Суборды: LOST

Светлана ЛЬВОВА,
адвокат

О субординированных кредитах широкой общественности стало известно в 2015 году, когда в прессе обсуждался вопрос о списании таких кредитов в ходе санации банков «ТРАСТ», «Таврический» и других. Предпринятые попытки оспорить в судебном порядке списание субординированных займов, требования по которым обосновывались невозможностью придать обратную силу статье 25.1 Федерального закона от 02.12.1990 № 395-1 «О банках и банковской деятельности», закончились для истцов неудачно. Между тем анализ имеющейся судебной практики показывает, что в ходе судебных процессов рассматривалась классическая схема привлечения субординированных займов, когда участников было два — заемщик (банк) и займодавец (юридическое лицо). Однако такие банки, как «ТРАСТ» и Промсвязьбанк, привлекали субординированные займы по особой схеме — через выпуск кредитных нот и еврооблигаций, когда формально сторонами договора субординированного займа являлись юридические лица, а по факту все негативные последствия от списания сумм субординированного займа ощутили на себе физические лица — держатели кредитных нот и еврооблигаций.

СУЩНОСТЬ СУБОРДИНИРОВАННОГО ЗАЙМА

Понятие и сущность субординированного займа, а также правила и особенности его заключения описаны в Положении Банка России от 28 декабря 2012 года № 395-П «О методике определения величины и оценке достаточности собственных средств (капитала) кредитных организаций («Базель III»)» (далее — Положение № 395-П). Правовая природа данного вида договора описана во многих судебных актах и сводится к тому, что такой заем имеет иную степень защищенности по сравнению с обычными займами и является смешанным видом инвестирования, схожим по своей природе со взносом в уставный капитал кредитной организации[1].

[1] Определение КС от 27.06.2017 № 1375-О, от 26.01.2017 № 125-О, Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 11.09.2017 № Ф07-9258/2017 по делу № А56-19953/2016, Постановление Арбитражного суда Московского округа от 01.03.2017 № Ф05-763/2017 по делу № А40-213193/15, Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 10.04.2017 № Ф01-748/2017 по делу № А43-34117/2015 и др.

В соответствии с нормами Положения № 395-П субординированный кредит включается в состав источников дополнительного капитала кредитной организации. И как указал Верховный суд РФ[1], денежные средства, предоставляемые по договору субординированного депозита, пополняющие капитал кредитной организации, являются инвестициями вкладчика в банковский сектор в расчете на прибыль в виде процентов. При этом, заключая такого рода договор, инвестор принимает на себя повышенные риски, которые состоят помимо прочего в понижении очередности удовлетворения его требования на случай несостоятельности (соответствующие обязательства исполняются в последнюю очередь), то есть правовое положение инвестора-вкладчика при банкротстве приравнивается к правовому положению участников (акционеров) банка.

СХЕМА ПРИВЛЕЧЕНИЯ СУБОРДИНИРОВАННОГО ЗАЙМА ЧЕРЕЗ ВЫПУСК КРЕДИТНЫХ НОТ (ЕВРООБЛИГАЦИЙ)

Анализ программных документов по выпуску кредитных нот ПАО НБ «ТРАСТ» и еврооблигаций ПАО «Промсвязьбанк» свидетельствует о том, что выпуск и размещение кредитных нот и еврооблигаций обусловлен финансированием соответствующих договоров субординированного займа. Первым покупателем является дилер, который перечисляет денежные средства эмитенту, а ценные бумаги зачисляются на его счет депо. Эмитент полученные денежные средства перечисляет заемщику по договору субординированного займа. В дальнейшем дилер через посредничество брокера реализует такие ценные бумаги многочисленным инвесторам. Заемщик (в нашем примере ПАО НБ «ТРАСТ» и ПАО «Промсвязьбанк») включает суммы, полученные по договору субординированного займа, в дополнительный капитал банка и приступает к исполнению обязательств по соответствующим договорам — выплачивает проценты в пользу эмитента, которые в виде купонного дохода поступают держателям кредитных нот и еврооблигаций.

[1] Определение от 08.02.2018 № 305-ЭС17-15339 по делу № А40-176343/2016.

ПРАВОВОЙ СТАТУС ДЕРЖАТЕЛЯ КРЕДИТНЫХ НОТ ИЛИ ЕВРООБЛИГАЦИЙ

Действующее российское законодательство не дает понятия кредитной ноты или еврооблигации. В отличие от публичного порядка, который действует в Российской Федерации, кредитные ноты и еврооблигации выпускались по правилам английского права, когда все правоотношения регулируются между участниками выпуска соответствующими договорами, которые являются одновременно программными документами по выпуску.

Такие ценные бумаги в программных документах по выпуску именуются сертификатами участия. Российская доктрина, а также российское законодательство и практика исходят из того, что сертификат участия всегда подтверждает право на долю в общей собственности на какой-либо базовый актив — ипотечное покрытие[2], имущественный пул[3]. А в данном случае — право на соответствующую долю в субординированном займе.

Именно из такого понятия кредитной ноты, сформулированного на основании позиции ПАО НБ «ТРАСТ», отраженной в его многочисленных возражениях на иски, исходил Басманный районный суд города Москвы[4].

Аналогичной позиции придерживается и Центральный банк РФ, что отражено в его письмах — ответах на запросы держателей кредитных нот[5].

Таким образом, держатель кредитной ноты или еврооблигации является инвестором, к которому перешло право на соответствующую долю в субординированном займе, являющемся частью дополнительного капитала банка.

[2] Статьи 2, 20 Федерального закона от 11.11.2003 № 152-ФЗ «Об ипотечных ценных бумагах».

[3] Статьи 24.3 Федерального закона от 07.02.2011 № 7-ФЗ «О клиринге, клиринговой деятельности и центральном контрагенте».

[4] Дела № 2-192/2016, 2-005/2016, 2-400/16, 2-1125/2016, 2-1575/16, 2-1489/16, 2-1/17, 2-1526/16, 2-1218/2016, 2-913/17, 2-0346/2016, 2-0029-16, 2-256/2016, 2-0653/16, 2-0038/16, 2-431/2016, 2-0245/2016, 2-912/17, 2-0296/16, 2-2637/2016, 2-3519/2016.

[5] № 82-1-10 ОТ/20415 от 11.11.2016. и № Т1-82-1-08/24224 от 03.03.2017.

АНАЛИЗ ПРОГРАММНЫХ ДОКУМЕНТОВ ПО ВЫПУСКУ КРЕДИТНЫХ НОТ «ТРАСТА» И ЕВРООБЛИГАЦИЙ ПРОМСВЯЗЬБАНКА СВИДЕТЕЛЬСТВУЕТ О ТОМ, ЧТО ИХ ВЫПУСК И РАЗМЕЩЕНИЕ ОБУСЛОВЛЕНЫ ФИНАНСИРОВАНИЕМ СООТВЕТСТВУЮЩИХ ДОГОВОРОВ СУБОРДИНИРОВАННОГО ЗАЙМА

ФИЗИЧЕСКОЕ ЛИЦО НЕ МОЖЕТ НЕ ТОЛЬКО БЫТЬ УЧАСТНИКОМ ДОГОВОРА СУБОРДИНИРОВАННОГО КРЕДИТА, НО И ПРИОБРЕСТИ ПРАВА НА ЕГО ДОЛЮ ЧЕРЕЗ МЕХАНИЗМ ПРИОБРЕТЕНИЯ КРЕДИТНЫХ НОТ ИЛИ ЕВРООБЛИГАЦИЙ

НЕДОПУСТИМОСТЬ «ПРИСУТСТВИЯ» ФИЗИЧЕСКОГО ЛИЦА В СУБОРДИНИРОВАННОМ ЗАЙМЕ

Субординированные кредиты используются в целях формирования дополнительного капитала, а одной из особенностей субординированного кредита является потенциальный риск невозвратности, невозможность получения обеспечения, особая очередность удовлетворения при банкротстве банка. По указанной причине в абзаце 8 пункта 3.1.8.1.2 Положения № 395-П установлено правило о том, что прекращение обязательств по договору отступным, зачетом (в том числе при переуступке требования), новацией, а также совершение действий, приводящих к несоответствию договора субординированного кредита (депозита, займа) требованиям настоящего Положения, не допускаются.

В абзаце 4 пункта 3.1.8.3.1 Положения № 395-П содержится императивный запрет на участие физических лиц в субординированном займе.

В Письме от 16.12.2015 № 41-1-1-4/1666 Банк России разъяснил, что в случае, если в результате уступки требования по договору субординированного кредита (депозита, займа) **условия договора перестают отвечать указанным требованиям, возникают основания для отказа во включении привлеченных денежных средств в расчет собственных средств (капитала).** Именно по указанной причине Департамент банковского регулирования в абзаце втором Письма от 16.12.2015 № 41-1-1-4/1666 обращает внимание на *необходимость уведомления кредитной организацией территориального учреждения Банка России (уполномоченного структурного подразделения центрального аппарата Банка России) о смене кредитора по договору субординированного кредита (депозита, займа) для целей подтверждения соответствия условий договора требованиям Положения № 395-П* (абзац восьмой п. 3.1.8.1.2 Положения № 395-П). Указанные правила Положения № 395-П и разъяснения Банка России в Письме от 16.12.2015 № 41-1-1-4/1666 позволяют сделать вывод, что физическое лицо не может не только быть участником договора субординированного кредита, но и приобрести права на его долю через механизм приобретения кредитных нот или еврооблигаций, а потому с момента приобретения таких финансовых инструментов физическими лицами договор субординированного кредита в части сумм, права на которые перешли к держателям, перестает отвечать требованиям Положения № 395-П и подлежит исключению из дополнительного капитала и, соответственно, не может быть списан в рамках мероприятий по восстановлению платежеспособности кредитной организации.

КАК ЗАЩИТИТЬ СВОИ ПРАВА ДЕРЖАТЕЛЯМ ЕВРОБОНДОВ?

Учитывая то, что в нашем праве существо всегда превалирует над формой, именно держатели бондов являются бенефициарными владельцами права на купонный доход, и именно они его получали, а эмитент, который выступал займодавцем по договору субординированного займа, выполнял всего лишь техническую роль. И данный постулат уже подтвержден судебной практикой, которая через анализ подобных правоотношений пришла к выводу о техническом (номинальном) характере статуса эмитента[1]. А потому держатели евробондов — это инвесторы, которые через обладание соответствующими ценными бумагами иностранных эмитентов получили право на долю в субординированном займе, что недопустимо с точки зрения Положения № 395-П в том случае, если такой заем был включен в дополнительный капитал конкретного банка. С момента, когда физическое лицо приобрело еврооблигации (кредитные ноты), соответствующая сумма субординированного займа должна была быть трансформирована в обычное обязательство банка, которое не могло быть списано на убытки в соответствии со статьей 25.1 Федерального закона от 02.12.1990 № 395-1.

Если такое произошло, то у держателей бондов есть право оспорить действия временной администрации в судебном порядке и поставить вопрос о взыскании причиненных данными действиями убытков. Судебной практики по данному способу защиты пока еще нет.

В процессах, которые я веду как адвокат по искам держателей кредитных нот ПАО НБ «ТРАСТ», судебные решения еще не вынесены.

[1] № А40-51434/2016, А40-178650/15, А40-17434/16.