая экономическую и юридическую суть сделок) и риски, связанные с ПФИ. В частности, если для контрагента банка по результатам сделок с ПФИ возможно наступление убытков в неограниченном размере, такой риск следует отразить в декларации о рисках.

Следует также обратить отдельное внимание на то, что сделки с ПФИ должны получить необходимые корпоративные одобрения (если применимо), например если они являются крупными сделками или сделками с заинтересованностью (при этом кредитной организации нужно избегать участия в подготовке такого корпоративного одобрения для контрагента, за исключением проверки того, что оно адекватно раскрывает условия и риски сделки). Кроме того, все необходимые документы по сделке с деривативами и декларация о рисках должны быть подписаны уполномоченным лицом контрагента банка, а полномочия такого лица должны быть проверены в установленном порядке.

Что представляют собой встречные предоставления сторон по ПФИ?

В соответствии со ст. 423 ГК РФ «договор, по которому сторона должна получить плату или иное встречное предоставление за исполнение своих обязанностей, является возмездным».

По общему правилу, сделки с ПФИ являются возмездными. Поэтому лицо, оспаривающее такую сделку, может заявить, что сделка с ПФИ заключена на невыгодных (несправедливых) условиях, поскольку встречное предоставление контрагента, который не обладает про-

В целях снижения риска оспаривания сделок с ПФИ и подтверждения добросовестности кредитной организации рекомендуем подписывать с контрагентом декларацию о рисках, хотя законодательное требование о ее подписании отсутствует.

Сделки с производными финансовыми инструментами: как избежать недействительности

фессиональными знаниями в области сделок с ПФИ, в пользу банка в несколько раз превышает встречное предоставление банка.

В частности, в деле ПАО «Транснефть» против ПАО Сбербанк истец утверждал, что якобы *«в результате исполнения сделки... выплатил ответчику сумму в размере 66 954 098 108 руб. 37 коп., что более чем в 138 раз превысило полученное истцом по сделке»*¹. Суд первой инстанции согласился с этим выводом.

Как следует из судебной практики, если стоимость предоставления, полученного одной стороной, превышает стоимость предоставления, полученного другой стороной, не более чем в два раза, то основания для признания сделки недействительной по причине несоразмерности отсутствуют². В этой связи важно понимать, что именно являлось встречным предоставлением по сделке с ПФИ, для того чтобы установить, была ли сделка с ПФИ заключена на несбалансированных условиях и насколько цена сделки соответствовала рыночным условиям. Следует отметить, что в зависимости от того, с каким именно ПФИ была заключена сделка, будут различаться и встречные предоставления.

Рассмотрим, что может являться встречным предоставлением по сделке с ПФИ на примере опционного договора. В соответствии с п. 1 ст. 429.3 ГК РФ *«по опционному договору одна сторона на условиях, предусмотренных этим договором, вправе потребовать в установленный договором срок от другой стороны совершения предусмотренных опционным договором действий (в том числе уплатить денежные средства, передать или принять имущество)»*. Следовательно, предметом имущественного предоставления по опционному договору является имущественное право.

Согласно п. 2 ст. 429.3 ГК РФ *«за право заявить требование по опционному договору сторона уплачивает предусмотренную таким договором денежную сумму, за исключением случаев, если опционным договором, в том числе заключенным между коммерческими организациями, предусмотрена его безвозмездность либо если заключение такого договора обусловлено иным обязательством или иным охраняемым законом интересом, которые вытекают из отношений сторон»*. Как следует из приведенной формулировки, встречное

Как следует из судебной практики, если стоимость предоставления, полученного одной стороной, превышает стоимость предоставления, полученного другой стороной, не более чем в два раза, то основания для признания сделки недействительной отсутствуют.

¹ См. решение Арбитражного суда г. Москвы от 21.06.2017 по делу № А40-3903/17-55-23.

² Абзац 2 п. 2 Постановления Пленума ВАС РФ от 16.05.2014 № 28 «О некоторых вопросах, связанных с оспариванием крупных сделок и сделок с заинтересованностью»; Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 26.09.2016 № Ф09-8431/16 по делу № А76-5950/2015; Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 19.11.2015 № Ф06-2448/2015 по делу № А65-5873/2014; Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 10.03.2016 № 09АП-4064/2016-ГК по делу № А40-88094/15.

Тимур АИТКУЛОВ и др.

предоставление по опциону может быть как денежным, так и неденежным (оказание услуги, предоставление товара), а в случаях, специально предусмотренных договором, даже безвозмездным.

Таким образом, встречные предоставления сторон по сделкам с ПФИ могут иметь разную форму. В частности, Апелляционный суд в постановлении напрямую не сделал выводов относительно (не)соразмерности встречных предоставлений по оспариваемым сделкам. Однако он не нашел оснований для недействительности оспариваемых сделок, и это позволяет сделать вывод, что, по его мнению, встречные предоставления по оспариваемым сделкам соразмерны и соответствуют рыночным условиям.

Какое значение имеет поведение сторон при исполнении ПФИ?

В соответствии с п. 1 и 2 ст. 10 ГК РФ недобросовестное поведение сторон в процессе осуществления гражданских прав влечет для них негативные последствия, установленные законом.

Согласно п. 5 ст. 166 ГК РФ *«заявление о недействительности сделки не имеет правового значения, если ссылающееся на недействительность сделки лицо действует недобросовестно, в частности если его поведение после заключения сделки давало основание другим лицам полагаться на действительность сделки»*. Следовательно, поведение лица после заключения ПФИ играет важную роль при определении его добросовестности в случае последующего оспаривания ПФИ таким лицом. Если будет установлено, что лицо, оспаривающее сделку, действовало недобросовестно, суд может отказать такому лицу в защите его права.

В частности, в деле по спору ПАО «Транснефть» и ПАО Сбербанк Апелляционный суд пришел к выводу, что поведение истца после заключения оспариваемых сделок давало основания ответчику полагаться на их действительность. Так, Апелляционный суд, в частности, установил, что *«истец принял исполнение от ответчика в виде платежа первой части премии по опциону на покупку (колл) долларов США; истец исполнил свое обязательство по выплате премии ответчику по опциону на продажу (пут) долларов США в виде зачета против его платежа... Истец не оспаривал сделку в течение 3 лет со дня ее заключения... по инициативе истца оспариваемые сделки были изменены 26.09.2014: барьерный курс был повышен с 45 до 50,35 руб. за 1 доллар США... Повышение барьерного курса означает снижение вероятности реализации опциона и наступления обязательства ПАО «Транснефть»*. Такое поведение подтверж-

В случае обращения контрагента банка в суд с заявлением о признании сделок с деривативами недействительными банк может представить доказательства, позволяющие сделать вывод, что поведение контрагента давало банку основания полагаться на действительность сделки (доказательства частичного или полного исполнения сделки, изменения условий сделки).

Сделки с производными финансовыми инструментами: как избежать недействительности

дает, что ПАО «Транснефть» осознавало свои риски по оспариваемому опциону (колл)».

Таким образом, в случае обращения контрагента банка в суд с заявлением о признании сделок с деривативами недействительными банк может представить доказательства, позволяющие сделать вывод, что поведение контрагента давало банку основания полагаться на действительность сделки. К числу таких доказательств, например, могут быть отнесены доказательства частичного или полного исполнения сделки, доказательства изменения условий сделки.

Как определяются сроки исковой давности при оспаривании ПФИ?

Сроки исковой давности по требованию о признании сделок с ПФИ недействительными (ничтожными) различаются в зависимости от оснований недействительности таких сделок.

В соответствии со ст. 181 ГК РФ *«срок давности по требованиям о применении последствий недействительности ничтожной сделки и о признании такой сделки недействительной (п. 3 ст. 166) составляет три года... Срок исковой давности по требованию о признании оспоримой сделки недействительной и о применении последствий ее недействительности составляет один год»*.

В частности, если лицо оспаривает сделки с ПФИ на основании ст. 178 и 179 ГК РФ, которые предусматривают, что сделки, совершенные под влиянием заблуждения или обмана, являются оспоримыми, а не ничтожными, срок исковой давности для исков о признании оспоримых сделок недействительными и применении последствий их недействительности составляет один год. Срок исковой давности по требованиям о применении последствий недействительности ничтожной сделки и о признании такой сделки недействительной, например на основании ст. 168 ГК РФ¹, составляет три года.

Применение ст. 178 и 179 ГК РФ вместо ст. 10 и 168 ГК РФ ведет к сокращению возможностей для удовлетворения иска о недействительности сделки.

В деле ПАО «Транснефть» против ПАО Сбербанк Апелляционный суд пришел к следующему выводу в отношении срока исковой давности: *«Суд первой инстанции, установив, что ответчик якобы*

Применение ст. 178 и 179 ГК РФ вместо ст. 10 и 168 ГК РФ ведет к сокращению возможностей для удовлетворения иска о недействительности сделки.

¹ Сделки, нарушающие требования закона или иного правового акта и при этом посягающие на публичные интересы либо права и охраняемые законом интересы третьих лиц (если из закона не следует, что такая сделка оспорима или должны применяться другие последствия нарушения, не связанные с недействительностью сделки).

Тимур АИТКУЛОВ и др.

умолчал об обстоятельствах, о которых должен был сообщить истцу при заключении сделки, должен был прийти к выводу, что сделки, совершенные между сторонами, могли быть оспорены только по основаниям, предусмотренным статьями 178 и (или) 179 Гражданского кодекса Российской Федерации. При таких обстоятельствах суд первой инстанции должен был отказать в иске по причине пропуска истцом срока исковой давности, о котором заявил ответчик».

В указанном деле Апелляционный суд исчислил годичный срок исковой давности с момента получения ПАО «Транснефть» декларации о рисках (18 декабря 2013 г.): Апелляционный суд посчитал, что в этот момент ПАО «Транснефть» должно было узнать об условиях оспариваемых сделок. Таким образом, направление декларации о рисках имеет значение не только для доказывания добросовестности «профессиональной» стороны сделки с ПФИ (банка или профессионального участника рынка ценных бумаг), но и для определения начала течения срока исковой давности по иску о признании сделки с ПФИ недействительной.

Выводы

Подводя итог сказанному, следует отметить, что судебная практика по вопросам оспаривания сделок с ПФИ на данный момент недостаточно развита. Банкам при заключении сделок с ПФИ следует действовать добросовестно и уделять повышенное внимание вопросам, связанным:

- со статусом лиц, с которыми заключаются сделки с ПФИ (т.е. является ли лицо квалифицированным инвестором);
- с типом сделок (т.е. нужно ли лицу обладать статусом квалифицированного инвестора для заключения сделки);
- с раскрытием информации о рисках;
- с соразмерностью встречных предоставлений.

В части раскрытия информации по сделкам в настоящее время под эгидой АРБ, НФА и НАУФОР ведется работа по созданию единого стандарта раскрытия рисков при заключении банками и профессиональными участниками рынка ценных бумаг ПФИ с нефинансовыми организациями. Однако на данный момент неясно, как будет выглядеть этот стандарт в окончательном варианте, когда он будет утвержден и каков будет его юридический статус, поэтому финансовым организациям целесообразно рассмотреть вопрос о разработке более «индивидуализированных» форм информирования своих контрагентов о рисках ПФИ.

Инструмент Credit Support Annex в соответствии с недавними изменениями законодательства может применяться на российском деривативном рынке, в том числе для целей ликвидационного неттинга. С какими правовыми нормами сопряжены основные сложности включения CSA в ликвидационный неттинг? Какие риски связаны с использованием этого инструмента в процедуре банкротства и возможным оспариванием сделок в судах?

Инструмент CSA в ликвидационном неттинге: что препятствует его применению в процедуре банкротства?

Заключение сделок с производными финансовыми инструментами (ПФИ) сопряжено с рядом рисков, основными из которых являются:

— рыночный риск: выражается в неблагоприятном изменении цен (стоимости) ПФИ под воздействием различных факторов, в том числе банковского и валютного кризисов, включая резкую девальвацию национальной валюты, неблагоприятное изменение политической ситуации, обстоятельства непреодолимой силы и другие факторы;

— кредитный риск: связан с (а) возможным неисполнением обязательств одной из сторон сделки, включая неисполнение обязательств по промежуточным платежам, если они предусмотрены условиями сделки, (б) риском банкротства одной из сторон сделки, включая отзыв банковской лицензии на осуществление операций, и (в) дефолтом по базисному активу, что в целом может повлечь за собой убытки.

Для нивелирования таких рисков International Swaps and Derivatives Association (ISDA) разработала специальный инструмент, используемый в качестве кредитного обеспечения исполнения обязательств, в форме:



Евгения ХЛЫСТОВА,
*член комитета
по развитию финан-
сового рынка Ассо-
циации российских
банков*

Евгения ХЛЫСТОВА

— Credit Support Annex, CSA (1995 ISDA Credit Support Annex (Transfer — English law)) — предполагает передачу обеспечения в собственность получателя такого обеспечения (outright title transfer);

— Credit Support Deed, CSD (1995 ISDA Credit Support Deed (Security interest — English law)) — предполагает получение в залог предмета обеспечения (security interest);

— New York law Credit Support Annex (1994 ISDA Credit Support Annex (Security Interest — New York law)) — предполагает получение в залог предмета обеспечения (security interest)¹.

Эти обеспечительные инструменты используются не только для обеспечения исполнения обязательств, связанных с осуществлением платежей, например при расчетных ПФИ, но и при поставках товаров или ценных бумаг, где кредитный риск возможен в части неисполнения обязательств по поставке предмета обязательств (базисного актива). CSA и CSD в рамках документации ISDA представляют собой отдельную сделку, как это определено в генеральном соглашении (Master Agreement), а само приложение (annex) образует подтверждение (confirmation). В связи с этим обязательства по обеспечительным сделкам попадают в расчет нетто-обязательства по генеральному соглашению. Соответственно обязанность передать (или вернуть) обеспечение становится неоплаченной суммой для целей расчета суммы денежного обязательства в рамках ликвидационного неттинга по генеральному соглашению.

При соблюдении сторонами по генеральному соглашению (ISDA Master Agreement) определенных условий, которые закреплены в действующем законодательстве, механизм ликвидационного неттинга в России был признан работающим на международном уровне.

Особенности обеспечительных инструментов

1. Кредитное обеспечение передается одной из сторон путем передачи активов другой стороне (а именно: денежные средства и бездокументарные ценные бумаги).

2. Инструмент обеспечивает рыночный риск одной стороны по отношению к другой стороне в части стоимости замещающей сделки (или сделок) на случай досрочного расторжения сделки (или сделок) (net exposure) в соответствии с условиями генерального соглашения.

3. Предоставление обеспечения происходит, как правило, на двусторонней основе: каждая из сторон может быть получателем или плательщиком обеспечения в зависимости от изменения рыночного риска. При этом возможны ситуации, когда обеспечение выплачивается только одной из сторон: это характерно для сделок между кредитной организацией и корпоративным клиентом или между материнской и дочерней организациями.

¹ В предмет настоящей статьи не входит рассмотрение документации штата Нью-Йорк.

Инструмент CSA в ликвидационном неттинге: что препятствует его применению в процедуре банкротства?

4. Объем предоставляемого обеспечения периодически изменяется в зависимости от изменения рыночной стоимости сделки с ПФИ (mark to market basis).

В настоящей статье будет рассмотрен инструмент CSA. В число основных особенностей обеспечительного инструмента Credit Support Annex входят следующие:

1. Передача права собственности (outright title transfer) на предмет обеспечения лицом, обязанным передать обеспечение (the transferor).

2. Условное обязательство стороны, получающей обеспечение (the transferee), поставить (или вернуть) аналогичное обеспечение лицу, передавшему обеспечение (the transferor), при прекращении сделок и расчете ликвидационной суммы.

3. Отсутствуют ограничения по использованию получателем обеспечения (the transferee) предмета обеспечения, в том числе осуществлению прав на участие в голосовании. При этом лицо, передающее обеспечение, вправе получить аналогичное распределение дохода и процентов от получателя обеспечения. Лицо, получившее обеспечение, вправе непосредственно получать распределенную прибыль и проценты от предмета обеспечения, так как оно является его собственником после передачи.

4. Лицо, передающее обеспечение, несет также кредитный риск на лицо, получающее обеспечение, на случай банкротства такого лица — соответственно переданное обеспечение будет учитываться в качестве исполненного обязательства и повлечет за собой необходимость вносить дополнительные суммы.

5. Обеспечение не требует закрепления прав залогодержателя, так как передача обеспечения не образует право залога.

В контексте рассмотрения проблемы включения CSA в ликвидационный неттинг по российскому праву можно отметить, что в феврале 2015 г. ISDA выпустила заключение (Netting Opinion) о возможности приведения в исполнение по российскому праву ликвидационного неттинга в рамках генерального соглашения (ISDA Master Agreement). Таким образом, при соблюдении сторонами по генеральному соглашению (ISDA Master Agreement) определенных условий, которые закреплены в действующем законодательстве, механизм ликвидационного неттинга в России был признан работающим на международном уровне, что является стимулом для международных участников рынка деривативов заключать сделки с российскими контрагентами.

При этом в силу неоднозначного правового регулирования аналогичное заключение (Collateral Opinion) ISDA до сих пор не было опубликовано в отношении принудительного приведения в испол-

Евгения ХЛЫСТОВА

нение инструмента CSA по российскому праву и включения его в расчет ликвидационного неттинга.

Практическая значимость CSA для российского рынка

Практическая значимость кредитного обеспечения (CSA) на российском деривативном рынке, в особенности для ликвидационного неттинга, обусловлена тем, что этот инструмент может быть эффективно использован в следующих целях.

1. Бухгалтерские цели и цели финансовой отчетности.

Так, с точки зрения требований «Базеля III» осуществляется расчет средневзвешенных активов и их влияния на капитал. В связи с тем что на настоящий момент общепризнанно не решен вопрос о возможности включения CSA в расчет ликвидационного неттинга, CSA учитывается как актив отдельной строкой. В случае включения CSA в расчет нетто-обязательства это поможет уменьшить влияние на капитал.

2. Снижение кредитного риска на контрагента, что позволит увеличить объем заключаемых сделок и эффективность управления рыночным риском, так как стороны смогут влиять на объем предоставляемого обеспечения в зависимости от изменения рыночной стоимости сделки с ПФИ.

3. В рамках банкротства — в случае банкротства лица, внесшего кредитное обеспечение, сумма обеспечения, переданного в рамках CSA, должна быть включена в расчет нетто-обязательства, что соответственно снижает размер неисполненных обязательств нарушившей стороны по отношению к ненарушившей стороне после проведения процедуры ликвидационного неттинга и упрощает процедуру расчетов между сторонами.

Практические аспекты применения CSA по российскому праву

С точки зрения правового регулирования российское законодательство позволяет участникам гражданского оборота выбрать по соглашению между собой право, которое подлежит применению к их правам и обязанностям по этому договору (ст. 1210 ГК РФ). При этом для выбора права, отличного от российского, должен присутствовать иностранный элемент, а именно: сторона, предмет соглашения или тесная взаимосвязь с определенной юрисдикцией (ст. 1186 ГК РФ). В этой связи выбор английского права при заключении ISDA Master Agreement, частью которого является CSA, возможен, если одной из сторон по договору является иностранное юридическое лицо.

Выбор английского права при заключении ISDA Master Agreement, частью которого является CSA, возможен, если одной из сторон по договору является иностранное юридическое лицо.

Инструмент CSA в ликвидационном неттинге: что препятствует его применению в процедуре банкротства?

При этом, несмотря на возможность участников рынка заключать ISDA Master Agreement по английскому праву, при соблюдении указанных выше условий существуют нормы непосредственного (прямого) применения (действия) (сверхимперативные нормы или суперимперативные нормы), как указано в ст. 1192 ГК РФ. Согласно п. 1 ст. 1192 ГК РФ это императивные нормы законодательства РФ, которые вследствие указания в самих императивных нормах или ввиду их особого значения, в том числе для обеспечения прав и охраняемых законом интересов участников гражданского оборота, регулируют соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права (нормы непосредственного применения).

В этой связи возникают определенные практические сложности, связанные с непосредственным применением ряда положений российского права при использовании инструмента CSA, в особенности для целей ликвидационного неттинга, что является основным предметом рассмотрения в настоящей статье. При этом на практике бывает затруднительно определить, какие именно положения российского законодательства в данном случае будут считаться сверхимперативными нормами.

Основные сложности включения CSA в ликвидационный неттинг связаны со следующими правовыми нормами.

Согласно п. 1 ст. 4.1 Закона о банкротстве¹ обязательства из договоров, заключенных на условиях генерального соглашения (единого договора), которое соответствует примерным условиям договоров, предусмотренным ст. 51.5 Закона о рынке ценных бумаг² (финансовые договоры), прекращаются в порядке, предусмотренном этим генеральным соглашением (единым договором). При таком прекращении обязательств возникает денежное обязательство (денежные обязательства), размер которого (которых) определяется в порядке, предусмотренном генеральным соглашением.

В названном пункте прямо не предусмотрено, что обязательства из обеспечительных сделок попадают в расчет денежного обязательства (нетто-обязательства), которое рассчитывается при прекращении обязательств по генеральному соглашению вследствие наступления банкротства. Поэтому создается правовая неопределенность в отношении того, будет ли поддержано российскими судами включение кредитного обеспечения (CSA) в расчет денежного обязательства в отсутствие прямого указания на это в законе. Стоит отметить, что

Создается правовая неопределенность в отношении того, будет ли поддержано российскими судами включение кредитного обеспечения CSA в расчет денежного обязательства в отсутствие прямого указания на это в законе.

¹ Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)».

² Федеральный закон от 22.04.1996 № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг».

Евгения ХЛЫСТОВА

вопрос банкротства является ключевым для целей использования инструмента CSA. Поэтому такая правовая неопределенность и отсутствие судебной практики являются основными сдерживающими факторами применения инструмента по российскому праву, а также издания заключения ISDA (Collateral Opinion), которое выпускается по каждой стране, где распространены сделки с ПФИ, что означает подтверждение возможности принудительного исполнения в суде обязательств, вытекающих из применения инструмента CSA.

Применение конструкции outright title transfer в условиях российского права

Система способов обеспечения исполнения обязательств по российскому праву не предполагает перехода права собственности на предмет обеспечения при его передаче, так как все конструкции являются обязательственными по своей природе.

Напротив, английская конструкция outright title transfer предполагает отчуждение всего объема прав в отношении предмета обеспечения и переход права собственности к получателю, то есть вещную конструкцию или титульную конструкцию, которая применяется в рамках кредитного обеспечения (CSA). Более того, в отношении титульного обеспечения существует достаточно устоявшаяся негативная судебная практика российских судов, в соответствии с которой сделки по передаче права собственности на предмет обеспечения признаются недействительными, так как по сути являются обходом положений о залоге, поэтому являются притворными¹.

¹ Постановление Президиума ВАС РФ от 06.10.1998 № 6202/97: «То, что стороны не имели в виду передавать акции в собственность друг друга на основании договоров купли-продажи, подтверждается следующими обстоятельствами: ссылкой в договоре о предоставлении кредитной линии на обеспечительный характер продажи акций с правом выкупа; установлением продажной цены акций ниже их номинальной стоимости; правом обратного выкупа акций по наступлении срока погашения кредита и исполнения обязательств по его возврату. Таким образом, договор покупки акций банком у компании прикрывал залог акций, за счет которого банк вправе был получить удовлетворение в случае невозврата в срок кредита. Согласно статье 170 Гражданского кодекса Российской Федерации притворная сделка, совершенная с целью прикрыть другую сделку, является ничтожной. Учитывая, что стороны имели в виду залог, к сделке с акциями в силу пункта 2 статьи 170 Кодекса должны применяться правила о залоге. Удерживать акции в качестве залога банк не вправе, поскольку кредит компанией возвращен».

Кассационное определение Мурманского областного суда от 16.11.2011 по делу № 33-3203-2011: «Проверяя доводы К. о том, что его волеизъявление было направлено на заключение договора займа с ответчицей и применение залога недвижимости в качестве способа обеспечения исполнения обязательства о возврате долга, суд первой инстанции тщательно исследовал содержание условий договоров займа и купли-продажи, действия сторон этих договоров по их исполнению и пришел к обоснованному выводу, что сделка купли-продажи спорного жилого помещения фактически прикрывала сделку залога недвижимости в обеспечение договора займа, а волеизъявление К. было направлено не на заключение договора купли-продажи недвижимости, а на ее залог».

Апелляционное определение Верховного суда Республики Башкортостан от 30.06.2015 по делу № 33-8399/2015: «Учитывая изложенное, судебная коллегия считает, что заключенный договор купли-продажи земельного участка и расположенного на нем жилого дома является притворной сделкой, поскольку фактически между сторонами заключен договор займа с залогом имущества в виде спорного земельного участка и жилого дома».

Инструмент CSA в ликвидационном неттинге: что препятствует его применению в процедуре банкротства?

В этой связи существует правовая неопределенность, может ли российский суд признать сделку недействительной, а именно приговорной, так как она заключена с целью обхода положений о залоге, в случае использования CSA.

Несмотря на то что ГК РФ позволяет применять иностранное право для целей регулирования обязательств сторон (п. 1 ст. 1210¹, п. 1 ст. 1215 ГК РФ), вопрос, связанный с правом собственности и иными вещными правами, будет регулироваться законодательством страны, где это имущество находится (ст. 1205 ГК РФ), как и вопрос о возникновении и прекращении права собственности и иных вещных прав на имущество (п. 1 ст. 1206 ГК РФ) определяется по праву страны, где это имущество находилось в момент, когда имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для возникновения либо прекращения права собственности и иных вещных прав, если иное не предусмотрено законом.

Соответственно в случае нахождения денежных средств/бездокументарных ценных бумаг на территории РФ есть риск применения российского права, не предусматривающего оснований перехода права собственности, аналогичных outright title transfer в рамках CSA.

Изменение ГК РФ – попытка имплементации правового регулирования CSA в российское право

В рамках реформы изменений в ГК РФ была включена ст. 381.1 об обеспечительном платеже, которая первоначально разрабатывалась на основе судебной практики по аренде и иным видам договоров. Но в последней редакции перед одобрением поправок в п. 1 была включена ссылка на ст. 1062 ГК РФ, означающая, что данное регулирование распространяется также на обязательства, возникающие из сделок с ПФИ.

В связи с этим между цивилистами и практикующими юристами возник спор, является ли новелла российского законодательства успешной попыткой имплементации в правовое регулирование англоправового обеспечительного инструмента CSA. На данный момент практикующие юристы пришли к выводу, что обеспечительный платеж, предусмотренный ГК РФ, является еще одним обеспечительным инструментом, который стороны по своему жела-

¹ Пункт 1 ст. 1210 ГК РФ («Выбор права сторонами договора»): «Стороны договора могут при заключении договора или в последующем выбрать по соглашению между собой право, которое подлежит применению к их правам и обязанностям по этому договору».

Евгения ХЛЫСТОВА

нию вправе предусмотреть в соглашении, при этом CSA является иной обеспечительной сделкой, которую стороны согласовали благодаря принципу свободы договора и открытому перечню способов обеспечения, предусмотренного ст. 329 ГК РФ.

В целом рассмотрение конструкции обеспечительного платежа, предусмотренного ст. 381.1 ГК РФ, не входит в рамки настоящей статьи, но главное, что данная конструкция внесла больше неопределенности в правовое регулирование рынка деривативов, в особенности в связи с тем, что¹:

— обеспечительный платеж является обязательственной конструкцией в отличие от титульного обеспечения, которым является CSA по английскому праву, соответственно по-другому решается вопрос принадлежности прав требования на денежные средства, переданные в рамках сделки;

— конструкция носит акцессорный характер, соответственно зависит от основного обязательства, тогда как инструмент CSA носит независимый характер и не зависит от недействительности других сделок по генеральному соглашению (ISDA Master Agreement);

— в юридической среде возникла дискуссия в отношении слова «засчитывается» в статье ГК РФ об обеспечительном платеже. Представляется некорректным трактовать слово «засчитывается» в значении применения процедуры зачета, предусмотренного ст. 410 ГК РФ, к обеспечиваемому обязательству, так как это бы означало применение обязательных условий, а именно: однородность обязательств, наступление срока исполнения обязательств и встречный характер требований.

Несмотря на указанные сложности, связанные с использованием кредитного обеспечения (CSA) с учетом специфики применения российского права, остается законная возможность использования инструмента, особенно с учетом позитивного сдвига законодательства и взаимодействия с регулятором (Банком России). Последний не только направлял в Ассоциацию профессиональных участников рынка ценных бумаг (НАУФОР) разъяснительные письма о возможности использования CSA для целей ликвидационного неттинга, опираясь на текущее правовое регулирование, но и готовит новые поправки в Закон о банкротстве и в Закон о рынке ценных бумаг, посвященные CSA, которые должны снять большинство правовых неопределенностей в данном вопросе.

¹ Более подробно о проблемах применения конструкции обеспечительного платежа см. в статье: Буркова А.Ю. Обеспечительный платеж: год нового регулирования // Вестник арбитражной практики. 2016. № 5.

Инструмент CSA в ликвидационном неттинге: что препятствует его применению в процедуре банкротства?

Изменение в Законе о рынке ценных бумаг: как оно влияет на применение инструмента CSA в процедуре банкротства?

В п. 1 ст. 51.5 было включено положение¹ о том, что на условиях, определенных генеральным соглашением, может быть также заключен договор, обеспечивающий исполнение обязательств, вытекающих из генерального соглашения, что в целом образует единый договор, а именно:

«На условиях, определенных генеральным соглашением (единым договором), может быть заключен также договор, предусматривающий обязанность по передаче одной из сторон договора другой стороне ценных бумаг и (или) денежных средств, в том числе иностранной валюты, в целях обеспечения исполнения обязательств из договоров, заключенных на условиях генерального соглашения (единого договора)».

Таким образом, введена правовая конструкция, регламентирующая использование CSA в качестве обеспечительного инструмента.

Необходимо учесть, что:

а) генеральное соглашение (ISDA Master Agreement) соответствует требованиям к надлежащей документации для целей ликвидационного неттинга с точки зрения российского права (в т.ч. в части прекращения обязательств с момента наступления банкротства), а именно: подп. 3 п. 3 ст. 4.1 Закона о банкротстве и подп. 2 п. 3 ст. 51.5 Закона о рынке ценных бумаг²; если одна из сторон в рамках генерального соглашения является иностранной организацией, то в соответствии с п. 5 ст. 51.5 Закона о рынке ценных бумаг обязательства сторон могут регулироваться примерными условиями договора, разработанными иностранными организациями. При этом перечень организаций установлен Банком России, как это было указано выше;

б) в рамках документации ISDA кредитное обеспечение (CSA) является приложением к генеральному соглашению (ISDA Master

¹ Федеральный закон от 29.06.2015 № 210-ФЗ (ред. от 03.07.2016) «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации».

² Приказом ФСФР России от 29.11.2011 № 11-62/пз-н «Об утверждении Перечня иностранных организаций, разработавших (утвердивших) примерные условия договоров (иных аналогичных документов), которыми могут быть определены отдельные условия договора репо, договора, являющегося производным финансовым инструментом, договора иного вида, объектом которого являются ценные бумаги и (или) иностранная валюта, или генерального соглашения (единого договора), если одной из сторон такого договора является иностранное лицо» были утверждены две международные организации, а именно: Международная ассоциация свопов и деривативов (International Swaps and Derivatives Association, Inc.) и Международная ассоциация рынков капитала (International Capital Market Association, Ltd.).

Евгения ХЛЫСТОВА

Agreement) и соответственно его неотъемлемой частью. Более того, кредитное обеспечение (CSA) представляет собой отдельную сделку, а само приложение с кредитным обеспечением (CSA) образует подтверждение по сделке (Confirmation). При этом вместе с генеральным соглашением (ISDA Master Agreement) кредитное обеспечение (CSA) представляет единый договор.

В этой связи п. 1 ст. 4.1 Закона о банкротстве можно трактовать так, что обязательства из договоров, заключенных на условиях генерального соглашения, включая CSA (т.к. это сделка, аналогичная любой другой сделке в контексте документации ISDA), при прекращении обязательств вследствие наступления банкротства образуют единое денежное обязательство (close-out amount), то есть CSA включается в расчет такого денежного обязательства.

Данная позиция была поддержана Банком России в письме к СРО профессиональных участников рынка ценных бумаг НАУФОР (Письмо от 26.03.2015 № 51-4-3-115), а именно: «По мнению Банка России, действующее законодательство с учетом положений ст. 4.1 Закона о банкротстве, ст. 51.5 Закона “О рынке ценных бумаг” позволяет предоставлять информацию о Приложении о кредитной поддержке к ISDA Master Agreement (Credit Support Annex (Transfer — English law)) (далее — Приложение CSA) и включать платежи, передаваемые на основании Приложения CSA, в расчет нетто-обязательства при прекращении обязательств в связи с введением процедур банкротства».

В соответствии с поправками, внесенными в ГК РФ (ст. 128 ГК РФ), безналичные денежные средства — это иное имущество. Соответственно права, возникающие на денежные средства, являются правами требования. В этой связи, несмотря на положения коллизионного права ст. 1205 и п. 1 ст. 1206 ГК РФ, предполагающих непосредственное применение законодательства страны, где находится имущество, не совсем понятно, как можно определить нахождение прав требования на денежные средства, как и прав требования на бездокументарные ценные бумаги.

В этой связи есть основания полагать, что в соответствии с п. 2 ст. 1186 ГК РФ российские суды будут применять законодательство, наиболее тесно связанное с отношениями сторон, а именно: либо английское право, которое регулирует CSA, либо право страны, где находится банковский счет лица, передающего обеспечение по CSA, в момент передачи обеспечения. При этом российское право не предусматривает специальных правил регулирования в части перехода прав требования на деньги, соответственно действуют общие пра-

Есть основания полагать, что российские суды будут применять законодательство, наиболее тесно связанное с отношениями сторон: либо английское право, которое регулирует CSA, либо право страны, где находится банковский счет лица, передающего обеспечение по CSA, в момент передачи обеспечения.

Инструмент CSA в ликвидационном неттинге: что препятствует его применению в процедуре банкротства?

вила, что такой переход происходит в момент поступления денежных средств на счет лица, получающего обеспечение.

С учетом того, что кредитное обеспечение (CSA) является крайне эффективным инструментом, снижающим рыночный и кредитный риски контрагентов не только в международной практике (в том числе в трансграничных сделках с участием российских компаний), но и для развития российского рынка сделок с ПФИ, в качестве практических действий по имплементации данного финансового инструмента необходимо следующее:

1. Внести изменения в Закон о банкротстве и Закон о рынке ценных бумаг в части закрепления правового режима кредитного обеспечения (CSA). Как уже было сказано, на текущий момент участникам рынка ценных бумаг известно об инициативе Банка России по внесению соответствующих изменений.

2. Во избежание возможной негативной судебной практики провести семинары с представителями судейского сообщества, чтобы пояснить аспекты работы нового для российской правовой системы обеспечительного инструмента и его практический смысл для (а) минимизации возможных убытков сторон, в частности в рамках процедуры банкротства, и (б) повышения устойчивости и развития рынка деривативов.

3. Опубликовать информационное письмо Банка России как регулятора финансового рынка с разъяснениями о возможности включения кредитного обеспечения (CSA) в расчет ликвидационного неттинга. Такое информационное письмо поможет охватить широкий круг субъектов: не только участников финансового рынка, но и судей, что даст возможность участникам потенциального судебного разбирательства ссылаться на официальную позицию регулятора финансового рынка. Письмо, направленное Банком России в адрес НАУФОР, не может считаться достаточной мерой, так как оно адресовано конкретной организации и не охватывает широкий круг лиц.

В целом можно отметить, что при отсутствии какой-либо судебной практики и (или) разъяснений судов перспективы применения кредитного обеспечения (CSA) по российскому праву, в особенности для целей ликвидационного неттинга, остаются неопределенными, а возможное разбирательство в суде может привести к непредсказуемым результатам, в том числе в части применимого к отношениям сторон права. 

Согласно императивной норме подп. 4 п. 2 ст. 54 Федерального закона от 16.07.1998 № 102-ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)» при обращении взыскания на заложенное недвижимое имущество суд в решении должен указать его начальную продажную цену. При этом закон не устанавливает, каким образом суд при отсутствии соглашения сторон должен ее определить. Какие еще правовые проблемы связаны с определением начальной продажной цены и как их разрешить?

Определение начальной продажной цены заложенного имущества, реализуемого в судебном порядке



**Александр
БУТОРИН,**
*Железнодорож-
ный районный суд
г. Рязани, федераль-
ный судья, к.ю.н.*

Внесудебное или судебное взыскание?

Залог движимого или недвижимого имущества является сегодня одним из сравнительно надежных способов обеспечения обязательств, позволяющим банку при неисполнении или ненадлежащем исполнении обязательств заемщиком удовлетворить свои требования, вытекающие, в частности, из кредитного договора.

Как известно, обращение взыскания на заложенное имущество допускается как на основании соглашения банка (залогодержателя) с залогодателем, то есть во внесудебном порядке, так и в судебном порядке. При этом согласно п. 1 ст. 349 ГК РФ банк вправе предъявить в суд требование об обращении взыскания на заложенное имущество и при наличии соглашения об обращении взыскания во внесудебном порядке.

Процедура обращения взыскания на заложенное имущество в судебном порядке весьма распространена, поскольку дает возможность залогодержателю в полной мере использовать инструментарий властно-принудительной функции государства. В ряде случаев внесудебный порядок обращения взыскания вообще не может быть применен (в частности, в случаях, предусмотренных п. 3 ст. 349

Определение начальной продажной цены заложенного имущества, реализуемого в судебном порядке

ГК РФ). Хотя такой способ часто представляется более сложным и длительным, судебный порядок обращения взыскания на заложенное имущество все еще составляет значительную долю случаев реализации заложенного имущества.

Несмотря на то что за последние несколько лет нормы о внесудебном порядке обращения взыскания на предмет залога подверглись серьезным изменениям, открывшим широкие возможности для его применения кредитными организациями, наиболее часто сталкивающимися с залоговым обеспечением, на практике внесудебный порядок может оказаться более длительным и содержать больше рисков, чем судебное обращение взыскания. Помимо этого, сама практика внесудебного обращения взыскания на заложенное имущество в достаточной мере не сформировалась, и применение данного способа не исключает противодействия со стороны залогодателя, в том числе с использованием различных судебных процедур. Одновременно необходимо учитывать, что подходы к проблемам реализации данного механизма в судебной практике не отличаются единством.

В этой связи судебный порядок обращения взыскания на заложенное имущество остается наиболее широко применяемым на практике.

Алгоритм судебного взыскания

Как правило, данная процедура происходит в несколько этапов:

1. Проведение банком комплекса мероприятий, направленных на досудебное урегулирование задолженности по кредитному договору. Обычно это претензионная работа с заемщиком и залогодателем (если залог предоставлен третьим лицом).
2. Формирование документов и подача искового заявления в суд. Дополнительно на данной стадии могут быть предприняты действия по принятию судом обеспечительных мер по иску.
3. Рассмотрение дела судом с вынесением решения об обращении взыскания на заложенное имущество.
4. Возбуждение судебным приставом-исполнителем исполнительного производства на основании исполнительного листа. Естественно, что данному этапу может предшествовать как апелляционное обжалование решения суда, так и рассмотрение вопроса об отсрочке исполнения решения суда первой инстанции.
5. В зависимости от характера имущества, подлежащего реализации, судебный пристав-исполнитель в соответствии с ч. 1 ст. 84 Федерального закона от 02.10.2007 № 229-ФЗ «Об исполнительном

Несмотря на то что за последние несколько лет нормы о внесудебном порядке обращения взыскания на предмет залога подверглись серьезным изменениям, открывшим широкие возможности для его применения кредитными организациями, наиболее часто сталкивающимися с залоговым обеспечением, на практике внесудебный порядок может оказаться более длительным и содержать больше рисков, чем судебное обращение взыскания.

Александр БУТОРИН

производстве» изымает у залогодателя предмет залога и документы или только документы, необходимые для продажи на торгах.

6. При реализации движимого имущества с публичных торгов судебный пристав-исполнитель не позднее чем за 10 дней до даты проведения торгов направляет залогодержателю, залогодателю и должнику уведомление о дате, времени и месте проведения торгов. В случае с недвижимым имуществом информация также подлежит опубликованию в периодическом печатном издании субъекта РФ и на соответствующем официальном сайте в интернете.

7. Реализация заложенного имущества с публичных торгов.

В случае признания торгов состоявшимися задолженность погашается за счет суммы, вырученной от реализации заложенного имущества. Необходимо учитывать, что из указанной суммы удерживается вознаграждение организатора торгов, но не более 3% от вырученной суммы, если предметом залога является недвижимое имущество. При недостаточности вырученной от продажи имущества суммы для полного погашения задолженности кредитор вправе удовлетворить свое требование в оставшейся части за счет иного имущества заемщика. При этом обязательства залогодателя (если он одновременно не является заемщиком) считаются исполненными. В ситуации, когда вырученная от продажи предмета залога сумма больше размера задолженности, разница возвращается залогодателю.

В случае признания торгов несостоявшимися банк-кредитор вправе приобрести по соглашению с залогодателем заложенное имущество и зачесть в счет покупной цены свои требования. Если соглашение не достигнуто, проводятся повторные торги. Если же и повторные торги объявляются несостоявшимися, то банк-кредитор вправе оставить предмет залога за собой. Если в течение месяца с даты объявления повторных торгов несостоявшимися банк не воспользуется указанным правом, то залог прекращается.

Проблемы определения начальной продажной цены

Одним из важных вопросов, который подлежит решению как при внесудебном, так и при судебном порядке обращения взыскания на заложенное имущество, является определение начальной продажной цены реализации предмета залога.

Если при внесудебном порядке в договоре залога указывается начальная продажная цена заложенного имущества или порядок ее определения, то при судебном порядке она по логике должна определяться решением суда.

Определение начальной продажной цены заложенного имущества, реализуемого в судебном порядке

Тем не менее, судебная практика, в том числе высшей судебной инстанции, делает необходимым более подробно остановиться именно на вопросе определения начальной продажной цены заложенного имущества, реализуемого в судебном порядке.

Следует иметь в виду, что характер определения судом начальной продажной цены зависит от того, какое имущество подлежит реализации: движимое или недвижимое. Связано это с разным нормативным регулированием соответствующего вопроса.

Так, помимо общих положений об обращении взыскания на заложенное имущество и его реализации в судебном порядке, определенных в ст. 349 и 350 ГК РФ, в Федеральном законе от 16.07.1998 № 102-ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)» содержатся нормы, предписывающие суду определять начальную продажную цену заложенного недвижимого имущества.

В соответствии с подп. 4 п. 2 ст. 54 указанного закона, принимая решение об обращении взыскания на имущество, заложенное по договору об ипотеке, суд должен определить и указать в нем начальную продажную цену заложенного имущества при его реализации. Цена определяется либо на основе соглашения между залогодателем и залогодержателем, достигнутого в ходе рассмотрения дела в суде, либо, если такое соглашение не достигнуто, самим судом. Иными словами, суд при обращении взыскания на заложенное недвижимое имущество в любом случае обязан определить его начальную продажную цену.

Ныне существующая редакция обозначенной нормы введена Федеральным законом от 06.12.2011 № 405-ФЗ и предусматривает, что соглашение между залогодателем и залогодержателем относительно начальной продажной цены должно быть достигнуто в ходе рассмотрения дела судом. Ранее существовавшая формулировка вызывала вопросы при применении соответствующей нормы судами. В частности, в п. 12 Обзора судебной практики по гражданским делам, связанным с разрешением споров об исполнении кредитных обязательств (утв. Президиумом Верховного суда РФ 22.05.2013), описана ситуация, когда суд, обращая взыскание на квартиру, определил начальную продажную цену заложенного имущества, исходя из цены, указанной в договоре об ипотеке, на день подписания этого договора, полагая, что оснований для определения иной начальной продажной цены заложенного имущества не имелось. Однако Судебной коллегией по гражданским делам Верховного суда РФ высказано суждение, что впоследствии данное обстоятельство может привести к нарушению прав должника, поскольку судом не учтен значитель-

Следует иметь в виду, что характер определения судом начальной продажной цены зависит от того, какое имущество подлежит реализации: движимое или недвижимое. Связано это с разным нормативным регулированием соответствующего вопроса.

Александр БУТОРИН

ный промежуток времени с момента заключения договора об ипотеке (2007 г.) до момента обращения взыскания (2011 г.).

Как следует из действующей редакции подп. 4 п. 2 ст. 54 Федерального закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)», суд должен ориентироваться на то, что согласие между залогодателем и залогодержателем относительно начальной продажной цены заложенного имущества должно быть достигнуто именно в ходе рассмотрения дела в суде. При этом достижение такого согласия, как представляется, процессуально должно быть оформлено либо отражением в протоколе судебного заседания, либо путем получения судом от залогодателя письменного заявления о признании иска, по крайней мере в части определения начальной продажной цены заложенного недвижимого имущества.

При этом закон не требует от суда проверять, из чего исходили залогодатель и залогодержатель, достигая соглашения в судебном заседании относительно начальной продажной цены заложенного имущества, тогда как стороны могут согласовать заведомо заниженную цену с целью, например, исключить возможность удовлетворения за счет этого имущества требований иных кредиторов залогодателя.

Открытым остается и вопрос о том, считать ли достигнутым в ходе рассмотрения дела в суде соглашение между залогодателем и залогодержателем в случае систематической неявки в судебные заседания залогодателя и отсутствия с его стороны каких-либо возражений по существу иска и по согласованной ранее в договоре об ипотеке стоимости объекта недвижимости. Очевидно, при ответе на данный вопрос стоит учитывать не столько отсутствие как такового спора, сколько соответствие ранее согласованной в договоре ипотеки стоимости объекта недвижимости его рыночной стоимости на момент рассмотрения дела. Обратное соответственно может привести к нарушению прав должника, о чем сказано в названном Обзоре Верховного суда РФ, и, как следствие, к отмене решения суда первой инстанции или же к иным неблагоприятным для взыскателя последствиям.

В частности, норма Федерального закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)» об обязанности суда определить и указать в решении об обращении взыскания на имущество, заложенное по договору об ипотеке, начальную продажную цену заложенного имущества при его реализации носит императивный характер. Несоблюдение данной процедуры, например когда начальная цена определяется судебным приставом-исполнителем, в силу ст. 449 ГК РФ может

Как следует из действующей редакции подп. 4 п. 2 ст. 54 Федерального закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)», суд должен ориентироваться на то, что согласие между залогодателем и залогодержателем относительно начальной продажной цены заложенного имущества должно быть достигнуто именно в ходе рассмотрения дела в суде.

Определение начальной продажной цены заложенного имущества, реализуемого в судебном порядке

повлечь за собой признание судом торгов недействительными по иску заинтересованного лица и соответственно недействительность договора с лицом, выигравшим торги. Данная позиция в судебной практике является вполне сложившейся и отражена в Обзоре Верховного суда РФ № 3 за 2017 год (утв. Президиумом Верховного суда РФ 12.07.2017).

Аналогичным образом Верховный суд РФ высказал свою позицию по конкретному делу в Определении от 24.10.2017 № 74-КГ17-14, обратив внимание, что предусмотренная ч. 1 ст. 85 Федерального закона «Об исполнительном производстве» возможность оценки судебным приставом-исполнителем имущества должника, на которое обращается взыскание, допускается, только если иное не предусмотрено законодательством РФ. Собственно, подп. 4 п. 2 ст. 54 Федерального закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)» установлено иное: императивное правило об определении начальной цены судом.

Таким образом, при обращении взыскания на заложенное недвижимое имущество суд в решении должен указать его начальную продажную цену. При этом закон не устанавливает, каким образом суд при отсутствии соглашения сторон должен ее определить. Естественно, что суд, не обладая специальными познаниями, должен прибегнуть к помощи специалистов-оценщиков. Полученное заключение оценщика фактически становится единственным допустимым доказательством, которое суд может положить в основу решения, определяя начальную продажную цену реализуемого имущества. Стороне, не согласной с полученной стоимостью, будет проблематично опровергнуть ее — разве что удастся доказать проведение оценки с нарушением закона, применяемых обычно подходов и методик оценки или же наличие заинтересованности самого оценщика, недостаточный уровень его квалификации и т.п.

Между тем установление в решении суда начальной продажной цены заложенного имущества, реализуемого в ходе исполнительного производства, не означает, что впоследствии эта цена не может быть изменена. В частности, возможна ситуация, когда рыночная стоимость заложенного имущества снизилась, вследствие чего высокая начальная продажная стоимость заложенного имущества влечет за собой отсутствие заявок на участие в конкурсе и признание торгов несостоявшимися.

В этом случае заинтересованные лица (залогодатель или залогодержатель) вправе обратиться в суд, по решению которого обращено взыскание на предмет залога и установлена начальная продажная цена, с заявлением о ее изменении. Такое заявление, являясь по

Установление в решении суда начальной продажной цены заложенного имущества, реализуемого в ходе исполнительного производства, не означает, что впоследствии эта цена не может быть изменена.

Александр БУТОРИН

сути заявлением об изменении порядка исполнения решения суда, исходя из аналогии процессуального закона подлежит рассмотрению в порядке, предусмотренном ст. 203 и 434 ГПК РФ, то есть с проведением судебного заседания и вызовом лиц, участвующих в деле.

Правовым основанием для подачи такого заявления являются нормы, изложенные в ст. 56 и 58 Федерального закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)» и регулирующие в том числе ситуацию, когда установленная начальная продажная цена заложенного имущества существенно отличается от его рыночной стоимости на момент реализации. По смыслу данных норм после объявления публичных торгов несостоявшимися залогодатель или залогодержатель вправе до проведения повторных публичных торгов обратиться в суд с заявлением об изменении начальной продажной цены заложенного имущества при его реализации. Вместе с тем на заявителе лежит бремя доказывания, что рыночная цена предмета залога значительно изменилась после вступления в законную силу решения суда об обращении на него взыскания и это обстоятельство может привести к нарушению прав кредитора или должника в ходе исполнительного производства.

Что касается реализации движимого имущества, то действующее законодательство не содержит специального правила об определении начальной продажной цены судом. Ранее действовавший Закон РФ от 29.05.1992 № 2872-1 «О залоге» в п. 11 ст. 28.2 предусматривал порядок, аналогичный тому, который применяется на основании Федерального закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)», однако с 1 июля 2014 г. Закон РФ «О залоге» утратил силу. Соответственно оценка движимого имущества должника, на которое обращается взыскание, осуществляется судебным приставом-исполнителем.

Тем не менее, представляется, что если договор залога движимого имущества, прямо определяющий установление начальной продажной стоимости в судебном порядке, был заключен до 1 июля 2014 г., то суд не вправе отказать в установлении начальной продажной цены. Стороны при заключении договора исходили из того, что к их правоотношениям, которые могут возникнуть в будущем, будет применено вполне конкретное правовое регулирование. Иное будет нарушать принцип устойчивости гражданского оборота.

Тем не менее, проблемным остается вопрос о том, применять ли в таком случае правило, установленное в ранее действовавшем п. 11 ст. 28.2 Закона РФ «О залоге»: начальная продажная цена заложенного имущества, с которой начинаются торги, определяемая на основании отчета оценщика, устанавливается равной восьмидесяти

Представляется, что если договор залога движимого имущества, прямо определяющий установление начальной продажной стоимости в судебном порядке, был заключен до 1 июля 2014 г. (дата окончания действия Закона РФ «О залоге»), то суд не вправе отказать в установлении начальной продажной цены.

Определение начальной продажной цены заложенного имущества, реализуемого в судебном порядке

процентам рыночной стоимости такого имущества, определенной в отчете оценщика. Если следовать общей логике, то стороны, заключая договор залога в период действия данной нормы, также исходили из возможности ее применения в будущем к правоотношениям, связанным с возможной реализацией предмета залога на торгах.

Изложенное позволяет сделать следующие выводы:

- 1) при вынесении решения об обращении взыскания на заложенное недвижимое имущество суд обязан указать начальную продажную цену реализации на торгах;
- 2) цена определяется либо соглашением сторон, либо самим судом;
- 3) достижение сторонами соглашения относительно начальной продажной цены должно носить определенный характер и найти свое отражение в материалах гражданского дела;
- 4) определяя начальную продажную цену, суд должен руководствоваться сложившимися на момент вынесения решения рыночными ценами;
- 5) начальная продажная цена движимого имущества, на которое обращается взыскание в судебном порядке, определяется судебным приставом-исполнителем. Исключением может являться указание в договоре залога, заключенном до 1 июля 2014 г., правила о судебном порядке определения начальной продажной цены. 

По данным отчета¹ аналитиков Центра судебных экспертиз компании RTM Group², в 2016 году по искам клиентов банков о хищениях денежных средств через каналы ДБО суды отказывали в 81% случаев. Иски физических лиц были удовлетворены судами в 24% случаев, а иски юридических лиц — почти в 13% случаев. Однако предварительный анализ судебной практики за 2017 год указывает на то, что клиентам все чаще удастся доказывать свою позицию в судах и они все чаще выигрывают такого рода иски³. Почему сложилась такая тенденция и что делать банкам?

Почему банки будут чаще проигрывать судебные споры по искам о хищениях через каналы ДБО



Евгений ЦАРЕВ,
RTM Group, эксперт

Судебные дела, в которых есть составляющая IT или информационной безопасности, справедливо относятся к категории сложных. Связано это в первую очередь с тем, что при судебных разбирательствах проводится судебная компьютерно-техническая экспертиза. Помимо компьютерно-технической экспертизы часто требуется нормативно-техническая экспертиза, которая дополняет компьютерно-техническое исследование.

В подавляющем числе судебных разбирательств компьютерно-технической экспертизе подвергается исключительно компьютер или жесткий диск клиента. Однако такое исследование по умолчанию может доказать только вину клиента и никоим образом не вину банка или несовершенство системы ДБО. Поэтому в последние пару лет практика такого рода экспертиз начала меняться.

¹ <https://www.securitylab.ru/analytics/485706.php>.

² RTM Group (<http://www.rtm.group/>) — группа экспертных и юридических компаний, специализирующихся на правовых и технических вопросах в области информационных технологий и информационной безопасности, исполнитель судебных нормативно-технических IT- и ИБ-экспертиз.

³ В настоящее время аналитики Центра судебных экспертиз компании RTM Group готовят аналогичный отчет за 2017 г.

Почему банки будут чаще проигрывать судебные споры по искам о хищениях через каналы ДБО

Невиновность банков взята под сомнение

Подготовленные юристы клиента стараются убедить суд назначить судебную экспертизу не только по изучению компьютера клиента, но и по изучению системы ДБО в принципе. И вообще стараются ставить эксперту вопросы о том, насколько банк выполнил требования по защите информации, в частности требования Банка России.

Одно из ключевых доказательств при рассмотрении такого рода дел — договор между банком и клиентом. В подавляющем большинстве случаев распределение рисков использования системы ДБО в договоре таково, что ответственность и последствия ее использования полностью ложатся на клиента.

Например, если по условиям договора или приложения клиент обязуется использовать средство антивирусной защиты конкретного производителя, то на рабочей станции, с которой осуществляются платежи, должен быть установлен именно такой антивирус. Использование средства антивирусной защиты другого производителя нарушает условия договора.

Если договор содержит формулировку, что стороны считают используемые меры по обеспечению безопасности платежей достаточными, клиенту трудно будет убедить суд, что банк не использует достаточные меры по обеспечению безопасности платежей.

Как уже говорилось, до 2016–2017 гг. судебная практика была на стороне банков. То есть суд изучал договор и приходил к выводу, что, согласно распределению рисков в договоре, ответственность за убытки при использовании системы ДБО лежит на клиенте, а банк не несет ответственности, даже если допустил массу критичных нарушений.

Подобную практику нельзя назвать справедливой. По итогам анализа судебной практики за 2016 г. по спорам, связанным с хищениями через каналы ДБО, можно сделать вывод, что примерно в половине дел имеет место обоюдная вина клиента и банка. Ведь именно банк является квалифицированным участником рынка, разрабатывает и (или) использует системы ДБО, применяет системы выявления фальсифицированных транзакций и пр. Таким образом, банк не в меньшей степени, чем клиент, имеет возможность предотвратить хищение. Однако сложившаяся практика не мотивирует банки заниматься повышением уровня информационной безопасности систем и процессов.

Нельзя утверждать, что банки намеренно пренебрегают вопросами информационной безопасности. За рамки нашего исследования

По итогам анализа судебной практики за 2016 г. по спорам, связанным с хищениями через каналы ДБО, можно сделать вывод, что примерно в половине дел имеет место обоюдная вина клиента и банка.

Евгений ЦАРЕВ

вынесены кейсы, в которых клиент и банк либо заключили мировое соглашение, либо нашли способ разделить ущерб. Это происходит в случаях грубых нарушений самим банком требований Банка России, законодательства и общих требований по информационной безопасности. В таких случаях банки учитывают риски негативных последствий огласки инцидента в суде. В первую очередь это относится к небольшим и региональным банкам.

Предварительный анализ судебной практики за 2017 г. указывает на то, что клиентам все чаще удастся доказывать свою позицию в судах.

То, что складывающаяся тенденция получит свое развитие, доказывает проект поправок в Положение № 382-П¹. Часть поправок предположительно должна вступить в силу с 1 июля 2018 г., часть — с 1 июля 2019 г.

В проекте поправок:

— расширено понятие инцидента: если раньше к инцидентам в платежных системах относили только незначительную часть от общего количества инцидентов, то после принятия поправок к ним будет относиться почти все;

— установлена необходимость применять в платежном процессе ряд сертифицированных средств защиты (раньше была расплывчатая формулировка в духе «могут применяться»);

— имеется прямая ссылка на ГОСТ Р ИСО/МЭК 15408-3-2013;

— введено требование ежегодного тестирования на проникновение и анализа уязвимостей лицензиатом ФСТЭК;

— установлена необходимость проводить при модернизации систем внеплановый анализ уязвимостей;

— детализированы условия, когда по заявлению клиента банк обязан вводить ограничения по параметрам операций. Фактически по заявлению клиента банк обязан ввести требуемые клиенту ограничения;

— введено прямое требование по разделению контуров подготовки и подтверждения клиентом электронных сообщений;

— определены новые требования по информированию Банка России. Нужно будет информировать его даже о планах по размещению информации на официальных сайтах, выпуску пресс-релизов и проведению пресс-конференций;

Если раньше к инцидентам в платежных системах относили только незначительную часть от общего количества инцидентов, то после принятия поправок в Положение № 382-П к ним будет относиться почти все.

¹ Положение Банка России от 09.06.2012 № 382-П «О требованиях к обеспечению защиты информации при осуществлении переводов денежных средств и о порядке осуществления Банком России контроля за соблюдением требований к обеспечению защиты информации при осуществлении переводов денежных средств».

Почему банки будут чаще проигрывать судебные споры по искам о хищениях через каналы ДБО

— предусмотрено, что оценка соответствия по Положению № 382-П должна проводиться только сторонней организацией — лицензиатом ФСТЭК.

За последние два года в судебной практике появилось несколько интересных примеров, в которых презумпция невиновности банка взята под сомнение. При этом суды начинают все глубже разбираться в каждом конкретном случае.

Как может быть доказана вина банка?

Показателен кейс¹ между банком и клиентом — юридическим лицом, со счета которого было похищено около 5 млн руб. В рамках судебной экспертизы были поставлены задачи не только исследовать компьютер клиента, но и оценить уровень информационной безопасности в банке. По понятным причинам уровень информационной безопасности в банке можно оценить, только обладая соответствующей информацией. В частности, нужно знать, какие средства защиты используются, какова архитектура сети, нужны исходные коды системы ДБО и пр. То есть для того, чтобы ответить на этот вопрос, необходимо проделать очень большое исследование. Так вот, в этом кейсе эксперт запросил у суда дополнительную информацию, суд запросил информацию у банка, а банк отказался ее предоставлять. Но эксперт принял решение и ответил на вопрос примерно следующим образом: «Я обязан ответить на вопрос об уровне информационной безопасности в банке; я могу на него ответить, обладая только той информацией, которая у меня есть, на основе тех материалов, которые у меня есть, а материалов у меня по большому счету нет. Поэтому я оцениваю уровень информационной безопасности в банке как низкий».

Суд принял решение в пользу клиента, напрямую сославшись на вывод эксперта, что уровень информационной безопасности в банке низкий. Поскольку запрошенная экспертом информация была предоставлена ответчиком не в полном объеме и сведения в отношении примененных им средств защиты от несанкционированного доступа были не подтверждены, суд счел возражения ответчика необоснованными и пришел к выводу, что по характеру обязательства ответчиком не была обеспечена надлежащая защищенность системы.

Отсюда же следует вывод, что если банк, ссылаясь на банковскую тайну, откажется предоставить информацию по внутренним ИТ-системам, фрод-мониторингу и средствам защиты, предоставить исходные коды ДБО, то такой отказ обернется против него.

Если банк в ходе судебного разбирательства не предоставит эксперту требуемую им информацию для оценки уровня ИБ в банке, то суд может расценить уровень защиты в банке как низкий.

¹ ООО «Электросервисмонтаж» против ОАО (ныне ПАО) «Московский Кредитный Банк» (дело № А40-216859/15-170-1768).

Евгений ЦАРЕВ

Что делать?

Подразделениям по информационной безопасности и руководству банков нужно понимать, что ситуация быстро меняется. Подразделениям ИБ необходимо обеспечить качественную досудебную и судебную поддержку юридическим департаментам. Фактически не бывает такого, чтобы практикующие юристы могли похвастаться компетенцией в вопросах информационной безопасности на экспертном уровне.

Как видно из приведенного примера, помимо компьютерно-технического исследования эксперту необходимо провести нормативно-техническое исследование. В отличие от классической компьютерно-технической экспертизы нормативно-техническая экспертиза в качестве объектов исследования принимает техническую документацию, соглашения, регламенты работы с системой, спецификации на оборудование и программное обеспечение и т.п. Применительно к ДБО может быть исследовано, насколько правомерно банк в принципе разрабатывал систему ДБО, так как, например, присутствие криптографии накладывает на разработчика системы ДБО дополнительные требования — наличие лицензии ФСБ России, и не просто лицензии, а указания в этой лицензии соответствующих видов работ.

Далеко не у всех банков с документированием все в порядке. Кроме того, нормативно-техническая экспертиза позволяет выявить такие вещи, как рекомендация устаревших операционных систем со стороны банка. То есть причиной хищения, например, может быть использование устаревших операционных систем, в которых существуют известные уязвимости. В суде может выясниться, что система была снята с поддержки производителем, имелись уязвимости, банк не уведомил об этом клиента, соответственно вина ляжет на банк.

Сам факт привлечения в процесс специалиста или эксперта по информационной безопасности позволяет перевести рассмотрение дела в плоскость выполнения/невыполнения банками требований по ИБ. Такой подход позволяет обнаружить нарушения банком требований законодателя и Банка России, установить факты наличия уязвимостей системы ДБО. Все это делает возможным для суда исключить из рассмотрения часть доказательств, которые подтверждают позицию банка, и привнести в дело новые доказательства.

В случае нарушений со стороны банка последний, как правило, не стремится самостоятельно предоставлять суду информацию о них. Поэтому приоритетной задачей становится истребование таких доказательств через суд или органы следствия.

Сам факт привлечения в процесс специалиста или эксперта по информационной безопасности позволяет перевести рассмотрение дела в плоскость выполнения/невыполнения банками требований по ИБ.

Почему банки будут чаще проигрывать судебные споры по искам о хищениях через каналы ДБО

Возможности следствия в истребовании доказательств несоизмеримо выше, нежели возможности суда. В настоящий момент, например, существует практика истребования следователями самописных компонентов ДБО в исходных кодах для проведения экспертизы. Результат экспертизы может выявить недостатки и уязвимости в ДБО банка, что повышает шансы доказать его вину.

В качестве итога необходимо сказать, что в настоящее время разрабатывается методика проведения комплексной экспертизы (нормативной, финансово-экономической и компьютерно-технической), которая будет использоваться в судебных экспертизах в рамках споров между банками и клиентами по вопросам хищения денежных средств через каналы ДБО. Обратите внимание: в приведенном кейсе эксперт оценил уровень безопасности как низкий. Чтобы нельзя было дать такие условные оценки, разрабатываются критерии для определения уровня безопасности систем ДБО. Очевидно, что суды будут принимать выводы экспертиз, основанные на данной методике, ведь, по опыту автора, судам очень хочется получить от эксперта качественную оценку уровня безопасности ДБО. 

Вступивший в силу в 2017 году Закон № 233-ФЗ¹ изменил права акционеров на получение информации и документов о деятельности банка. Какие документы исключены из перечня предоставляемых по запросу акционеров? В каких случаях акционеры при запросе информации и документов должны обосновывать деловую цель? По каким основаниям акционерам может быть отказано в предоставлении информации и документов?

Как изменился порядок реализации прав акционеров на получение информации о деятельности банка?



Иван ИЛЬИН,
Публичное акционерное общество «СЕВЕРГАЗБАНК», советник председателя правления

Дифференциация прав акционеров

Изменения, внесенные Законом № 233-ФЗ, коснулись в первую очередь дифференциации прав акционеров, требующих предоставления информации. Так, в Законе об акционерных обществах² в настоящее время определены три категории акционеров, обладающих различными правами при запросе и получении доступа к документам и информации:

- все акционеры банка;
- акционер (акционеры), владеющий не менее чем одним процентом голосующих акций банка. Следует отметить, что к акционерам — владельцам голосующих акций банка относятся владельцы обыкновенных акций и в определенных случаях (см., например, п. 4 и 5 ст. 32 Закона об акционерных обществах) — владельцы привилегированных акций;
- акционер (акционеры), владеющий не менее чем 25 процентами голосующих акций банка.

Все документы и информацию можно разделить:

¹ Федеральный закон от 29.07.2017 № 233-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об акционерных обществах» и статью 50 Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью».

² Федеральный закон от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах».

Как изменился порядок реализации прав акционеров на получение информации о деятельности банка?

— на документы, предоставляемые по требованию любого акционера (п. 1 ст. 91 Закона об акционерных обществах; далее, если не оговорено особо, — общий перечень документов);

— дополнительные информацию и документы, предоставляемые по требованию акционера (акционеров), владеющего не менее чем одним процентом голосующих акций банка (п. 2 и 3 ст. 91 Закона об акционерных обществах);

— дополнительные документы, предоставляемые по требованию акционера (акционеров), владеющего не менее чем 25 процентами голосующих акций банка (п. 5 ст. 91 Закона об акционерных обществах).

Изменение подхода к определению перечня документов

Необходимо обратить внимание, что в действующей редакции Закона об акционерных обществах изменен сам подход к определению перечня документов, запрашиваемых акционерами (таблица).

Таблица

Документы, предоставляемые по запросу акционеров в соответствии с Законом об акционерных обществах

По запросу любого акционера (п. 1 ст. 91)	По запросу акционера, владеющего не менее чем 1% голосующих акций		По запросу акционера, владеющего не менее чем 25% голосующих акций (п. 5 ст. 91)
	для публичного акционерного банка (п. 2 ст. 91)	для непубличного акционерного банка (п. 3 ст. 91)	
1	2	3	4
1. Договор о создании банка, решение об учреждении банка (в случае учреждения банка одним лицом), устав банка, а также внесенные в устав банка и зарегистрированные в установленном порядке изменения и дополнения. 2. Документ, подтверждающий государственную регистрацию банка. 3. Документы, подтверждающие выпуск и регистрацию ценных бумаг банка (решение о выпуске (дополнительном выпуске) ценных бумаг, изменения в решение о выпуске (дополнительном выпуске) ценных бумаг, отчет об итогах выпуска (дополнительного выпуска) ценных бумаг, уведомление об итогах выпуска (дополнительного выпуска) ценных бумаг) ¹ .	1. Информация, касающаяся сделок (односторонних сделок), являющихся крупными сделками и (или) сделками, в совершении которых имеется заинтересованность: вид, предмет, содержание и размер сделок, дата их совершения и срок исполнения обязательств по ним, сведения о принятии решения о получении согласия на совершение	Акционеры могут сами расширить перечень документов и информации. Так, они могут быть допущены ко всем документам, обязанность хранения которых предусмотрена Законом об акционерных обществах, за исключением протоколов заседаний правления банка и документов бухгалтерского учета. Такие расширенные права акционеров	Наряду с указанными в гр. 3 документами банк обязан обеспечить доступ к протоколам заседаний правления банка и документам бухгалтерского учета банка

¹ Формы этих документов определены Инструкцией Банка России от 27.12.2013 № 148-И «О порядке осуществления процедуры эмиссии ценных бумаг кредитных организаций на территории Российской Федерации».

Иван ИЛЬИН

Окончание таблицы

1	2	3	4
4. Утвержденные общим собранием акционеров внутренние документы акционерного банка, регулирующие деятельность его органов (положения об общем собрании акционеров, совете директоров, правлении и ревизионной комиссии). 5. Положения о филиалах и представительствах банка. 6. Годовые отчеты банка. 7. Годовая бухгалтерская (финансовая) отчетность и аудиторское заключение о ней. 8. Формируемые в соответствии с требованиями Закона об акционерных обществах отчеты оценщиков в случаях выкупа акций банка по требованию акционера. 9. Документы, полученные банком в связи с приобретением более 30% акций банка (только для банков — публичных акционерных обществ). 10. Протоколы общих собраний акционеров банка. 11. Списки аффилированных лиц банка, составленные в соответствии с Положением Банка России от 30.12.2014 № 454-П «О раскрытии информации эмитентами эмиссионных ценных бумаг». 12. Заключение ревизионной комиссии банка. 13. Проспекты ценных бумаг, ежеквартальные отчеты эмитента и иные документы, содержащие информацию, подлежащую опубликованию или раскрытию иным способом в соответствии с Законом об акционерных обществах и другими федеральными законами. 14. Уведомления о заключении акционерных соглашений, направленные банку, а также списки лиц, заключивших такие соглашения. 15. Судебные решения и постановления по спорам, связанным с созданием банка, управлением им или участием в нем, а также судебные акты по таким спорам, в том числе определения о возбуждении арбитражным судом производства по делу и принятии искового заявления либо заявления об изменении основания или предмета ранее заявленного иска	или о последующем одобрении таких сделок. 2. Протоколы заседаний совета директоров (наблюдательного совета) банка. 3. Отчеты оценщиков об оценке имущества, сделки в отношении которого являются крупными сделками и (или) сделками, в совершении которых имеется заинтересованность	могут быть предусмотрены уставом непубличного акционерного банка при его учреждении или внесены в устав по решению, принятому единогласно всеми акционерами банка	

Как изменился порядок реализации прав акционеров на получение информации о деятельности банка?

Законом № 233-ФЗ из общего перечня документов, предоставляемых по запросу любого акционера, исключены:

- документы, подтверждающие права банка на имущество, находящееся на его балансе;
- списки лиц, имеющих право на участие в общем собрании акционеров, и лиц, имеющих право на получение дивидендов, а также иные списки, составляемые для осуществления акционерами банка своих прав в соответствии с Законом об акционерных обществах;
- бюллетени для голосования, а также доверенности (копии доверенностей) на участие в общем собрании акционеров;
- заключения государственных и муниципальных органов финансового контроля.

Кроме того, существенно сокращен перечень внутренних документов, к которым имеют доступ все акционеры. Так, вместо понятия «внутренние документы», включающего все внутренние документы банка, в ст. 91 использовано понятие «утвержденные общим собранием акционеров внутренние документы банка, регулирующие деятельность его органов», которое включает в себя четыре внутренних документа: положения об общем собрании акционеров, совете директоров, правлении и ревизионной комиссии (см. таблицу).

Дополнительно в общий перечень документов включены документы, подтверждающие выпуск и регистрацию ценных бумаг банка: решение о выпуске (дополнительном выпуске) ценных бумаг, изменения в решение о выпуске (дополнительном выпуске) ценных бумаг, отчет об итогах выпуска (дополнительного выпуска) ценных бумаг, уведомление об итогах выпуска (дополнительного выпуска) ценных бумаг.

При проверке обоснованности отнесения документа, запрашиваемого акционером, к документам бухгалтерского учета необходимо руководствоваться позицией Верховного суда РФ, изложенной в Определении от 25.04.2017¹.

В соответствии с позицией ВС РФ понятие «документ бухгалтерского учета» в Законе об акционерных обществах применяется в более широком смысле по сравнению с понятием «первичный учетный документ», используемым в Федеральном законе от 06.12.2011 № 402-ФЗ «О бухгалтерском учете». Таким образом, документы бухгалтерского учета согласно Закону об акционерных обществах — это любые документы, имеющие существенное значение для правиль-

Изменения, внесенные Законом № 233-ФЗ, коснулись в первую очередь дифференциации прав акционеров, требующих предоставления информации.

¹ См. Обзор судебной практики Верховного суда Российской Федерации № 3 (2017), утвержденный Президиумом Верховного суда Российской Федерации 12 июля 2017 г. (позиция 30).

Иван ИЛЬИН

ного ведения бухгалтерского учета, в том числе и гражданско-правовые договоры, которые в неразрывной связи с первичными учетными документами формируют бухгалтерский учет.

Необходимо также отметить, что в части допуска акционеров к протоколам правления и документам бухгалтерского учета уставом банка может быть предусмотрено меньшее количество акций, необходимых для такого допуска (п. 6 ст. 91 Закона об акционерных обществах). При этом снижение количества акций, необходимых для доступа к протоколам правления и документам бухгалтерского учета, возможно как в публичном, так и в непубличном акционерном обществе.

Деловая цель запроса информации и документов

Следует отметить, что до вступления в силу Закона № 233-ФЗ раскрытие цели запроса информации ни законодательством, ни судебной практикой как существенное условие получения информации не рассматривалось.

Новеллой Закона № 233-ФЗ является то, что в нем определены понятие деловой цели запроса документов и информации, категории акционеров, которые при запросе определенных документов должны обосновывать деловую цель их запроса, а также неисчерпывающий перечень оснований, по которым деловая цель не может считаться разумной.

В соответствии с п. 7 ст. 91 Закона об акционерных обществах под деловой целью понимается законный интерес акционера в получении сведений и документов, которые объективно необходимы и достаточны для надлежащей реализации прав акционера, предусмотренных Законом об акционерных обществах.

При этом под акционерами, обязанными указывать деловую цель, понимаются акционеры публичного или непубличного банка, владеющие менее чем 25 процентами голосующих акций, и только в случае требования о предоставлении документов и информации, предусмотренных п. 2 и 3 ст. 91 Закона об акционерных обществах.

Наряду с законностью деловой цели законодатель устанавливает и еще одно требование к деловой цели — она должна быть разумной (принцип разумности)¹. Исходя из субъективного характера прин-

Документы бухгалтерского учета согласно Закону об акционерных обществах — это любые документы, имеющие существенное значение для правильного ведения бухгалтерского учета, в том числе и гражданско-правовые договоры.

¹ О принципе разумности см., напр.: Грибанов Д.В. Разумность как принцип правового регулирования // Бизнес, менеджмент и право. 2015. № 1. С. 112-115; Богданова Е.Е. Принцип разумности в гражданском праве Российской Федерации // Адвокат. 2013. № 1. С. 5-12.

Как изменился порядок реализации прав акционеров на получение информации о деятельности банка?

ципа разумности, Закон об акционерных обществах определил только отдельные случаи неразумности деловой цели. Так, в соответствии с п. 7 ст. 91 деловая цель не может считаться разумной, если:

- 1) банк обладает сведениями о фактических обстоятельствах, свидетельствующих о недобросовестности акционера;
- 2) имеет место необоснованный интерес в получении акционером документов или информации;
- 3) акционер является конкурентом банка либо аффилированным лицом конкурента и запрашиваемый им документ содержит конфиденциальную информацию, относящуюся к конкурентной сфере, и ее распространение может причинить вред коммерческим интересам банка.

По мнению автора, иные случаи неразумности деловой цели будут определены судами в процессе правоприменительной практики.

Право отказа в доступе к документам и информации

Представляется, что идя по пути демократизации корпоративного права, законодатель подчас бывает излишне демократичен. Так, буквальное толкование п. 8 ст. 91 Закона об акционерных обществах позволяет констатировать, что отказ акционеру в доступе к документам и информации является правом банка, а не его обязанностью.

Например, банк вправе отказать акционеру в доступе к документам и информации, если состав и содержание запрошенных документов явно не соответствуют указанной в запросе цели или акционер не обладает правом доступа к необходимой ему категории документов в соответствии с условиями, определенными Законом об акционерных обществах.

Не совсем понятно, в чем должен заключаться субъективизм при оценке возможности предоставления документов в данных случаях. По мнению автора, отказ от предоставления документов по отдельным основаниям должен быть определен Законом об акционерных обществах не как право, а как обязанность банка.

Подчеркнем, что условия отказа применимы в отношении любого акционера вне зависимости от количества принадлежащих ему акций.

Предоставление конфиденциальной информации

До вступления в силу Закона № 233-ФЗ по вопросу предоставления конфиденциальной информации или информации, содержащей

Согласно новой редакции Закона об акционерных обществах срок предоставления документов, содержащих конфиденциальную информацию, исчисляется не ранее чем с момента подписания между банком и акционером договора о нераспространении информации (соглашения о конфиденциальности).

Иван ИЛЬИН

коммерческую или иную охраняемую законом тайну, действовали рекомендации, изложенные в п. 15 Информационного письма № 144¹.

Новый порядок предоставления документов, содержащих конфиденциальную информацию, определен в действующей редакции Закона об акционерных обществах. Законодатель определил необходимость заключения банком и акционером договора о нераспространении информации (соглашения о конфиденциальности) и установил в связи с этим следующие специальные требования (п. 12 ст. 91):

— условия договора о нераспространении информации (соглашения о конфиденциальности) могут быть определены банком в формуляре или в иной стандартной форме и должны быть едиными для всех акционеров банка;

— банк — публичное акционерное общество обязан разместить условия данного договора на своем сайте;

— срок предоставления документов, содержащих конфиденциальную информацию, исчисляется не ранее чем с момента подписания между банком и акционером договора о нераспространении информации (соглашения о конфиденциальности).

Законом об акционерных обществах (абз. 4 п. 11 ст. 91) предусмотрена возможность установления Банком России дополнительных требований к порядку предоставления документов акционерного общества, а также к порядку предоставления копий таких документов².

Другие правила запроса и получения информации

Анализ темы был бы неполон, если бы не были отмечены возможности установления иных правил запроса и получения акционерами информации. Такие возможности существуют для непубличных акционерных банков.

Возможность определения иных условий предоставления информации отдельным категориям акционеров такого банка установлена в п. 3–5 ст. 91 Закона об акционерных обществах. Кроме того, согласно п. 13 этой же статьи правила запроса и получения информации, определенные в ней, могут быть изменены в непубличном акционерном банке.

¹ Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 18.01.2011 № 144 «О некоторых вопросах практики рассмотрения арбитражными судами споров о предоставлении информации участникам хозяйственных обществ».

² Эти требования перечислены в Указании Банка России от 22.09.2014 № 3388-У.

Как изменился порядок реализации прав акционеров на получение информации о деятельности банка?

При этом иные условия и (или) порядок предоставления доступа, в том числе сроки и минимальное количество акций для получения всех или определенной категории документов, могут быть предусмотрены уставом такого банка при его учреждении или внесены в устав, изменены и (или) исключены из устава единогласным решением общего собрания акционеров.

Выводы

Подводя итог, хотелось бы обратить внимание на следующее:

1. Изменения, внесенные в Закон об акционерных обществах, в целом усовершенствовали порядок запроса и получения акционерами документов и информации в акционерных банках.

2. Определение исчерпывающих перечней документов для различных категорий акционеров не позволяет с уверенностью сказать, что Закон об акционерных обществах исключил неоднозначность в оценке обоснованности запроса документов. Например, анализ перечней не позволяет определить, какая категория акционеров может запросить и получить допуск к решениям единоличного исполнительного органа (приказам и распоряжениям председателя правления банка).

3. Закон об акционерных обществах по смыслу п. 3 и 13 ст. 91 предусматривает возможность установить в уставе непубличного акционерного банка право доступа определенной категории акционеров или всех акционеров ко всем документам в банке.

При этом в банке — публичном акционерном обществе на уровне закона не определена категория акционеров, имеющих допуск ко всем документам в банке. Такая категория акционеров не может по смыслу Закона об акционерных обществах быть определена и в уставе банка — публичного акционерного общества.

Решением этого вопроса могло бы стать установление в ст. 91 категории акционеров, допущенных ко всем документам публичного акционерного общества, например включением в статью пункта следующего содержания: «Публичное акционерное общество обеспечивает акционеру, владеющему более чем 75 процентами голосующих акций общества, доступ ко всем своим документам». 

Российские банки уже привыкли к тому, что сверхбогатые и богатые клиенты размещают свои финансы в банках Швейцарии, Великобритании, Кипра, Испании и т.д. По мнению автора, если грамотно применять законодательные нормы, ситуацию можно частично изменить. Как использовать для привлечения таких клиентов тенденцию законодательного расширения перечня лиц, имеющих право доступа к банковской тайне? Какие налоговые и прочие риски VIP-клиентов сопряжены с недавними изменениями законодательства¹?

Private Banking: юридические побочные эффекты VIP-статуса



**Юлия
СЕВАСТЬЯНОВА,**
адвокат, к.ю.н.

Расширение доступа к банковской тайне

Как известно, клиентов сегмента Private Banking подразделяют на три группы: UHNWI (Ultra High Net Worth Individuals) — сверхбогатые, HNWI (High Net Worth Individuals) — богатые, affluent — премиальная розница.

К сожалению, российские HNWI и тем более UHNWI тяготеют к западным юрисдикциям. Одна из причин — высокий уровень конфиденциальности информации, относящейся к банковской тайне. Хотя, учитывая глобальный тренд деофшоризации экономики, даже традиционно закрытая Швейцария, по всей видимости, будет вынуждена вступить в процесс обмена информацией о клиентах. На первый взгляд может показаться, что подобное регулирование будет выгодно российским банкам, которые стараются вывести национальный Private Banking на уровень мировых стандартов. Однако как в России обстоят дела с защищенностью банковской тайны?

Ключевыми с точки зрения правового регулирования банковской тайны являются ст. 857 ГК РФ и ст. 26 Закона о банках и банковской

¹ Статья написана по материалам выступления автора на конференции VII Moscow Family Office Forum, проведенной Hansa FinCon OY 15 и 16 ноября 2017 г. в Hotel Ritz-Carlton Moscow.

Private Banking: юридические побочные эффекты VIP-статуса

деятельности¹. В ст. 857 ГК РФ сказано, что сведения, составляющие банковскую тайну, могут быть предоставлены самим клиентам, иным субъектам только в случае и по основаниям, предусмотренным законом. Наиболее полно перечень таких оснований и субъектов раскрыт в ст. 26 Закона о банках и банковской деятельности. Если сравнить редакцию ст. 26, действовавшую на момент принятия Закона о банках и банковской деятельности, с редакцией, действующей на сегодняшний день, то окажется, что перечень лиц, имеющих право доступа к банковской тайне, расширился в несколько раз.

Банкиры справедливо скажут, что это глобальный тренд, противостоять которому невозможно. По мнению автора, длительный период проработавшей в банке и, следовательно, знающей структуру изнутри, из данной ситуации банкиры могут извлечь выгоду в пользу HNWI и UHNWI.

Дело в том, что в рамках российского правопорядка не установлен запрет на информирование клиента о том, какие запросы властных и иных органов предъявлены к его счету, за исключением запросов Росфинмониторинга. Сами банки в подавляющем большинстве случаев не считают необходимым информировать клиентов о подобных запросах. Такая тактика вполне объяснима для розничного сегмента, в том числе премиальной розницы. Но в отношении HNWI и UHNWI логика должна быть прямо противоположной. Для богатых и сверхбогатых людей вовремя полученная информация относительно того, кто «копает», может стать неоценимым подспорьем. А банк, своевременно сообщивший значимые сведения, перейдет из статуса вынужденного контрагента в статус необходимого партнера.

Налоговые последствия VIP-статуса

Следующий риск российского премиального банковского обслуживания связан с налоговыми последствиями VIP-статуса. В рамках привилегированных программ банки предоставляют клиентам эксклюзивные услуги, которые могут повлечь за собой возникновение у клиента налогооблагаемой базы.

Вспомним спор с налоговым органом, который считал, что оплату банком услуг бизнес-салонов аэропорта в пользу физических лиц — клиентов банка следовало квалифицировать как доход физических лиц в натуральной форме и в соответствии со ст. 210 НК РФ включать в налоговую базу в целях исчисления НДФЛ. Если бы позиция налогового органа устояла в суде, то не только банк должен

Если сравнить редакцию ст. 26 Закона о банках и банковской деятельности, действовавшую на момент принятия закона, с редакцией, действующей на сегодняшний день, то окажется, что перечень лиц, имеющих право доступа к банковской тайне, расширился в несколько раз.

¹ Федеральный закон от 02.12.1990 № 395-1 «О банках и банковской деятельности».

Юлия СЕВАСТЬЯНОВА

был бы исполнять функции налогового агента, но и VIP-клиенты должны были бы уплачивать налог на доходы физических лиц. В Постановлении Президиума ВАС РФ от 09.04.2013 по делу № А56-47243/2011 суд защитил интересы банка, а следовательно, и VIP-клиентов.

Учитывая налоговую незащищенность как интересов банка, так и прав состоятельных клиентов в рамках программ лояльности, законодатель ввел в ст. 217 НК РФ п. 68, который действует с 1 января 2017 г. Теперь от обложения НДФЛ освобождаются доходы в денежной или натуральной форме в виде перечисляемых на банковский счет налогоплательщика денежных средств и (или) полной или частичной оплаты за налогоплательщика товаров и (или) услуг российскими и иностранными организациями, полученные в результате участия налогоплательщика в программах указанных организаций с использованием банковских (платежных) и (или) дисконтных (накопительных) карт, направленных на увеличение активности клиентов в приобретении товаров и услуг указанных организаций и предусматривающих:

— начисление бонусов (баллов, иных единиц, характеризующих активность клиента в приобретении товаров (работ, услуг) указанных организаций) по основаниям, установленным в соответствующей программе;

— выплату в зависимости от количества начисленных бонусов (баллов, иных единиц, характеризующих активность клиента в приобретении товаров (работ, услуг) указанных организаций) дохода в денежной или натуральной форме.

Однако есть одно очень важное условие, без соблюдения которого освобождения от НДФЛ не произойдет. Присоединение к банковской программе лояльности должно осуществляться на условиях публичной оферты. Для премиальной розницы (affluent) условие о публичной оферте вполне применимо и широко используется банками. Но классический Private Banking (UHNWI; HNWI) как раз исключает возможность вступления в отношения путем публичной оферты, поскольку подразумевает исключительно индивидуальный подход банка к клиенту.

Лишение потребительской защиты

Следующий риск привилегированного обслуживания связан с лишением потребительской защиты при эксклюзивном банковском сервисе. Потребительская защита в России предоставляет банковскому клиенту значительные гарантии, вытекающие из принципа его

Классический Private Banking исключает возможность применения публичной оферты, поскольку подразумевает исключительно индивидуальный подход банка к клиенту.

Private Banking: юридические побочные эффекты VIP-статуса

экономической слабости в отношениях с кредитной организацией: возможность в упрощенном порядке оспаривать незаконные действия и (или) условия банковского обслуживания, право на получение полной и прозрачной информации об услугах, беспрошльное судопроизводство и т.д.

UHNWI и HNWI зачастую выбирают сложные банковские инструменты инвестирования: ценные бумаги, производные финансовые инструменты и т.д. В этом сегменте законодательство о защите прав потребителей не действует. ВС РФ в Определении от 09.06.2015 № 11-КГ15-12 указал, что ввиду рискованного характера деятельности по совершению гражданско-правовых сделок с ценными бумагами и (или) по заключению договоров, являющихся производными финансовыми инструментами, такая деятельность не может быть признана направленной на удовлетворение личных (бытовых) нужд, а потому вывод о применении к возникшим отношениям Закона о защите прав потребителей¹ нельзя признать правильным.

Однако VIP-клиенты не только пользуются сложными финансовыми инструментами, но и активно прибегают к традиционным банковским операциям: вклады, банковские карты и т.д. Может ли VIP-клиент, использующий традиционные банковские услуги, рассчитывать на потребительскую защиту?

В Определении от 28.04.2016 № 305-ЭС14-5119 ВС РФ разъяснил, что индивидуальный подход при обслуживании, выражающийся в заключении договора банковского вклада на индивидуальных условиях, указывает на доверительные отношения с сотрудниками банка, предложившими принять деньги на указанных условиях, а значит, и на возможность вкладчика влиять на договорные положения. Это, в свою очередь, не позволяет считать вкладчика экономически слабой стороной в правоотношениях с банком.

Цифровые риски

Еще одна опасность вытекает из диджитализации банковских сервисов. Совсем недавно произошел инцидент, связанный со списанием со счета VIP-клиента суммы, эквивалентной \$10 тыс., посредством доступа к мобильному банкингу через получение дубликата SIM-карты. Следует отметить, что обслуживающий банк проявил действительно эксклюзивный подход, возместив незаконно списанную денежную сумму в добровольном порядке за счет собственных средств. Однако когда банк обратился к оператору сотовой связи, который

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

Юлия СЕВАСТЬЯНОВА

неправомерно выдал мошенникам дубликат SIM-карты, с требованием о компенсации убытков, то проиграл спор в суде¹.

Надеемся, что подобное не совсем справедливое распределение бремени ответственности не будет способствовать тому, что банки перестанут демонстрировать лояльность к клиентам на том уровне, который соответствует их VIP-статусу.

Также хотелось бы добавить, что в декабре 2015 г. ВС РФ впервые в банковской практике указал на то, что к ответственности за несанкционированное списание денежных средств со счета, к которому подключена услуга мобильного банкинга, вследствие выдачи дубликата SIM-карты ненадлежащему лицу должен быть привлечен не банк, а оператор сотовой связи².

Согласно Определению ВС РФ от 25.11.2014 № 5-КГ14-124 работа программного центра охватывается рамками предпринимательской деятельности банка; сбой программного обеспечения не является следствием воздействия непреодолимой силы и не освобождает банк от ответственности перед клиентом за ненадлежащее предоставление услуги.

Неправомерные действия банка и его сотрудников

Еще одним неотъемлемым риском в рамках VIP-банкинга является риск совершения персональным менеджером недобросовестных/противоправных действий. Причем такие действия можно классифицировать следующим образом:

1) действия, содержащие в себе признаки уголовного преступления. Например, недавно в Тольятти произошел инцидент, когда менеджер банка украл со счетов VIP-клиентов 1 млрд руб.³ Судебный процесс по иску клиента к банку о взыскании денежных средств находится в самом разгаре, решение по нему пока не вынесено⁴;

2) действия, которые не являются уголовно наказуемыми, но свидетельствуют о гражданско-правовой недобросовестности. Например, менеджер банка в сегменте affluent проконсультировал клиента ненадлежащим образом, разъяснив, что при проведении платежей внутри банка комиссия не взимается, что противоречило действующим тарифам банка. В результате с клиента была списана комиссия⁵.

Несанкционированное списание денежных средств со счетов клиентов может произойти не только по вине сотрудников банка, но и вследствие технической ошибки в работе ПО банка. В этой связи

¹ Постановление Двенадцатого арбитражного апелляционного суда от 13.09.2016 № 12АП-8863/2016 по делу № А12-9847/2016.

² Определение ВС РФ от 08.12.2015 № 5-КГ15-164.

³ https://news.rambler.ru/articles/37439103/?utm_content=rnews&utm_medium=read_more&utm_source=copylink.

⁴ Дело № 2-5027/2017 по иску Головина С.Н. к ПАО «Сбербанк России», находящееся в производстве Промышленного районного суда г. Самары.

⁵ Апелляционное определение Московского городского суда от 22.05.2015 по делу № 33-15324.

Private Banking: юридические побочные эффекты VIP-статуса

важно знать, что согласно Определению ВС РФ от 25.11.2014 № 5-КГ14-124 работа программного центра охватывается рамками предпринимательской деятельности банка; сбой программного обеспечения не является следствием воздействия непреодолимой силы и не освобождает банк от ответственности перед клиентом за ненадлежащее предоставление услуги.

Иногда кредитные организации вполне осознанно идут в отношении клиентов в сегменте VIP-банкинга на действия, которые весьма неоднозначно трактуются как потребителями, так и судами. Например, один из банков с 1 июля 2017 г. увеличил с 1,5 до 2 млн руб. размер суммарного баланса денежных средств, которые клиент должен размещать для бесплатного обслуживания в сегменте VIP-банкинга. Как указывают клиенты, банк не уведомлял их в индивидуальном порядке об изменении правил привилегированного обслуживания. Также клиенты добавляют: мало того что банк стал списывать ежемесячную комиссию в размере 2 тыс. руб., он еще и удержал денежные средства за услуги по карте Priority Pass. Оказывается, если не соблюдать суммарный баланс денежных средств, необходимый для бесплатного обслуживания, то и пользование услугами по программе Priority Pass также становится платным¹.

Насколько такая позиция банка согласуется с судебной практикой — судите сами. В п. 19 Обзора судебной практики по делам, связанным с защитой потребителей финансовых услуг (утв. Президиумом ВС РФ 27.09.2017), приведен следующий случай.

В договорах комплексного банковского обслуживания содержалось условие о праве банка на одностороннее изменение правил комплексного банковского обслуживания, тарифов, договоров банковских продуктов, условий дистанционного банковского обслуживания физических лиц, с которыми клиент обязан ознакомиться в офисах или на официальном сайте банка. По мнению банка, положения правил комплексного банковского обслуживания и условий дистанционного банковского обслуживания физических лиц, касающиеся изменения правил, тарифов, договора, изложены в соответствии с п. 3 ст. 434 и п. 3 ст. 438 ГК РФ и не могут нарушать права потребителей, поскольку сторонами при заключении договора согласуется возможность вносить в договор изменения и оговариваются способы уведомления о таких изменениях.

Вместе с тем, по мнению суда, анализ содержания правил комплексного банковского обслуживания свидетельствует об отсутствии

Независимо от того, заключается ли договор комплексного обслуживания в рамках пакета привилегированного банковского обслуживания или в рамках обычной розницы, юридическая суть правоотношений остается неизменной.

¹ <http://www.banki.ru/news/daytheme/?id=10036695>.

Юлия СЕВАСТЬЯНОВА

порядка, позволяющего достичь соглашения о вносимых банком изменениях в правила и тарифы. В правилах перечислены лишь условия, при которых банк обязан известить клиента об изменениях, а также содержится положение о том, что клиент обязан самостоятельно отслеживать на сайте вносимые банком изменения и в случае несогласия отказаться от исполнения договора.

Изложенные таким образом условия устанавливают право банка на одностороннее изменение согласованных сторонами положений, что не соответствует ст. 310, 450 и 452 ГК РФ.

Оппоненты могут возразить, что описанный спор касался обычного, а не привилегированного банковского обслуживания. По мнению автора, независимо от того, заключается ли договор комплексного обслуживания в рамках пакета привилегированного банковского обслуживания или в рамках обычной розницы, юридическая суть правоотношений остается неизменной. В отношениях с потребителем возможность лица, оказывающего услуги, в одностороннем порядке изменить условие обязательства должна быть предусмотрена исключительно законодательным актом. В рассматриваемом случае положения ГК РФ и иных федеральных законов такого права банка не предусматривают.

Подтверждение нашей позиции можно встретить в судебной практике. Так, банк обратился в арбитражный суд с заявлением к Роспотребнадзору об оспаривании постановления о привлечении к административной ответственности по ч. 2 ст. 14.8 КоАП РФ. Спор касался незаконных условий договора привилегированного банковского обслуживания, согласно которым банк имел право в одностороннем порядке устанавливать новые тарифы и по своему усмотрению изменять набор услуг. Суд признал, что подобные условия нарушают права потребителя¹.

Резюмируя изложенное, можно сделать вывод, что, несмотря на относительную молодость российского VIP-банкинга, практика изобилует примерами спорных ситуаций, которые не всегда разрешаются в пользу клиентов. Между тем данный сегмент обслуживания как никакой иной обязывает следовать принципу «Клиент всегда прав». В противном случае банкиры рискуют лишиться состоятельных потребителей, за которых идет настоящее сражение как среди российских, так и среди иностранных финансистов.

¹ Постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 11.02.2015 № 07АП-44/2015 по делу № А45-21290/2014.

Опыт показывает, что далеко не всегда юристы банка ориентируются в вопросах сводного исполнительного производства. Это неудивительно, так как сводное исполнительное производство — объект весьма специфичный и лучше всего его можно понять, когда ведешь его сам. Не такая редкость, что должник имеет не только долг перед банком, но еще и задолженность по алиментам, неоплаченные штрафы ГИБДД, неоплаченный транспортный налог и т.п. Каковы наиболее распространенные заблуждения относительно сводного исполнительного производства? В каких случаях и для чего исполнительные производства подлежат объединению?

Заблуждения и проблемы сводного исполнительного производства: значение для практики

Рассмотрим наиболее распространенные заблуждения относительно сводного исполнительного производства.

Прежде всего хотелось бы отметить, что наиболее распространенной ошибкой является понимание сводного исполнительного производства как некоего нового исполнительного производства, которое возникает вместо объединенных в него исполнительных производств. Из этой ошибки появляются требования в жалобах: «окончить сводное исполнительное производство», «разъединить (отсоединить) исполнительное производство от сводного исполнительного производства» и т.п.

На самом деле сводное исполнительное производство — это не новое единое исполнительное производство. В сводном исполнительном производстве объединенные исполнительные производства по-прежнему остаются самостоятельными — они самостоятельно могут быть окончены, приостановлены при наличии законных оснований и т.п.

К сводному исполнительному производству присоединяются новые исполнительные производства, из сводного исполнительного про-



Алексей ШАРОН,
советник юстиции
3-го класса, частно-
практикующий
юрист

Алексей ШАРОН

изводства исключаются исполнительные производства в случае их окончания или прекращения.

Если, например, по какому-то самостоятельному исполнительному производству взыскатель отзывает исполнительный документ, то данное исполнительное производство оканчивается и со сводным исполнительным производством ничего не происходит, никаких отдельных специальных постановлений по нему не выносятся.

Сложнее ситуация, когда оспариваются действия и заявитель жалобы просит приостановить сводное исполнительное производство. Здесь много зависит от конкретных фактических обстоятельств дела. Если оспаривается арест имущества в пользу всех взыскателей, то возможно приостановление всего сводного исполнительного производства. Но такие ситуации редки на практике. Если же оспаривается что-то касающееся конкретного исполнительного производства (например, законность выдачи исполнительного документа, зачет встречных однородных требований между должником и взыскателем), то приостановление всего сводного исполнительного производства нарушит права других взыскателей на своевременное получение присужденного с должника.

В данном случае должно быть приостановлено конкретное исполнительное производство, в рамках которого оспариваются те или иные процессуальные действия. Причем исполнительное производство может также быть приостановлено как полностью, так и в части (например, в части передачи на реализацию арестованного имущества, оценка которого оспаривается). Приостановление исполнительного производства полностью или в части предусмотрено ст. 39 и 40 Федерального закона от 02.10.2007 № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве» (далее — Закон об исполнительном производстве).

Таким образом, необходимо активно реагировать на ходатайства должника о приостановлении всего сводного исполнительного производства. При такой формулировке в случае удовлетворения данного ходатайства судом взыскание не будет производиться по всем исполнительным производствам, объединенным в сводное исполнительное производство.

В каких случаях исполнительные производства подлежат объединению в сводное исполнительное производство?

Исполнительные производства могут объединяться в сводное исполнительное производство по должнику или взыскателю (ст. 34 Закона об исполнительном производстве).

Наиболее распространенной ошибкой является понимание сводного исполнительного производства как некоего нового исполнительного производства, которое возникает вместо объединенных в него исполнительных производств.

Заблуждения и проблемы сводного исполнительного производства: значение для практики

То есть если имеется несколько исполнительных производств по взысканию с одного должника в пользу нескольких разных взыскателей, данные исполнительные производства подлежат объединению в сводное исполнительное производство (такому производству присваивается индекс СД).

Если же имеются несколько исполнительных производств в отношении разных должников в пользу одного взыскателя, то данные исполнительные производства также объединяются в сводное (такому производству присваивается индекс СВ).

На практике объединение по взыскателю чаще всего производится при взыскании солидарного долга с заемщика, поручителей, залогодателя и др. в пользу одного взыскателя (кредитора). Здесь объединение исполнительных производств в сводное помогает эффективно контролировать взысканную с солидарных должников сумму, чтобы не было превышения в пользу взыскателя.

В сводное исполнительное производство объединяются исполнительные производства только имущественного характера (ч. 1 ст. 34 Закона об исполнительном производстве). Таким образом, исполнительное производство, обязывающее должника совершить определенные действия (например, ремонт) или воздержаться от их совершения (например, не препятствовать в пользовании имуществом), к сводному исполнительному производству не присоединяется.

Процессуально исполнительные производства объединяет в сводное судебный пристав-исполнитель своим постановлением.

Если исполнительные производства находятся в разных территориальных отделах одного субъекта РФ, то место ведения определяет главный судебный пристав субъекта путем вынесения постановления. На практике это будет тот отдел, где предстоит совершить большую часть исполнительных действий (обращение взыскания на имущество и т.п.). Если исполнительные производства находятся в разных субъектах РФ, то место их ведения определяет главный судебный пристав РФ.

Для чего объединяют исполнительные производства?

Объединение осуществляется в следующих целях:

- 1) процессуальная экономия;
- 2) создание возможности обратиться взыскание на имущество на общую сумму долга по всем исполнительным производствам в отношении одного должника или в пользу одного взыскателя с нескольких должников;

Необходимо активно реагировать на ходатайства должника о приостановлении всего сводного исполнительного производства. При такой формулировке в случае удовлетворения данного ходатайства судом взыскание не будет производиться по всем исполнительным производствам, объединенным в сводное исполнительное производство.

Алексей ШАРОН

3) распределение взысканных сумм между взыскателями разной очередности удовлетворения требований (ст. 111 Закона об исполнительном производстве).

Рассмотрим каждую цель в отдельности.

Процессуальная экономия

В случае объединения исполнительных производств в сводное нет необходимости в описательной части процессуальных документов (актов, постановлений и т.д.) перечислять все исполнительные производства и суммы взыскания по каждому исполнительному производству. В каждом процессуальном документе делается ссылка — например, «по сводному исполнительному производству № 12525/45/СД».

Иными словами, суть сводного исполнительного производства заключается в том, что при взыскании с одного должника в пользу нескольких взыскателей судебный пристав производит действия не по каждому исполнительному производству в отдельности, а по сводному исполнительному производству в целом.

Исполнительное производство, обязывающее должника совершить определенные действия (например, ремонт) или воздержаться от их совершения (например, не препятствовать в пользовании имуществом), к сводному исполнительному производству не присоединяется.

Возможность обращения взыскания на имущество на общую сумму долга

В случае объединения в сводное исполнительное производство судебный пристав-исполнитель может (и обязан) наложить арест на имущество должника на общую сумму долга по сводному исполнительному производству и обратиться впоследствии взыскание. Аналогично постановление об обращении взыскания на денежные средства на счета должника выносится на всю сумму долга по сводному исполнительному производству.

Распределение взысканных сумм между взыскателями разной очередности удовлетворения требований

Статьей 111 Закона об исполнительном производстве установлена строгая очередность удовлетворения требований взыскателей в случае, если взысканной с должника суммы недостаточно для погашения всех требований взыскателей.

В первую очередь погашаются требования по взысканию алиментов, во вторую — по выплате заработной платы, в третью — по уплате налогов и платежей во внебюджетные фонды, в четвертую — требования всех остальных взыскателей (подробнее см. статью закона).

Если в сводном исполнительном производстве находятся взыскатели одной очередности, например четвертой, то распределение

Заблуждения и проблемы сводного исполнительного производства: значение для практики

взысканной суммы будет производиться пропорционально сумме долга. Например, у должника три взыскателя, у первого из них требование 1000 руб., у второго — 2000 руб., у третьего — 7000 руб. Общий долг 10 000 руб. С должника взыскано 100 руб. Первому взыскателю будет перечислено 10 руб., второму — 20 руб., третьему — 70 руб.

Отметим, что на практике возникают случаи неправильного распределения взысканных сумм — это может быть как из-за коррупционных проявлений, так и из-за ложно понятых интересов службы: судебный пристав-исполнитель для отчетности полностью оканчивает одно исполнительное производство, распределяя остатки между остальными взыскателями.

Поэтому важным аспектом работы банковского юриста является контроль распределения взысканных с должника сумм между всеми взыскателями в соответствии с правилами, установленными ст. 111 Закона об исполнительном производстве.

Проблемы сводного исполнительного производства

Отметим, что сводные исполнительные производства не очень любят профессиональные взыскатели (коллекторы), так как активно помогают судебному приставу-исполнителю в розыске и аресте имущества должника и получается, что они работают фактически на всех взыскателей.

На практике встречаются случаи отказа взыскателю ознакомиться со всеми материалами сводного исполнительного производства. При этом судебные приставы ссылаются на конфиденциальность данных по другим исполнительным производствам, где взыскатель не является стороной исполнительного производства.

Вопрос является спорным, так как в соответствии со ст. 50 Закона об исполнительном производстве только сторона имеет право знакомиться с материалами конкретного исполнительного производства. О сводном исполнительном производстве закон ничего не говорит.

Представляется, что взыскателю безоговорочно должен быть представлен доступ ко всем документам сводного исполнительного производства, которые затрагивают его права и законные интересы.

Например, это будут акт описи и ареста имущества по сводному исполнительному производству, отчеты об оценке арестованного имущества и т.п. Что же касается персональных данных физических лиц взыскателей, то в предоставлении такой информации взыскателю по сводному исполнительному производству может быть отка-

Взыскателю безоговорочно должен быть представлен доступ ко всем документам сводного исполнительного производства, которые затрагивают его права и законные интересы.

Алексей ШАРОН

зано, так как данная информация никак не затрагивает его права и законные интересы.

Несколько иного мнения придерживается судебная практика, из которой следует, что взыскатель может знакомиться с материалами всего сводного исполнительного производства без каких-либо ограничений. Так, принимая во внимание, что в Законе об исполнительном производстве отсутствует прямое указание на возможность ограничить права взыскателя по ознакомлению с материалами исполнительного производства в полном объеме независимо от того, является ли исполнительное производство сводным, апелляционный суд пришел к выводу, что взыскатель имеет право ознакомиться со всеми материалами исполнительного производства¹.

Общей проблемой в службе судебных приставов является ведение в отношении одного и того же должника исполнительных производств разными судебными приставами-исполнителями. Исполнительные производства не объединяются в сводное исполнительное производство по разным объективным и субъективным причинам.

Например, должник ранее проживал по одному адресу, впоследствии переехал. Как результат — исполнительные производства находятся на исполнении в разных отделах судебных приставов. Кроме того, исполнительное производство может быть возбуждено и по месту нахождения имущества должника (ч. 1 ст. 33 Закона об исполнительном производстве). Здесь активно воздействовать на ситуацию могут взыскатели, направляя главному судебному приставу ходатайства об объединении исполнительных производств в сводное исполнительное производство. Однако это не всегда выгодно активному взыскателю, который, частично взыскав долг с должника, не хочет делиться с другими взыскателями.

Еще одним проблемным аспектом сводного исполнительного производства является определение правил подведомственности рассмотрения жалоб на должностных лиц службы судебных приставов.

В Постановлении Пленума Верховного суда РФ от 17.11.2015 № 50 «О применении судами законодательства при рассмотрении некоторых вопросов, возникающих в ходе исполнительного производства» (далее — Постановление) разрешен вопрос о подведомственности рассмотрения споров, возникающих при исполнении сводных исполнительных производств.

В том случае, если в сводном исполнительном производстве имеются исполнительные документы, выданные как судами общей

Общей проблемой в службе судебных приставов является ведение в отношении одного и того же должника исполнительных производств разными судебными приставами-исполнителями. Исполнительные производства не объединяются в сводное исполнительное производство по разным объективным и субъективным причинам.

¹ Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 08.11.2016 № Ф06-13506/2016 по делу № А57-16691/2015.

Заблуждения и проблемы сводного исполнительного производства: значение для практики

юрисдикции, так и арбитражными судами, споры, затрагивающие все сводное исполнительное производство, рассматриваются в суде общей юрисдикции вне зависимости от того, каким судом выдан исполнительный документ (п. 4 Постановления).

Так, например, жалоба на арест имущества должника по сводному исполнительному производству в пользу всех взыскателей будет рассматриваться в суде общей юрисдикции.

Но в то же время вопрос правопреемства по исполнительному производству, возбужденному на основании исполнительного листа, выданного арбитражным судом, будет рассматриваться арбитражным судом (ст. 48 АПК РФ).

Подводя итоги, можно сделать вывод, что сводное исполнительное производство — это условное производство, которое объединяет самостоятельные исполнительные производства по должнику и (или) взыскателю. Целями ведения сводного исполнительного производства являются процессуальная экономия и контроль за распределением взысканных денежных средств в пользу всех взыскателей.

Юристу банка необходимо отслеживать вопросы приостановления исполнительного производства и распределения взысканных с должника денежных средств между всеми взыскателями. 

Ответы на вопросы

Возможно ли неосновательное обогащение банка при оставлении им предмета залога за собой?

Псковский филиал ЭКСИ-Банка (АО) (далее — Банк) попросил авторов нашего журнала высказать свою позицию по следующей неоднозначной ситуации.

Решением Псковского районного суда от 08.07.2016 по делу № 2-606/2016 удовлетворены исковые требования Банка к гражданину Н. об обращении взыскания на заложенное имущество — здание и земельный участок. Указанное имущество было заложено в обеспечение обязательств по кредитному договору юридического лица — общества с ограниченной ответственностью, где гр-н Н. является директором и учредителем. Кредит выдан на сумму 6 000 000 руб. под 18% годовых.

Определен способ реализации в виде продажи с публичных торгов, установлена начальная продажная стоимость: дома в размере 14 100 000 руб., участка в размере 900 000 руб.

В описательной части решения указана сумма кредитной задолженности в размере 9 406 284 руб. 88 коп. При этом судебным актом не установлена сумма денежного обязательства, на которую Банк вправе обратиться взыскание после реализации заложенного имущества в виде продажи с публичных торгов и которая подлежит уплате залогодержателю из стоимости заложенного имущества.

Апелляционным определением Судебной коллегии по гражданским делам Псковского областного суда от 27.09.2016 решение Псковского районного суда от 08.07.2016 оставлено без изменения, апелляционные жалобы — без удовлетворения.

В декабре 2016 г. указанное имущество передано судебным приставом-исполнителем на торги.

В связи с объявлением вторичных торгов несостоявшимися в марте 2017 г. не реализованное в принудительном порядке имущество предложено оставить за собой по стоимости за минусом 25 процентов.

Гражданин Н. обратился в суд с иском заявлением к Банку о взыскании неосновательного обогащения в размере 3 834 331 руб. 51 коп. (обязательство по кредиту и процентам в общем размере 7 415 668 руб. 49 коп. рассчитано на 27.09.2017, т.е. на дату вступления решения Псковского районного суда от 08.07.2016 в законную силу).

По мнению гр-на Н., разница между стоимостью переданного взыскателю имущества (11 250 000 руб.) и размером признаваемого им обязательства по кредиту и процентам (7 415 668 руб. 49 коп.), составляющая 3 834 331 руб. 51 коп., является неосновательным обогащением Банка, в связи с чем подлежит взысканию в пользу истца.

По смыслу ч. 1 ст. 1102 ГК РФ, заявляя указанные требования, истец должен доказать, что денежные средства в размере 3 834 331 руб. 51 коп. были получены ответчиком без установленных законом, иными правовыми актами или сделкой оснований. Но анализ представленных по делу доказательств свидетельствует о том, что право собственности на указанное недвижимое имущество приобретено Банком на законных основаниях, в результате исполнения судебного решения Псковского районного суда от 08.07.2016

Возможно ли неосновательное обогащение банка при оставлении им предмета залога за собой?

об обращении взыскания на заложенное имущество должника гр-на Н., что исключает неосновательное обогащение ответчика.

В соответствии с ч. 12 ст. 87 Федерального закона от 02.10.2007 № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве» если цена имущества превышает сумму, подлежащую выплате взыскателю по исполнительному документу, то взыскатель вправе оставить нереализованное имущество за собой при условии одновременной выплаты (перечисления) соответствующей разницы на депозитный счет подразделения судебных приставов.

Однако в нашем случае исполнительный документ, а именно исполнительный лист, выданный по решению Псковского районного суда от 08.07.2016, не содержал сумму, подлежащую выплате взыскателю, так как решение суда касалось лишь обращения взыскания на заложенное имущество. Следовательно, указанная норма Федерального закона «Об исполнительном производстве» не должна была применяться при оставлении ответчиком нереализованного имущества за собой.

По мнению Банка, факт передачи ему нереализованного имущества не корреспондирует с нормами права о неосновательном обогащении. Неосновательное обогащение со стороны Банка отсутствует, поскольку право собственности на жилой дом и земельный участок перешло от истца к Банку в силу закона, в результате исполнения судебным приставом-исполнителем исполнительного листа, выданного Псковским районным судом по делу № 2-606/2016. Таким образом, поскольку в настоящее время задолженность по кредитному обязательству не погашена, переданное имущество не реализовано и перспективы его реализации не ясны, у Банка есть право заявить дополнительные требования о взыскании задолженности.

Обязательства вследствие неосновательного обогащения регулируются гл. 60 ГК РФ.

В соответствии с ч. 1 ст. 1102 ГК РФ лицо, которое без установленных законом, иными правовыми актами или сделкой оснований приобрело или сберегло имущество (приобретатель) за счет другого лица (потерпевшего), обязано возвратить последнему неосновательно приобретенное или сбереженное имущество (неосновательное обогащение).

Таким образом, для возникновения такого обязательства необходимо одновременное наличие трех условий: (1) обогащение, (2) обогащение за счет другого лица, (3) отсутствие правового основания для такого обогащения.

При этом необходимо отметить, что в ноябре 2015 г. был инициирован процесс о банкротстве должника. Банк вступил в процесс в январе 2016 г. и заявил размер задолженности не в полном объеме — в размере 6 200 000 руб. (хотя полный объем задолженности по состоянию на январь 2016 г. составил 7 500 000 руб.).

В ноябре 2017 г. Банком подан иск в порядке ст. 142 Федерального закона от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» об установлении суммы задолженности в размере 11 500 000 руб., рассчитанной на дату передачи Банку не реализованного на торгах имущества (март 2017 г.).

В Определении апелляционной инстанции по гражданскому делу № 33-1747/2017 по жалобе гр-на Н. на решение Псковского городского суда от 13.09.2017 указано: «С учетом изложенного судебной коллегии необходимо определить сумму, на которую ЭКСИ-Банк вправе претендовать после реализации заложенного имущества».

Фактически не реализованное на торгах и оставленное взыскателем за собой недвижимое имущество (жилой дом и земельный

Ответы на вопросы

участок гр-на Н.) учитывается на балансовом счете 62001 «Долгосрочные активы, предназначенные для продажи» в соответствии с Положением Банка России от 22.12.2014 № 448-П¹.

В настоящее время данный объект недвижимости Банком не реализован, а принимая во внимание резкое падение цен на рынке недвижимости, в связи с тем что спрос на жилые строения в Псковской области отсутствует, перспективы его реализации не ясны.

Банк просит ответить на следующие вопросы:

1. Возникает ли у Банка неосновательное обогащение?

2. Имеет ли значение размер задолженности юридического лица, первоначально (и не в полном объеме) заявленный Банком в арбитражном процессе о банкротстве должника, для установления размера задолженности в гражданском процессе при обращении взыскания на имущество залогодателя — физического лица (не должника)?

Кроме того, учитывая, что реализация заложенного имущества обеспечивает требования Банка, определяемые на момент реализации, неясно, что считать моментом реализации заложенного имущества:

— момент реализации Банком не реализованного на торгах имущества по договору купли-продажи третьему лицу по рыночной стоимости, сложившейся на дату продажи?

— момент передачи Банку от службы судебных приставов не реализованного на торгах имущества по акту по стоимости, указанной в постановлении о передаче не реализованного имущества?

— момент постановки на балансовый учет переданного Банку не реализованного на торгах имущества (долгосрочные активы, предназначенные для продажи) по справедливой стоимости на дату постановки на учет согласно Положению Банка России от 22.12.2014 № 448-П?



Александр БУТОРИН,

Железнодорожный районный суд г. Рязани, федеральный судья, к.ю.н.

Не зная всех обстоятельств дела, рассмотренного Псковским районным судом, а также юридически значимых обстоятельств, установленных в решении от 08.07.2016, тем более не имея текстов решений судов первой и апелляционной инстанций, сложно составить полную картину. Смущают обстоятельства, изложенные в описании ситуации: отмечено,

что Псковский районный суд в описательной части решения указал сумму кредитной задолженности в размере 9 406 284 руб. 88 коп. Не понятно: суд в итоге установил сумму задолженности по кредитному договору, которая подлежит взысканию и в обеспечение которой обращается взыскание на заложенное имущество?

¹ «О порядке бухгалтерского учета основных средств, нематериальных активов, недвижимости, временно неиспользуемой в основной деятельности, долгосрочных активов, предназначенных для продажи, запасов, средств труда и предметов труда, полученных по договорам отступного, залога, назначение которых не определено, в кредитных организациях».

Возможно ли неосновательное обогащение банка при оставлении им предмета залога за собой?

Далее указано, что ответчик подал иск о взыскании неосновательного обогащения в виде разницы между стоимостью переданного взыскателю имущества и размером признаваемого залогодателем обязательства по кредиту в сумме 7 415 668 руб. 49 коп. Если суд в решении от 08.07.2016 установил размер задолженности, в погашение которой подлежит обращению взыскание на заложенное имущество, то не имеет значения, в какой части залогодатель признает эту задолженность.

Опять же, нужно определить, будут ли какие-либо обстоятельства из решения от 08.07.2016 иметь преюдициальное значение для дела по иску залогодателя о взыскании неосновательного обогащения. Есть практика Мосгорсуда о взыскании неосновательного обогащения при сходных обстоятельствах (по делам от 10.02.2015 № 33-4192, от

18.12.2015 № 33-38962, от 06.07.2016 № 33-18992). В данном случае обогащение будет составлять разницу между стоимостью переданного взыскателю имущества и установленным судом размером задолженности, в погашение которой обращается взыскание на заложенное имущество.

Что касается момента реализации заложенного имущества, то им будет являться момент передачи нереализованного имущества судебным приставом взыскателю. С точки зрения обязательственного права с этого момента обязательство заемщика, обеспеченное залогом, будет исполнено (полностью или в части). То, каким образом взыскатель учитывает это имущество на балансе, сможет ли он его реализовать с выгодой для себя или будет использовать имущество в своих интересах, в данном случае правового значения не имеет.



Андрей КОМИССАРОВ,
руководитель коллегии адвокатов «Комиссаров и партнеры»

1. Считаю, что независимо от квалификации требований залогодателя у банка возникает задолженность в силу закона и поэтому в данной части требования залогодателя подлежат удовлетворению.

У банка нет оснований для удержания сумм, превышающих размер задолженности, определяемой на момент вынесения решения суда. Иное толкование противоречило бы положениям ст. 337 ГК РФ и п. 12 ст. 87 Федерального закона «Об исполнительном производстве».

Суд первой инстанции, вынося решение по делу, допустил ошибку, не указав сумму, подлежащую уплате залогодержателю из

стоимости заложенного имущества, как этого требует подп. 2 п. 2 ст. 54 Федерального закона от 16.07.1998 № 102-ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)».

Однако это обстоятельство не создает правового основания для удержания денежных средств, превышающих сумму задолженности, существовавшую на момент вынесения решения суда. Данные доводы могут быть основанием для освобождения банка от применения к нему мер гражданской правовой ответственности.

2. Согласно действующему законодательству залоговое обязательство является видом обеспечения исполнения обязательства

Ответы на вопросы

и имеет акцессорный (зависимый) характер по отношению к основному обязательству.

Размер задолженности, заявленный в деле о банкротстве должника, не изменяет обязательство залогодателя перед залогодержателем, так как условия основного обязательства (в данном случае кредитного договора) не изменяются и сама задолженность не уменьшается.

Суд при рассмотрении дела об обращении взыскания на имущество залогодателя должен учитывать размер фактически удовлетворенных требований (выплаченных банку сумм) в деле о банкротстве, поскольку в таком случае меняется размер задолженности должника по основному обязательству. Также суд должен учитывать положения абз. 3 п. 1 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)», устанавливающие момент прекращения начисления процентов (неустоек) за неисполнение или ненадлежащее исполнение денежных обязательств должником.

Согласно п. 21 Постановления Пленума ВАС РФ от 23.07.2009 № 58 «О некоторых вопросах, связанных с удовлетворением требований залогодержателя при банкротстве залогодателя», если залог предоставлен в обеспечение обязательства не залогодателя, а иного лица (должника по основному обязательству), завершение конкурсного производства в отношении должника по основному обязательству и его исключение из ЕГРЮЛ не влекут за собой прекращения залога в том случае, когда к этому моменту предъявлено требование об обращении взыскания на заложенное имущество в исковом порядке.

Таким образом, сам факт предъявления требований в деле о банкротстве должника не имеет правового значения для установле-

ния размера задолженности в гражданском процессе при обращении взыскания на имущество залогодателя.

Заявление банком требований в деле о банкротстве в размере меньшем, чем в деле об обращении взыскания на предмет залога, не влияет на установление суммы задолженности, подлежащей взысканию из стоимости предмета залога.

Полагаю, суд апелляционной инстанции указал на то, что в деле № 2-606/2016 необходимо было назвать сумму, подлежащую уплате банку из стоимости заложенного имущества, если бы имущество было реализовано, а не сумму, определенную на момент реализации имущества.

Имеется в виду, что именно разница между суммой, причитающейся банку на момент вынесения решения суда, и стоимостью переданного имущества, определенной с учетом п. 12 ст. 87 Федерального закона «Об исполнительном производстве», является неосновательным обогащением банка.

Данная коллизия может быть разрешена только судом, рассматривающим требование об обращении взыскания на предмет залога, либо путем разъяснения своего первоначального решения (ст. 202 ГПК РФ), либо путем вынесения дополнительного решения (ст. 201 ГПК РФ) с указанием размера задолженности.

Задолженность, подлежащая взысканию при обращении взыскания на предмет залога, определяется на момент вынесения судебного акта, а не на момент реализации предмета залога. Поэтому последующее увеличение долга предоставляет банку право требовать его от основного должника; обязательство же залогодателя, не являющегося должником по основному обязательству, прекращается с момента передачи предмета залога взыскателю.

Возможно ли неосновательное обогащение банка при оставлении им предмета залога за собой?



Александра УЛЕЗКО,

*Адвокатское бюро «Качкин и Партнеры», Санкт-Петербург,
старший юрист корпоративной и арбитражной практики*

1. В данном случае судом в нарушение положений подп. 1 ч. 2 ст. 54 Федерального закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)» в решении об обращении взыскания на имущество, заложенное по договору об ипотеке, не были указаны суммы, подлежащие уплате залогодержателю из стоимости заложенного имущества. Несмотря на это, разница между стоимостью имущества, полученного банком в результате обращения взыскания на заложенное имущество, и размером обеспеченного залогом требования банка в любом случае подлежит возврату залогодателю, поскольку не допускается получение кредитором по обеспечительному обязательству суммы большей, чем размер долга по основному обязательству.

По общему правилу (ст. 337 ГК РФ), залог обеспечивает требование в том объеме, какой оно имеет к моменту удовлетворения, в частности проценты, неустойку, возмещение убытков, причиненных просрочкой исполнения, а также возмещение необходимых расходов залогодержателя на содержание предмета залога и расходов, связанных с обращением взыскания на предмет залога и его реализацией.

В соответствии с абз. 2 п. 1 ст. 334 ГК РФ в случаях и в порядке, которые предусмотрены законом, требование залогодержателя может быть удовлетворено путем передачи ему предмета залога (оставления предмета залога у залогодержателя). Требования банка будут погашенными в соответствующей части в момент поступления заложенного имуще-

ства в его собственность, поскольку в результате удовлетворения требований залогодержателя по обеспечительному обязательству обеспеченное (основное) обязательство считается исполненным в той части, в которой требования кредитора были удовлетворены из стоимости заложенного имущества. Если сумма, полученная кредитором из стоимости заложенного имущества, выше, чем задолженность по основному обязательству, то соответствующая разница должна быть возвращена.

Суммой, вырученной в результате обращения взыскания на заложенное имущество, будет являться цена, по которой заложенное имущество было передано банку. В соответствии с ч. 4 ст. 58 Федерального закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)» в случае объявления повторных публичных торгов несостоявшимися залогодержатель вправе приобрести (оставить за собой) заложенное имущество по цене не более чем на 25 процентов ниже его начальной продажной цены на первых публичных торгах и зачесть в счет покупной цены свои требования, обеспеченные ипотекой.

Таким образом, залогодателю должна быть возвращена разница между:

— размером задолженности заемщика по кредитному договору, рассчитанной на момент удовлетворения требований залогодержателя по основному обязательству, которым является момент оставления банком имущества за собой посредством поступления предмета залога в собственность банка, из стоимости заложенного имущества, и

Ответы на вопросы

— суммой, вырученной в результате обращения взыскания на заложенное имущество, то есть ценой, по которой банк оставил имущество за собой с учетом положений Федерального закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)», в случае если данная сумма превышает размер задолженности по основному обязательству.

Как уже было отмечено ранее, в решении об обращении взыскания на заложенное имущество должны были быть указаны суммы, подлежащие уплате залогодержателю из стоимости заложенного имущества. Однако судом этого сделано не было. Тем не менее, в случае оставления банком заложенного имущества за собой происходит зачет требований банка к должнику в счет покупной цены в силу ч. 4 ст. 58 Федерального закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)». Таким образом, требования банка были удовлетворены в соответствующей части в тот момент, когда имущество поступило в собственность банка. При этом банком могут быть заявлены соответствующие возражения в деле о взыскании залогодержателем неосновательного обогащения. Требования банка были погашены из стоимости заложенного имущества в размере суммы основного долга, процентов, неустойки, суммы возмещения убытков, причиненных просрочкой исполнения (при их наличии), а также суммы возмещения необходимых расходов залогодержателя на содержание предмета залога и расходов, связанных с обращением взыскания на предмет залога и его реализацией. Указанная сумма задолженности должна быть рассчитана на момент ее погашения (перехода к банку прав собственности на заложенное имущество). При этом не имеет значения как момент последующей реализации банком оставленного за собой имущества третьему лицу, так и момент

постановки на балансовый учет указанного имущества.

2. То обстоятельство, что банком был не в полном объеме заявлен размер задолженности основного должника в деле о его банкротстве, не влияет на установление размера задолженности в гражданском процессе при обращении взыскания на имущество залогодателя.

Для более полного ответа на данный вопрос недостаточно фактических обстоятельств, поскольку не совсем понятно, по какой причине банком изначально, до оставления за собой имущества залогодателя, было заявлено требование в меньшем размере, был ли впоследствии банком увеличен размер требования в деле о банкротстве.

Тем не менее, размер задолженности по основному обязательству не изменился в результате того, что в деле о банкротстве должника банком были заявлены требования в меньшем размере. Участие кредитора в деле о банкротстве является одним из способов защиты прав кредитора, который он реализует по своему усмотрению. Заявление требования к основному должнику в меньшем размере не может влиять на факт существования и фактический размер задолженности и не имеет значения при установлении размера основной задолженности в случае обращения взыскания на предмет залога.

Однако если требование банка было погашено вследствие обращения взыскания на заложенное имущество, требования банка в деле о банкротстве будут являться погашенными полностью или в соответствующей части, поскольку, как уже было отмечено ранее, залогом обеспечивается основное обязательство.

В соответствии с п. 8–10 ст. 142 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» при проведении процедур банкротства

Возможно ли неосновательное обогащение банка при оставлении им предмета залога за собой?

погашенными требованиями кредиторов считаются удовлетворенные требования, а также те требования, в связи с которыми достигнуто соглашение об отступном, или конкурсным управляющим заявлено о зачете требований, или имеются иные основания для прекращения обязательств. Требования кредиторов, не удовлетворенные по причине недостаточности имущества должника, не признанные конкурсным управляющим, если кредитор не обращался в арбитражный суд или такие требования признаны арбитражным судом необоснованными, также счита-

ются погашенными. Соответствующие сведения о погашении требований кредиторов вносятся в реестр требований кредиторов конкурсным управляющим.

Следовательно, обязательства должника перед банком могут прекратиться либо после проведения конкурсным управляющим расчетов с кредиторами, либо после оставления банком предмета залога за собой. Факт предъявления требований в деле о банкротстве на меньшую сумму не может сам по себе прекратить обязательство должника перед банком в непредъявленной части.



Людмила НАУМОВА,
банковский эксперт

1. Считаю, что неосновательное обогащение здесь есть. Вообще ситуация довольно странная, ибо уже решение суда об обращении взыскания принято с грубым нарушением закона. В соответствии со ст. 54 Федерального закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)», принимая решение об обращении взыскания на имущество, заложенное по договору об ипотеке, суд должен определить и указать в нем суммы, подлежащие уплате залогодержателю из стоимости заложенного имущества, за исключением сумм расходов по охране и реализации имущества, которые определяются по завершении его реализации. Для сумм, исчисляемых в процентном отношении, должны быть указаны сумма, на которую начисляются проценты, размер процентов и период, за который они подлежат начислению.

В данном случае сумма не указана, из-за этого и встал вопрос о неосновательном обогащении, так как возникла неопределенность

относительно сумм, причитающихся залогодержателю.

В соответствии со ст. 61 Федерального закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)» сумма, вырученная от реализации имущества, заложенного по договору об ипотеке, распределяется между заявившими свои требования к взысканию залогодержателями, другими кредиторами залогодателя и самим залогодателем.

При этом надо учитывать, что оставление залогодержателем имущества за собой — тоже способ реализации имущества.

Есть судебная практика, толкующая данную норму как обязанность вернуть залогодателю разницу между вырученной суммой и суммой долга. Аналогичная норма есть в п. 6 ст. 110 Федерального закона «Об исполнительном производстве»: денежные средства, оставшиеся после удовлетворения всех требований, возвращаются должнику.

Ответы на вопросы

То есть если при оставлении залогодержателем имущества за собой сумма долга меньше стоимости, по которой имущество было приобретено залогодержателем, разница должна быть возвращена залогодателю. При этом имеются несколько разных сумм долга:

- а) сумма, включенная в реестр требований к должнику;
- б) фактическая сумма задолженности на дату вынесения решения об обращении взыскания;
- в) фактическая сумма задолженности на дату оставления имущества залогодержателем за собой.

Причем надо учитывать, что в соответствии со ст. 63 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» с даты введения процедуры наблюдения прекращается начисление неустоек, то есть неустойки после даты введения наблюдения не должны включаться в фактическую сумму задолженности.

2. По моему мнению, заявленная в реестр сумма имеет правовое значение в деле об обращении взыскания на предмет ипотеки.

Как сказано в п. 9 Постановления Пленума ВАС РФ от 17.02.2011 № 10 «О некоторых вопросах применения законодательства о залоге», ввиду того что п. 1 ст. 348 ГК РФ не предусматривает необходимости одновременного предъявления требований об обращении взыскания на заложенное имущество и об исполнении обеспеченного залогом обязательства, указанные требования могут предъявляться в суд отдельно друг от друга, даже если залогодателем является не должник по обязательству, а третье лицо.

В последнем случае по ходатайству залогодателя, залогодержателя или по инициативе суда к участию в деле об обращении взыскания на заложенное имущество в качестве третьего лица привлекается должник по обес-

печенному залогом обязательству, поскольку удовлетворение требования залогодержателя к должнику за счет имущества залогодателя является основанием для перехода к залогодателю прав кредитора по обеспеченному залогом обязательству (ст. 387 ГК РФ).

В ходе рассмотрения такого дела арбитражному суду необходимо установить размер требований кредитора к должнику по обязательству, обеспеченному залогом. При этом следует иметь в виду, что обстоятельства, установленные вступившим в законную силу судебным актом по этому делу, учитываются при рассмотрении судом другого дела, предметом которого являются отношения должника по основному обязательству и залогодателя, к которому на основании ст. 387 ГК РФ перешли права кредитора по обеспеченному залогом обязательству. Если суд придет к иным выводам, нежели содержащиеся в судебном акте по делу об обращении взыскания на предмет залога, он должен указать соответствующие мотивы.

То есть возможно предъявление по отдельности требований об исполнении обязательства и об обращении взыскания на предмет ипотеки, но нет возможности предъявления только требования об обращении взыскания без требования о взыскании долга. Единственный судебный акт, где рассматривается в данном деле вопрос об исполнении основного обязательства и о сумме долга, — определение о включении в реестр.

Полагаю, что из включенной в реестр суммы и следовало исходить при определении размера обязательства, удовлетворяемого за счет оставления имущества за залогодержателем. Разница между данной суммой и стоимостью, по которой имущество приобретено залогодержателем, может быть признана неосновательным обогащением.

Методический журнал

Риск-менеджмент в кредитной организации

Читайте в № 1/2018:

Максим КОНДРАТЕНКО, Денис СУРЖКО, *Банк ВТБ (ПАО)*

Большие данные и Open Source решения для целей управления рисками: практический опыт и перспективы

В подавляющем большинстве случаев дискуссии о применении Machine Learning, Open Source решений и инструментов анализа больших данных касаются розничного сегмента. В статье описан опыт Группы ВТБ по использованию продвинутых инструментов управления рисками в корпоративных риск-моделях.

Геннадий БОРТНИКОВ, *банковский эксперт*

Риски эмитентов и инвесторов конвертируемых облигаций CoCos

Облигации, конвертируемые в случае событий-триггеров, стали особенно популярными в последние годы, поскольку банки стремятся повысить свой потенциал абсорбции убытков. Что можно сказать о выполнении данным инструментом своих функций, учитывая недавнее развитие событий вокруг МКБ и Промсвязьбанка?

Наталья ТЫСЯЧНИКОВА, *банковский аналитик*

Токсичные активы: признать и нейтрализовать

Сегодня чуть ли не каждый российский банк так или иначе «заражен» токсичными активами — вопрос в том, готов ли банк признать этот факт. В статье описана одна из базовых схем оздоровления, которая была успешно адаптирована и в настоящее время реализуется некоторыми российскими банками.

Методический журнал

Банковское кредитование

Читайте в № 1/2018:

Илья БАРЕЙША, *Адвокатское бюро «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры»*

ИЗМЕНЕНИЯ В ПОРЯДКЕ РАСЧЕТА ВЕЛИЧИНЫ КРЕДИТНОГО РИСКА ПО СДЕЛКАМ СЕКЬЮРИТИЗАЦИИ: ПРОБЛЕМЫ И РЕШЕНИЯ

В конце 2017 г. опубликован проект Положения «О порядке расчета банками величины кредитного риска по сделкам секьюритизации». Теперь банки-оригинаторы смогут не применять коэффициент 1250% при расчете кредитного риска. В то же время есть ряд правовых вопросов, которые придется решать.

Дмитрий КУРДЮКОВ, *Внешэкономбанк*

Фабрика проектного финансирования: сотрудничество с банками и участниками финансового рынка

В I квартале 2018 г. ВЭБ запускает фабрику проектного финансирования, которая даст возможность банкам реализовать проекты, ранее недоступные в силу финансовых или рыночных ограничений. Какие банки допускаются к участию в фабрике? Как работает механизм разделения рисков?

Ольга ПЛЕШАНОВА, *Адвокатское бюро «Инфралекс»*

Банкротство застройщика: новые правила для банка-кредитора

У банков-кредиторов появляются новые риски, обусловленные целью законодателя — в первую очередь обеспечить участников долевого строительства жилыми помещениями. Какие права банков-кредиторов ограничиваются в процедуре банкротства застройщика? С какими проблемами им придется столкнуться, заявляя о своем праве на залог?

Методический журнал

Расчеты и операционная работа в коммерческом банке

Читайте в № 6/2017:

Дмитрий ФУДИН, *банковский эксперт*

Объединение банкоматных сетей: технические и организационные аспекты

В статье рассматривается практика объединения банкоматных сетей банков. Как настроить корректные клиентские тарифы и лимиты? Как решить проблему длительного периода между внесением денежных средств в чужом банкомате и поступлением их на карточный счет клиента?

Чат-боты: модная «фишка» или новый инструмент бизнеса?

Сегодня в интернете уже редко можно встретить «продающую» страницу, которая не имела бы чат. При этом все чаще в роли собеседника клиента выступает робот. О том, каким образом банк может использовать робота (чат-бота) в своей работе, мы поговорили с основателем и руководителем проекта Endurance Георгием Фомичёвым.

Иван ПИСКУНОВ, *ЗАО «Русские Башни»*

Внеочередное обновление стандарта PCI DSS 3.2: новые критерии и ужесточение требований

С 1 февраля 2018 г. в силу вступают требования обновленного в прошлом году стандарта безопасности платежных систем PCI DSS v3.2. И многим финансовым организациям необходимо начать готовиться к этому уже сейчас. Какие сложности несет в себе переход на PCI DSS v3.2 и с чем придется столкнуться?

Методический журнал

Внутренний контроль в кредитной организации

Читайте в № 4/2017:

Вячеслав ЧМЫХОВ, Татьяна ДВЕНАДЦАТОВА, *юридическая фирма VEGAS LEX*

Контроль работы с персональными данными: нарушения и методы их предотвращения

Какие основные нарушения в области сбора и обработки персональных данных в 2017 г. стали причиной привлечения банков к административной ответственности? Какие локальные акты необходимо разработать в банке, учитывая, что законодательство не содержит перечня обязательных внутренних документов по работе с персональными данными?

Максим КОЗЛОВ, Андрей РОГОВСКОЙ, *ПАО «МТС»*

Оценка IT-рисков при проведении Due Diligence

При проведении Due Diligence делается упор на финансовую отчетность, основные материальные/нематериальные активы, рыночные исследования. При этом не уделяется достаточного внимания IT-процессам, информационным активам и аспектам ИБ. Каковы основные объекты и процедуры IT-аудита в рамках Due Diligence?

Юлия ХАНАФИЕВА, Валентина ГРЯЗЕВА, *ООО «Листик и Партнеры»*

Контроль за достоверностью отражения стоимости имущества кредитных организаций

Бухгалтерский учет кредитных организаций по российским правилам развивается в направлении расширения методов оценки активов. На что аудиторы обратить особое внимание, оценивая достоверность отражения стоимости имущества? Какие вопросы чаще всего возникают у банков при оценке активов?