Дмитрий ГУБАРЕВ,
партнер, Orrick

«Сделки по английскому праву по-прежнему будут востребованы российскими заемщиками»

Партнеры юридической фирмы Orrick Дмитрий Губарев и Александр Джейнс рассказали о том, какую роль сыграют долгожданные изменения в Гражданский кодекс РФ для рынка синдицированного кредитования в России, что мешает более активному распространению синдицированных сделок, подчиненных российскому праву, в чем заключается разница в подходах к поручительствам и гарантиям по российскому и английскому праву и какой подход предпочтительнее, а также о том, как продвигается работа над созданием единого рыночного стандарта кредитной документации для российских синдицированных кредитов.

Александр ДЖЕЙНС,
партнер, Orrick

– Каковы ожидаемые тренды в развитии рынка синдицированного кредитования в России: английское или российское право, корпоративные кредиты или предэкспортное финансирование?

Дмитрий Губарев: Российский кредитный рынок, на мой взгляд, будет развиваться по нескольким направлениям. Очевидно, что все большую долю рынка (хотя по количеству сделок все-таки не самую значительную) будут занимать синдицированные (клубные) кредитные договоры по российскому праву. Причин несколько. Прежде всего, в настоящее время активно ведется работа по стандартизации кредитной документации для таких сделок. Крупнейшие, в том числе государственные, банки и российские дочки иностранных банков проявляют большую заинтересованность в этом процессе. Кроме того, крупные реструктуризации, в которые так или иначе вовлечено государство (такие как реструктуризация задолженности группы «ГАЗ» в 2010 году или недавняя реструктуризация задолженности ОАО «ЧТПЗ»), также документируются (я полагаю, и впредь будут документироваться) по российскому праву.

С другой стороны, сделки по английскому праву также будут востребованы, особенно заемщиками, привлекающими финансирование через находящиеся за границей холдинги или финансовые компании. Не секрет, что огромное количество по сути внутрироссийских кредитных сделок между российскими банками и российскими финансово-промышленными группами заключаются по английскому праву. Причины все те же: большая гибкость английского права, более сильная защита кредиторов, надежда на беспристрастный суд... Чтобы соотношение российского и английского права на российском рынке финансирования сместилось в пользу российского, необходимо три условия: изменение Гражданского кодекса РФ и внесение в него положений, необходимых для облегчения синдицированного кредитования, создание стандартной кредитной документации и уверенность участников рынка в справедливом исходе возможного судебного разбирательства. Я думаю, первые две цели более или менее достижимы. Что касается последней, могу только сказать, что решения, подобные июньскому решению Арбитражного суда г. Москвы и апрельскому решению Арбитражного суда Новосибирской области по искам Халык-банка (где суды пришли к выводу, что Халык-банк вообще не может кредитовать российские компании)[1], не способствуют развитию кредитования по российскому праву в принципе. К счастью, совсем недавно эти решения были отменены.[2]

Что касается предэкспортного финансирования, то, если сравнивать с началом 2000-х годов, как мне кажется, таких сделок становится меньше. С другой стороны, этим продуктом интересуются новые заемщики, которые ранее не были представлены на этом рынке. Недавним примером является сделка предэкспортного кредитования группы «Уралхим», над которой наша команда работала в прошлом году и которую журнал Trade Finance признал сделкой года. Таким образом, у предэкспортного финансирования, несомненно, есть будущее в России, так как наша экономика ориентирована на сектор commodities, но сложность продукта по сравнению с обычными корпоративными кредитами будет, конечно, сдерживать распространение этого вида сделок.

– Раз уж мы заговорили о предэкспортном финансировании, не могли бы вы прокомментировать опубликованную в прошлом году Ассоциацией кредитного рынка (LMA) специальную стандартную форму для предэкспортного финансирования? Каковы ее преимущества и получит ли эта форма признание на рынке?

Александр Джейнс: В сентябре 2012 года Ассоциация участников кредитного рынка (LMA) выпустила рекомендуемую форму кредитного договора для сделок по предэкспортному финансированию (PXF). Появление типовой формы для сделок такого рода отражает расширение сферы интересов LMA, разработавшей ранее типовые формы для сделок по финансированию в сфере недвижимости и кредитов для развивающихся рынков.

Форма PXF была основана на базовом сценарии, в котором заемщик является производителем и продавцом товара, поставляемого на экспорт (по одному или нескольким договорам купли-продажи). При этом стопроцентный акционер (участник) заемщика предоставляет гарантию (поручительство). Все, кто знаком с подобными сделками, отметят, что данная схема применима не для всех случаев.

Часто важным элементом структуры является участие трейдинговой компании, учрежденной в юрисдикции с льготным налоговым режимом. Производитель товара заключает договор поставки с трейдером, который, в свою очередь, продает товар сторонним покупателям. Помимо оптимизации с точки зрения налогообложения, данная схема позволяет выступать в качестве заемщика как производителю товара, так и трейдеру, а группе дает возможность снизить страновые риски.

Форма PXF также основана на следующих предположениях:

– залоговое обеспечение предоставляет только заемщик;

– структура капитала группы не предполагает иного финансирования кроме PXF, как в форме заемных средств, так и участия в капитале;

– лица, заключившие с кредитором соглашение о хеджировании, не являются стороной кредитного договора, и их требования не обеспечиваются залогом, предоставленным в рамках сделки PXF.

В соответствии с формой PXF пакет залогового обеспечения, предоставляемого заемщиком, включает в себя исключительно залог прав по договорам купли-продажи и залог банковских счетов (прав клиента по договору банковского счета). На практике нередко встречается залог самого

[1] Постановление Арбитражного суда города Москвы от 17 июня 2013 г. по делу № А-40-1219/13 // http:// kad.arbitr.ru;

Постановление Арбитражного суда Новосибирской области от 16 апреля 2013 г. по делу № А-45-29905/2012 // http:// kad.arbitr.ru.

[2] Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 22 августа 2013 г. по делу № А-40-1219/13.

товара, обременение его иными обязательствами, залог прав по договорам страхования, залог акций и иного имущества в пределах группы.

Вопрос о том, получит ли форма LMA, разработанная для предэкспортного финансирования, такое же признание, как и другие типовые формы документов LMA, остается открытым. Многие заемщики могут отказываться принимать более жесткие обязательства и широкие заверения, предусматриваемые новой формой. При этом достоинством документа является то, что теперь для сделок такого вида предложено комплексное решение, которое, возможно, и не сильно заинтересует постоянных участников рынка, но может оказаться полезным для тех, кто выходит на него впервые. Типовая форма станет основой для согласования условий и документального оформления кредиторами и заемщиками своих сделок, даже если и не будет в целом принята рынком, по крайней мере на начальном этапе. Стандартизация документации, таким образом, может способствовать развитию рынка.

– Вы упомянули сделки реструктуризации задолженности, в том числе сделку по реструктуризации группы «ЧТПЗ», над которой трудилась ваша команда. Какое влияние они оказывают на российский рынок синдицированного кредитования?

Д.Г.: Мне и моим коллегам посчастливилось принять участие в нескольких крупнейших реструктуризациях последних лет. При этом в трех из них (группа «ГАЗ» и ОАО «Рузхиммаш» в 2010 году и ОАО «ЧТПЗ» в 2013 году) использовалась государственная гарантия. Короткий ответ: несомненно, такие сделки оказали существенное влияние на российский рынок синдицированных кредитов, так как все они представляли собой обеспеченные синдицированные кредиты, подчиненные российскому праву.

Более того, благодаря таким сделкам, в первую очередь реструктуризации задолженности группы «ГАЗ», в синдицированных кредитах, подчиненных российскому праву, волей-неволей приняло участие значительное количество российских и иностранных банков, которые ранее не участвовали в синдикациях по российскому праву. Таким образом, эти сделки способствовали дальнейшему распространению данного продукта. Активизация работы по созданию стандартной документации также косвенно связана с успешным завершением в 2009–2013 годах крупных реструктуризаций, подчиненных российскому праву.

ПРЕДЭКСПОРТНОЕ ФИНАНСИРОВАНИЕ ГРУППЫ «УРАЛХИМ» НА ОБЩУЮ СУММУ $220 МЛН

Закрытие сделки — декабрь 2012 года.

Уполномоченные ведущие организаторы — ING Bank N.V., ЗАО «Райффайзенбанк», ОАО «Сбербанк России» (участвующее в сделке через Sberbank CIB и Sberbank Switzerland A.G.) и VTB Capital plc (участвующее в сделке через VTB Bank (France) SA).

Ведущие организаторы — HSBC Bank plc и ОАО «РОСБАНК».

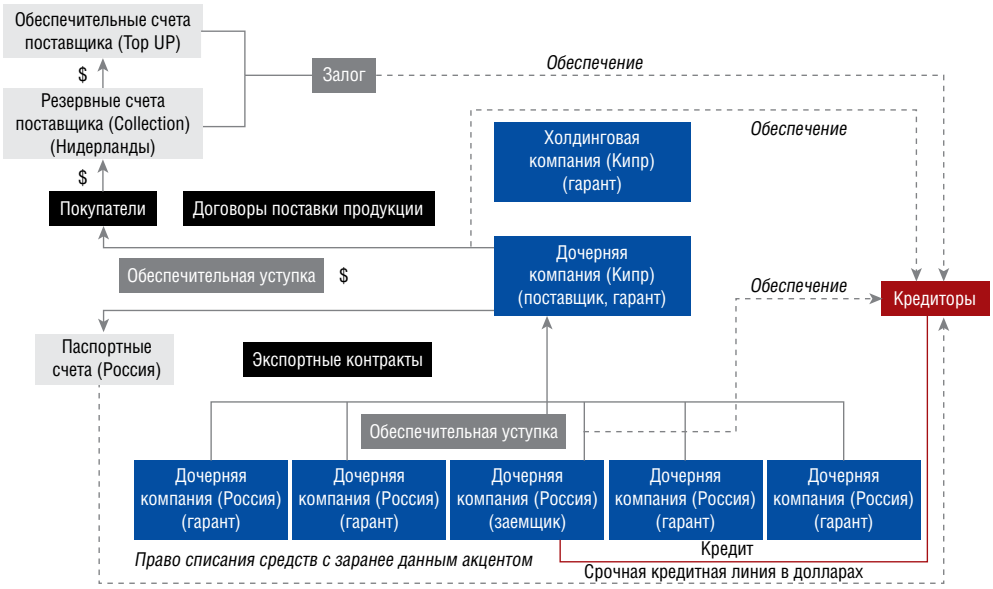
Юридический консультант организаторов — Orrick (московский и лондонский офисы).

Обеспечение:

- уступка прав по будущим поставкам удобрений и другой экспортной продукции по экспортным контрактам между российскими производителями и трейдером и между трейдером и окончательными потребителями продукции;
- залог прав по офшорным счетам специального назначения;
- гарантии компаний группы.

Кроме того, компании группы предоставили акцепты на списание средств со счетов, открытых в России.

Рисунок 1
Структура финансирования по сделке «Уралхим»



– В любом синдицированном кредите ключевая роль отводится кредитному агенту. Что следует учитывать банкам (в частности, российским), которые принимают на себя эту роль в кредитных сделках, подчиненных английскому праву?

А.Д.: Банк, выступающий в качестве агента по синдицированному кредиту, должен осознавать, что несет риск ответственности перед участниками синдиката, заемщиком и третьими лицами. Ответственность кредитного агента возникает, если он действует с превышением установленных договором полномочий или нарушает свои фидуциарные (то есть доверительные) обязательства. Кроме того, риск ответственности агента существует в тех ситуациях, когда он принимает решения самостоятельно.

– Какие конкретно практические шаги стоит предпринять агенту, если кредит становится проблемным?

А.Д.: В первую очередь агент должен изучить кредитную документацию (включая все сопутствующие документы) и уяснить для себя процедуру принятия решений по тем или иным вопросам, то есть понять, требует ли тот или иной вопрос решения всех или большинства кредиторов или достаточно решения самого агента. Агенту следует воздержаться от действий с превышением полномочий и по возможности избегать принятия решений самостоятельно (рекомендуется получать одобрение большинства кредиторов даже в тех случаях, когда это формально не требуется). Агенту следует получить юридическую консультацию с тем, чтобы четко понимать пределы своих обязанностей и полномочий. На случай возникновения споров важно вести документальный учет и хранить всю корреспонденцию.

Агент должен стремиться исключить конфликт интересов, и даже в том случае, когда кредитная документация допускает конфликт интересов, ему следует принимать меры к надлежащему разделению своих функций.

Стандартная документация LMA предусматривает исключение ответственности агента перед кредиторами, обязательство кредиторов о возмещении убытков и подтверждение условия о том, что ничто в кредитном договоре не влечет возникновения у агента фидуциарной обязанности в отношении кого-либо. При этом характер обязанностей агента определяется как «исключительно технический и административный», что подразумевает отсутствие у агента обязанности выполнять проверку распространяемых им документов. Кроме того, за исключением случаев, когда агенту фактически известно о нарушении, он вправе предполагать отсутствие нарушения.

В то же время, документация LMA не защищает агента от ответственности за грубую неосторожность и преднамеренное неправомерное поведение, и никогда нельзя исключать вероятности того, что суд при определенных обстоятельствах примет решение об отмене условия, направленного на отказ от фидуциарных (доверительных) обязанностей агента.

Несомненно, ограничение ответственности агента необходимо согласовывать на стадии подготовки кредитной документации. Следует стремиться исключить ответственность агента в случаях причинения убытков третьими лицами, а также в случае действий (бездействия) агента при выполнении требований законов и других нормативных правовых актов, в том числе при раскрытии им конфиденциальной информации в соответствии с обязательными требованиями.

– Давайте поговорим о корпоративных гарантиях, в частности о разнице в подходах к поручительствам и гарантиям по российскому и английскому праву.

А.Д.: При финансировании российских заемщиков обеспечительная документация в подавляющем большинстве случаев включает в себя гарантию, регулируемую английским правом, либо договор поручительства по российскому праву. При этом иностранные кредиторы в основном отдают предпочтение гарантии по английскому праву, которая в соответствии со сложившейся практикой также предусматривает обязательство возмещения потерь (indemnity). Это связано с тем, что у гарантий и обязательств возмещения потерь есть свои преимущества и недостатки, ввиду чего получение одновременно и гарантии, и обязательства возмещения потерь укрепляет положение кредитора.

Одно из преимуществ обязательства возмещения потерь заключается в том, что это основное, а не акцессорное обязательство, зависящее от обязательств иных лиц. В то же время, гарантия создает у гаранта акцессорное обязательство, поэтому ее действительность зависит от существования основного обязательства. Если основное обязательство недействительно или прекращается, то, независимо от оснований, гарант более не отвечает за его исполнение, поскольку гарантия зависит от основного обязательства. Следовательно, кредитор может лишиться возможности требовать от гаранта возврата долга именно тогда, когда ему более всего необходимо воспользоваться гарантией (например, если основное обязательство признано недействительным). В то же время, обязательство возмещения потерь, выданное в пользу кредитора, сохранит силу даже в случае прекращения договора займа, заключенного между заемщиком и кредитором.

В отличие от обязательства возмещения потерь, гарантия уязвима в случае внесения изменений в основной договор или прекращения обязательств других гарантов. Если указанные события происходят после предоставления гарантии, они влекут за собой прекращение обязательств гаранта по гарантии за исключением случаев, когда последний дает согласие на внесение изменений (либо изменение явно несущественно или не может иметь неблагоприятных последствий для гаранта) или (в зависимости от обстоятельств) подтверждает свое обязательство как гарант при прекращении обязательств другого гаранта.

При этом можно отметить, что основные элементы поручительства по российскому праву во многом совпадают или сходны с гарантией, регулируемой английским правом. Во-первых, поручительство в строгом юридическом смысле является договором, в соответствии с которым поручитель в порядке обеспечения исполнения обязательства принимает

на себя дополнительную ответственность за исполнение обязательства, а основной должник при этом продолжает нести основную ответственность за его исполнение. Во-вторых, ответственность поручителя не возникает до момента неисполнения основным должником своего обязательства, то есть обязанность поручителя исполнить обязательство обусловлена фактом неисполнения обязательства основным должником. В-третьих, поручительство прекращается в случае любого изменения основного обязательства, влекущего за собой ухудшение положения поручителя.

В отличие от гарантии по английскому праву, поручительство по законодательству Российской Федерации (по крайней мере, в настоящее время) не может включать в себя обязательство возмещения потерь. С учетом сказанного, мы считаем, что стороны и в дальнейшем будут использовать в международных сделках по финансированию регулируемые английским правом гарантии, включающие в себя обязательства возмещения потерь.

ВОЗМЕЩЕНИЕ ПОТЕРЬ (INDEMNITY) В РОССИЙСКОМ ПРАВЕ

Виктория БРЫКСА,
старший юрист, Orrick

Кристина ВОЛК,
юрист, Orrick

В настоящее время концепция возмещения потерь (indemnity) в российском праве отсутствует. Вопрос о ее применении в случае исполнения на территории Российской Федерации договоров, регулируемых иностранным правом, остается открытым. В связи с этим зачастую на практике положения о возмещении потерь квалифицируются российскими судами как требования о возмещении убытков.

Положение о возмещении потерь включено в проект изменений ГК РФ, поэтому появление этой концепции в российском праве в ближайшем будущем представляется весьма вероятным.

Однако нужно отметить, что концепция возмещения потерь, предусмотренная проектом, не повторяет зеркально свой английский прототип. Нам бы хотелось выделить следующие основные особенности концепции возмещения потерь по российскому праву и провести небольшое сравнение с концепцией indemnity по английскому праву.

- В отличие от английского права, где обязанность по возмещению потерь может возникать в силу закона, обязанность по возмещению потерь по российскому праву (согласно проекту) может возникать только на основании договора, при этом исполнение такого договора должно быть связано с осуществлением сторонами предпринимательской деятельности.

- Проект предусматривает возмещение потерь в пределах закрепленной в договоре суммы. Таким образом, в российском праве ответственность по возмещению потерь всегда будет ограничена, в отличие от английского аналога.

- Возмещение потерь по английскому праву является самостоятельным обязательством, действительность которого не зависит от действительности основного обязательства, в то время как формулировки, использованные в проекте, не позволяют однозначно квалифицировать обязательство по возмещению потерь в интерпретации в рамках российского права как самостоятельное или акцессорное обязательство. Мы полагаем, что данный вопрос будет в дальнейшем решен правоприменительной практикой.

- Проектом прямо предусмотрено, что возмещение потерь, в отличие от английского аналога, не будет применяться, если потери вызваны виновными действиями самого должника или связаны с предъявлением самим должником требований к кредитору. Такая конструкция обусловлена, вероятно, тем, что в противном случае российские суды могли бы воспринять такое условие как завуалированный отказ от права на иск, что противоречило бы Конституции Российской Федерации.

- Английский вариант обязательства по возмещению потерь может структурно состоять из двух элементов: компенсации потерь кредитора и защиты и ограждения кредитора от требований третьих лиц. Возмещение потерь, содержащееся в проекте, будет включать только первый элемент, что можно объяснить особенностями российского законодательства.

- Как и в английском праве, согласно проекту, условия о возмещении потерь принципиально отличаются от условий возмещения убытков. В связи с этим представляется, что требование о возмещении потерь будет иметь определенную специфику в плане обстоятельств, подлежащих доказательству. Кредитору необходимо будет доказать: наступление обстоятельства, с которым связано обязательство должника возместить потери; возникновение имущественных потерь у кредитора (либо неизбежность их наступления) и размер таких потерь; причинно-следственную связь между первыми двумя обстоятельствами.

- В проекте, как и в английском праве, проведено различие между положениями о возмещении потерь и поручительстве. Их смешение теоретически возможно в случаях, когда должник берет на себя обязательство возместить потери, связанные с неисполнением (ненадлежащим исполнением) третьими лицами обязательств перед кредитором. Однако возмещение потерь не является способом обеспечения обязательств, поскольку его цель — перенос риска имущественных потерь с должника на кредитора.

Таким образом, если законодатель примет концепцию возмещения потерь, предусмотренную проектом, это позволит не только использовать данный институт в договорах, регулируемых российским правом, но также снизить риски, связанные с использованием института indemnity в договорах, подчиненных иностранному праву и исполняемых на территории Российской Федерации. В частности, вероятность квалификации российскими судами положений об indemnity как положений о возмещении убытков значительно снизится, так как в российском праве появится правовая категория, близкая (хотя и не идентичная) категории idemnity.

СПОСОБЫ ОБЕСПЕЧЕНИЯ КОЛЛЕКТИВНЫХ ТРЕБОВАНИЙ КРЕДИТОРОВ: ПАРАЛЛЕЛЬНЫЙ ДОЛГ ИЛИ СОЛИДАРНЫЕ КРЕДИТОРЫ

В традиции общего права проблема обеспечительного агента в синдицированном кредитовании была решена за счет института номинального владельца (трасти), которому кредиторы передают свои права по обеспечению и который реализует указанные права в интересах кредиторов и в соответствии с их коллективным мнением. В странах континентальной правовой семьи, в которых изначально отсутствовало понятие траста и существовал запрет на разделение полномочий кредитора и залогодержателя, проблема назначения обеспечительного агента в синдикате кредиторов решалась двумя основными способами: созданием долга залогодателя перед обеспечительным агентом путем добровольного принятия залогодателем обязательства уплатить такому обеспечительному агенту сумму, равную сумме долга всех кредиторов (далее — параллельный долг), и признанием обеспечительного агента солидарным кредитором в отношении каждого из требований долевых кредиторов (далее — солидарный долг). В обоих указанных случаях у обеспечительного агента появляется требование, которое обеспечивается залогом.

Обе названные концепции выглядят довольно искусственно, а потому не являются абсолютно безрисковыми с юридической точки зрения. В пользу концепции параллельного долга в настоящее время свидетельствует тот факт, что в некоторых ключевых юрисдикциях континентального права (как, например, в деле Belvedere во Франции и в деле ASR/Achmea в Нидерландах) приняты судебные решения, в соответствии с которыми требования, основанные на солидарном долге, были признаны не возникшими. Более того, в деле Belvedere суд одновременно поддержал требование, основанное на параллельном долге. Несмотря на это, споры в отношении того, какая из указанных концепций является более надежной, не прекращаются.

В России обе указанные концепции широко применяются, но слабо тестированы в российской судебной практике. Определенную ясность может внести окончательное решение по делу ЮниКредит Банка против ООО «Бизнес центр Масловка», в рамках которого рассматривается действительность параллельного долга, регулируемого австрийским правом. Окончательно же вопрос об обеспечительном агенте будет, вероятно, решен только после принятия поправок в главу ГК РФ, посвященную залогу, в рамках которых предполагается внедрение в российское право концепции управляющего залогом.

Алексей КУХАРЕВ,
советник, Orrick

Кофи БЕМПА,
юрист, Orrick

– Мы плавно подошли к наболевшей теме реформы гражданского законодательства в России. Помогут ли, на ваш взгляд, планируемые изменения развитию рынка синдицированного кредитования?

Д.Г.: Несомненно, планируемые и отчасти уже становящиеся реальностью изменения в Гражданский кодекс должны помочь развитию синдицированного кредитования, причем как трансграничным сделкам, подчиненным, как правило, английскому праву, так и внутренним российским синдикациям.

Планируется, что с принятием новой редакции ГК РФ российское законодательство станет гораздо более дружественным для синдицированного кредитования. В частности, в проекте предусматривается введение договора управления залогом, специального подвида банковского счета — номинального счета, а также таких широко используемых в международной юридической практике институтов, как предварительные условия (conditions precedent), заверения об обстоятельствах (representations), счет эскроу (escrow account).

Особенно важными нам представляются изменения, касающиеся управления залогом. Договор управления залогом в чем-то является аналогом английского траста. Он позволит должным образом оформить отношения кредиторов с агентом по обеспечению. Положения договора будут предусматривать обязанность управляющего залогом от своего имени, но в интересах кредиторов заключить договор залога и осуществлять все права и обязанности залогодержателя по такому договору залога на наиболее выгодных для кредиторов условиях. Это касается кредитных сделок как по российскому, так и по английскому праву, если они обеспечены российскими залогами.

Чтобы обеспечить функционирование отношений с участием управляющего залогом, будет введена конструкция номинального счета. Он открывается для совершения операций с денежными средствами, права на которые принадлежат другому лицу — бенефициару. Владельцем такого счета может быть, в числе прочих, управляющий залогом или агент. Особенно важно, что арест, приостановление операций по счету и списание денежных средств, находящихся на номинальном счете, по обязательствам владельца счета не допускаются (за некоторыми исключениями, связанными с кредитованием счета и оплатой расходов по совершению операций по счету).

Таким образом, целью введения такого счета является обеспечение защиты интересов кредиторов при обращении взыскания на предмет обеспечения посредством зачисления денежных средств, полученных в результате реализации заложенного имущества, на специально открытый номинальный счет.

Ввиду сказанного выше мы считаем, что использование перечисленных институтов позволит должным образом структурировать отношения в рамках синдикатов как по российскому, так и по английскому праву, не опасаясь того, что такие отношения не будут впоследствии признаны судом.

ПОСЛЕДНИЕ ИЗМЕНЕНИЯ КАСАТЕЛЬНО FATCA — ЗАКОНА США О НАЛОГООБЛОЖЕНИИ ИНОСТРАННЫХ СЧЕТОВ

Джон НАРДУЧЧИ,
партнер, Orrick

Пол ДЕНЕМ,
советник, Orrick

17 января 2013 года Налоговой службой США выпущена окончательная редакция правил (далее — Правила) реализации норм закона HIRE Act (Закона США о стимулировании приема на работу в целях восстановления занятости) о сообщении сведений и удержании налога (общепринятое наименование правил — Закон о налогообложении иностранных счетов, или FATCA), направленных на противодействие нарушениям налогового законодательства налогоплательщиками США, открывающими счета в иностранных финансовых организациях. Правила изданы в дополнение к опубликованному 15 февраля 2012 года проекту правил и разъяснений Налоговой службы США с целью обеспечить кредитно-финансовым организациям и государственным органам – партнерам большую определенность правового режима.

Правила определяют окончательный пошаговый порядок идентификации счетов американских лиц, требования в отношении сообщения сведений и удержания налогов для иностранных финансовых организаций (FFI), иностранных нефинансовых организаций (NFFE) и американских налоговых агентов. В случае платежей из источников в США в пользу иностранных финансовых организаций и иностранных нефинансовых организаций могут подлежать применению разные режимы удержания налога у источника.

С развитием практики реализации положений FATCA была усилена роль межправительственных соглашений. За период с момента публикации проекта правил Министерство финансов США совместно с государственными органами иностранных государств разработало два варианта типовых межправительственных соглашений, обеспечивающих эффективную и рациональную реализацию положения FATCA благодаря устранению законодательных препятствий к участию в сотрудничестве и выполнении установленных требований, снижению бремени администрирования, обеспечению участия всех иностранных финансовых организаций страны-партнера в сотрудничестве.

В настоящее время в первом варианте (в соответствии с которым выполнением иностранной финансовой организацией требований FATCA о сообщении сведений признается сообщение ею сведений о счетах американских лиц в налоговые органы своей страны) состоялось или ожидается подписание межправительственных соглашений с рядом стран, включая Данию, Францию, Германию, Ирландию, Италию, Мексику, Норвегию, Испанию, Великобританию. Для финансового сектора важное значение имеют недавние заявления властей Британских Виргинских островов и Каймановых островов о намерении заключить межправительственные соглашения по первому варианту. Переговоры с США о заключении межправительственного соглашения по первому варианту ведет Канада.

Во втором варианте (в соответствии с которым иностранные финансовые организации сообщают сведения непосредственно в Налоговую службу США) подписаны межправительственные соглашения со Швейцарией и Японией. Лихтенштейн находится в процессе переговоров о заключении межправительственного соглашения; вопрос о заключении подобного соглашения с Австрией в настоящее время открыт. Минфин США сотрудничает с более чем 50 государствами и государственными образованиями с целью противодействия уклонению от уплаты налогов с использованием иностранных юрисдикций. В ближайшем будущем ожидается подписание очередных межправительственных соглашений.

Правила развивают данное направление регулирования, создавая условия для того, чтобы межправительственные соглашения стали эффективным и рациональным инструментом развития международного сотрудничества и реализации положений FATCA. В целях снижения бремени администрирования для иностранных финансовых организаций, осуществляющих деятельность в нескольких странах, Правилами предусмотрена согласованность обязанностей иностранных финансовых организаций согласно Правилам и межправительственным соглашениям. В соответствии с разъяснениями (уведомлением) № 2013–43, Минфин США и Налоговая служба США намерены составить перечень государств (государственных образований), которые признаются заключившими действующее межправительственное соглашение, даже если заключенное межправительственное соглашение не вступит в силу к 1 июля 2014 года.

Эволюция подхода Минфина США к реализации положений FATCA иллюстрирует тот факт, что с целью ограничить нарушение функционирования рынков, снизить бремя администрирования и обеспечить определенность правового режима Правила и разъяснения № 2013–43 предусматривают отсрочку и другие льготные меры по применению режима удержания налога в случае определенных видов возникших ранее обязательств и определенных видов платежей организаций нефинансового сектора. В частности, согласно Правилам (с учетом изменений, внесенных разъяснениями № 2013–43), возникшими ранее обязательствами считаются обязательства, выданные до 1 июля 2014 года.

Правила также расширяют список категорий иностранных финансовых организаций, которые признаются выполняющими требования FATCA без необходимости заключения соглашения с Налоговой службой США. Правила уточняют и разъясняют режим, применяемый к инвестиционным организациям, выделяя, в первую очередь, применение FATCA для финансовых организаций с повышенным риском, оказывающих услуги субъектам международного инвестиционного сектора.

Особенности правил:

– Правила уточняют режим, применяемый к определенным категориям организаций с низким риском, в частности к госструктурам и пенсионным фондам.

– Правила предусматривают возможность сообщения иностранными финансовыми организациями сведений по определенным категориям инвестиционных организаций, открывших в них счета, вместо обязан-

ности таких инвестиционных организаций регистрироваться в качестве иностранной финансовой организации и сообщать сведения в Налоговую службу США.

– Правила уточняют категории инвестиционных организаций, выполняющих пассивные функции, которые подлежат идентификации иностранными финансовыми организациями с сообщением сведений по ним. В соответствии с Правилами в последней редакции, организации без профессиональных управляющих, выполняющие пассивные функции, квалифицируются не как иностранные финансовые организации, а как иностранные нефинансовые организации. Кроме того, согласно проекту правил существенно расширены льготы для иностранных финансовых организаций и отдельных категорий иностранных нефинансовых организаций, выполняющих пассивные функции, которые входят в нефинансовые группы компаний, обеспечивая деятельность группы либо не предоставляя третьим лицам заметных инвестиционных возможностей. К их числу относятся отдельные категории холдинговых компаний, центров казначейских операций (treasury center), кэптивных финансовых компаний.

Одно из наиболее заметных изменений — создание регистрационного интернет–портала. Согласно Правилам, регистрационный интернет–портал для иностранных финансовых организаций начинает работать 19 августа 2013 года. Регистрацию иностранных финансовых организаций в Налоговой службе США можно будет осуществлять через защищенный интернет–портал, регистрационный портал FATCA, в режиме онлайн из любой точки мира. С помощью портала иностранные финансовые организации смогут вставать на учет (в качестве участвующей иностранной финансовой организации или представляющей сведения иностранной финансовой организации по первому варианту) и администрировать регистрационные данные. Представление сведений и администрирование регистрационных данных иностранной финансовой организации через портал максимально повысит эффективность обработки данных, сведет к минимуму ошибки и обеспечит оперативное присвоение глобального идентификационного номера посредника (GIIN). С помощью GIIN иностранные финансовые организации будут устанавливать свой статус согласно FATCA для целей удержания налога и осуществлять свою идентификацию для целей сообщения сведений в соответствии с FATCA. В настоящее время Налоговая служба США рассматривает возможность использования GIIN представляющими сведения иностранными финансовыми организациями по первому варианту также при выполнении требований местного законодательства о сообщении сведений и обсуждает такую возможность с партнерами по межправительственным соглашениям в первом варианте.

– Еще одной проблемой, которая тормозит развитие рынка синдицированного кредитования, является неразвитость вторичного рынка синдицированного долга. Что вы можете сказать по этому поводу?

Д.Г.: Важным показателем развития рынка синдицированного кредитования в стране является развитие вторичного рынка синдицированного долга. К сожалению, в России он развит недостаточно. Это обусловлено как отсутствием единого рыночного стандарта по документированию синдицированных сделок в рамках российского права, так и несовершенством российского законодательства в части требований к капиталу и обязательным нормативам банков. Обе указанные проблемы активно решаются в настоящее время, и мы очень гордимся тем, что Orrick активно участвует в работе регулятора и рыночных институтов по решению этих задач.

В частности, наша фирма принимает участие в работе группы, которая занимается разработкой единого рыночного стандарта кредитной документации для синдицированных кредитов под эгидой Ассоциации региональных банков России (АСРОС). АСРОС подготовила и направила участникам рабочей группы уже третий проект договора синдицированного кредита. Рассматриваемый проект стандартизирует коммерческие условия договора, требования к заемщику, а также процедуру уступки (передачи) прав по договору синдицированного кредита. В рамках указанного стандарта будет также разработан стандартный договор уступки прав, который будет прилагаться к договору синдицированного кредита. Все эти меры призваны помочь участникам рынка снизить транзакционные издержки и сократить сроки, необходимые для оценки рисков и осуществления сделки продажи доли участия в синдицированном кредите. Работа над стандартной документацией все еще продолжается, но мы надеемся на ее скорое и успешное завершение.

АСРОС также пригласила нашу фирму принять участие в совместной работе над изменением методики определения уровня риска по синдицированным ссудам (Приложение 4 к Инструкции Банка России от 3 декабря 2012 года № 139-И). В частности, ассоциация совместно с нашей фирмой подготовила предложения по внесению изменений в указанную методику. Они предусматривают более гибкие критерии квалификации ссуды как синдицированной, а также уточняют параметры расчета кредитного риска банком, который является платежным агентом или держателем обеспечения. Кроме того, в наших предложениях уточнены параметры расчета кредитного риска для кредитов, синдицированных путем заключения договора фондированного участия (косвенная синдикация). В основу наших предложений был положен принцип превалирования сути отношений над их формой, поэтому они одинаково применимы как к кредитным договорам, заключенным по форме LMA, так и к российским кредитным договорам. Мы надеемся, что наши предложения будут положительно восприняты регулятором и отражены в готовящихся Банком России изменениях к инструкции 139-И.

ДЕРИВАТИВЫ, ВКЛЮЧАЕМЫЕ В КРЕДИТНЫЕ СДЕЛКИ

Алексей КУХАРЕВ,
советник, Orrick

В кредитных сделках, в которых кредитор и сторона, предоставляющая защиту от процентных, валютных или кредитных рисков, совпадают в одном лице, в некоторых случаях имеет смысл встроить условие о предоставлении хеджирования непосредственно в кредитный договор. Такой подход имеет ряд преимуществ. Во–первых, он гораздо экономичнее с точки зрения затрачиваемых ресурсов и времени, ибо позволяет избежать дублирования и синхронизации коммерческих положений кредитного договора и деривативной документации. Во–вторых, как правило, такой подход требует меньше времени на согласование документации по сделке. В–третьих, при встраивании деривативa отсутствует «раздвоение обязательства», что упрощает структуру обеспечительной документации (например, нет необходимости в последующем залоге). Возникает вопрос: будет ли такой встроенный дериватив квалифицироваться как производный финансовый инструмент, подлежащий судебной защите, для целей российского законодательства?

Часть 2 статьи 1062 ГК РФ не содержит требования, чтобы деривативная сделка, в отношении которой законом предоставляется судебная защита, была выделена в отдельный документ. Более того, указанная статья рассматривает вопрос судебной защиты в контексте требований (то есть конкретных правомочий лица), а не способа их формализации. Таким образом, из закона не следует разница в подходах к судебной защите деривативной сделки, встроенной в кредитный договор, и деривативa, оформленного отдельным соглашением.

Более сложным вопросом является возможность квалификации встроенной деривативной сделки в качестве производного финансового инструмента (ПФИ) в соответствии с частью 29 статьи 2 Федерального закона от 22 апреля 1996 года № 39–ФЗ «О рынке ценных бумаг» и приказом ФСФР от 4 марта 2010 года № 10–13/пз–н (далее — Положение). Закон и Положение предусматривают возможность квалификации в качестве ПФИ только для договоров (контрактов), не уточняя при этом, в каком значении термин «договор» употребляется в Положении: в значении правоотношения сторон или в значении отдельного документа. В то же время, Положение допускает, что в договоре ПФИ могут содержаться и иные положения, и предписывает не учитывать их для целей квалификации ПФИ. Вероятно, решающей в данном случае будет смысловая и структурная обособленность положений о ПФИ в рамках кредитного договора. В случае достижения необходимого уровня обособленности положения о ПФИ, содержащиеся в кредитном договоре, могут трактоваться как отдельный договор о ПФИ в рамках кредитного договора, а следовательно, при условии соблюдения других требований Положения быть квалифицированы как самостоятельный ПФИ.

При заключении кредитного договора со встроенным деривативом важно не забывать о том, что к такому договору могут быть применимы ограничения на предложение производных финансовых инструментов инвесторам, которые не являются квалифицированными. Вместе с тем, так как встроенный дериватив является одиночной сделкой, его регистрация в репозитарии в соответствии со статьей 51.5 Закона о рынке ценных бумаг, скорее всего, не потребуется.

– Прошлым летом рынку запомнилось громкое арбитражное дело по поводу альтернативной судебной оговорки. Можете ли вы прокомментировать этот вопрос?

Д.Г.: До недавнего времени положения договоров, представляющие одной стороне право защищать свои интересы в государственном суде, несмотря на наличие арбитражной оговорки, воспринимались российской судебной практикой положительно и не признавались недействительными.

Постановление Президиума ВАС РФ от 19 июня 2012 года № 1831/12 стало поворотным в этом вопросе. В Постановлении был сформулирован вывод ВАС о недействительности односторонних (или асимметричных) арбитражных оговорок в договорах, то есть оговорок, предоставляющих одной из сторон право выбора способа разрешения спора (арбитраж или государственный суд) и не дающих такого права другой стороне. Позиция Президиума ВАС обусловлена тем, что соглашение о разрешении споров не может наделять лишь одну сторону договора правом на обращение в компетентный государственный суд и лишать вторую сторону подобного права, так как это нарушает баланс прав сторон. Кроме того, Президиум ВАС обозначил свою позицию по вопросу действительности самой арбитражной оговорки. Если соглашение о рассмотрении споров содержит в себе элементы и арбитражной оговорки, и пророгационного соглашения, к этому соглашению в целом не могут применяться положения действующего законодательства об арбитражной оговорке. Часть такого соглашения, предусматривающая выбор процедуры разрешения споров (в третейском или в государственном суде), не может регулироваться правилами, предусмотренными для третейского соглашения, и подлежит квалификации как элемент пророгационного соглашения.

Президиум ВАС РФ также указал, что вступившие в законную силу судебные акты арбитражных судов по делам со схожими фактическими обстоятельствами, принятые на основании нормы права в истолковании, которое расходится с толкованием, содержащимся в рассматриваемом Постановлении, могут быть пересмотрены.

Альтернативные арбитражные оговорки часто используются на практике (особенно в кредитных договорах). Однако участникам рынка нужно иметь в виду, что включение их в договоры и признание недействительными судами в Российской Федерации может привести к возникновению серьезных проблем. В частности, вынесенное арбитражное решение может быть оспорено или не приведено в исполнение, появляется риск ведения двух параллельных процессов — например, арбитражного процесса за границей по иску одной стороны и судебного разбирательства в России по иску другой стороны, поскольку российский суд сможет рассматривать спор по существу, признав арбитражную оговорку недействительной.

При всем отрицательном эффекте, который может иметь Постановление, и той нестабильности, которую оно может привнести в уже сложившуюся рыночную практику, это укладывается в общеевропейскую тенденцию.

ORRICK

LEADER IN BANKING AND FINANCE

Sberbank and ZAO Raiffeisenbank on the RUB 86.5 billion debt restructuring of joint stock company Chelyabinsk Tube-Rolling Plant

ING Bank, ZAO Raiffeisenbank, Sberbank of Russia, Sberbank of Switzerland AG, HSBC Bank plc and "Rosbank" on the US$220 million syndicated pre-export facility to UralChem Group secured by deliveries of export-grade fertilizers and other export-grade commodities. Selected as a Deal of the Year 2013 by Trade Finance Magazine

Raven Russia and **Aareal Bank** on the US$129 million refinancing of Pushkino Logistics Park (Moscow Region) in connection with its sale by Aareal Estate AG to Raven Russia

AABS Limited in a US$865 million issuance of asset backed secured term loans and equity interests, backed by lease payments and sale proceeds from a portfolio of 26 narrow-body commercial aircraft manufactured by Boeing and Airbus

Pirelli & C. S.p.A. on its €1.2 billion 5 year revolving credit facility granted by Bank of America-Merrill Lynch, Barclays, BNP Paribas, Commerzbank, HSBC, Intesa Sanpaolo, Mediobanca, Mizuho, Société Générale, The Bank of Tokyo-Mitsubishi, RBS and UniCredit

Barclays Capital, as arranger, in the amendment and extension of an approximately US$1.7 billion credit facilities and an add-on $325 million second-lien credit facility for a borrower specializing in automobile dealership properties

Sberbank of Russia in a US$1 billion secured financing to Belaruskali, a leading Belarus potash producer

Millicom International on an international bond offering of US$500 million seven-year Rule 144A/Regulation S bonds

PG&E in a US$1 billion utility bank credit facility

CONTACTS

Dmitry Gubarev (Moscow)
+7 495 604 4090 • dgubarev@orrick.com

Alexander Janes (London)
+44 20 7862 4643 • ajanes@orrick.com

Ronan Wicks (New York)
+1 212 506 5005 • rwicks@orrick.com