

ОБ АВТОРАХ

Предисловие	Н. Чугунов, Л. Вильданова	
Общие положения	Л. Вильданова, Р. Муровец, Н. Чугунов	при участии А. Аничкина, О. Захаровой, Е. Хлыстовой
Сделки. Порядок их заключения, изменения и расторжения по соглашению Сторон. Подтверждение Сделок	Л. Вильданова, А. Комолов, Р. Муровец, Н. Чугунов	при участии А. Аничкина, А. Бурковой, О. Захаровой
Порядок исполнения Сделок	Л. Вильданова, А. Комолов, Н. Чугунов	при участии А. Бурковой, Р. Муровца, Е. Хлыстовой
Заявления и заверения Сторон	Р. Муровец, Н. Чугунов	при участии Л. Вильдановой
Основания досрочного прекращения обязательств по сделкам	Л. Вильданова, Н. Чугунов	при участии А. Аничкина, Н. Дистлер, О. Захаровой, А. Комолова, Р. Муровца, А. Нерсесян, Р. Сушко
Досрочное прекращение обязательств по Сделкам. Ликвидационный неттинг	Л. Вильданова, Р. Муровец, Н. Чугунов	при участии А. Аничкина, О. Захаровой
Проценты	Е. Хлыстова, Н. Чугунов	при участии Л. Вильдановой, Н. Дистлер, Р. Муровца, А. Нерсесян, Р. Сушко
Разное	Л. Вильданова, Н. Чугунов	при участии А. Бурковой, Р. Муровца

Расходы	В. Липовцев, Н. Чугунов	при участии Л. Вильдановой, Р. Муровца
Уведомления	Л. Вильданова, В. Липовцев, Н. Чугунов	при участии Р. Муровца
Применимое право	Л. Вильданова, В. Липовцев, Н. Чугунов	при участии Р. Муровца

Аничкин Александр Валерьевич — партнер международной юридической фирмы Clifford Chance.

Буркова Анастасия Юрьевна — руководитель проектов развития Саморегулируемой организации «Национальная финансовая ассоциация».

Вильданова Ляйля Ирековна — исполнительный директор Центра правового сопровождения срочного рынка и клиентских операций Правового департамента ПАО Сбербанк.

Дистлер Наталья Алексеевна — юрист московского офиса Freshfields Bruckhaus Deringer LLP.

Захарова Ольга Алексеевна — старший юрист международной юридической фирмы Clifford Chance.

Комолов Артём Леонидович — руководитель проектов ПАО Сбербанк, доц. Института права и национальной безопасности РАНХиГС при Президенте РФ, канд. юрид. наук.

Липовцев Вадим Николаевич — исполнительный директор ПАО Сбербанк, доц. Департамента правового регулирования бизнеса факультета права НИУ ВШЭ, канд. юрид. наук.

Муровец Родион Николаевич — юрист по деривативам, ING Bank N.V.

Нерсисян Анна Григорьевна — партнер московского офиса Freshfields Bruckhaus Deringer LLP.

Сушко Роман Вячеславович — руководитель направления «Финансовые рынки и рынки капитала» Юридического департамента АО «Нордеа Банк», канд. юрид. наук.

Хлыстова Евгения Валерьевна — юрист, специалист по финансовым рынкам, проектному и структурированному финансированию.

Чугунов Никита Дмитриевич — заместитель начальника юридического управления ИНГ Банк (Евразия) АО (до марта 2021 г.).

*При поддержке Саморегулируемой организации
«Национальная финансовая ассоциация»*

БЛАГОДАРНОСТЬ

Комментарий публикуется с разрешения Саморегулируемой (не-коммерческой) организации «Национальная ассоциация участников фондового рынка» (НАУФОР), Саморегулируемой организации «Национальная финансовая ассоциация» (правопреемника Национальной Валютной Ассоциации) и Ассоциации российских банков, разработавших и утвердивших Примерные условия договора о срочных сделках на финансовых рынках 2011 г.

Авторы благодарны за поддержку ассоциациям и лично Алексею Тимофееву, Василию Заблоцкому и Юрию Кормошу.

Л. Вильданова: «Я также благодарю тех, кто хотя и не принимал участия в работе над комментарием, но в разные годы способствовал развитию деривативного рынка в России, а также тех, у кого я многому научилась и продолжаю учиться в профессиональном плане: Владимира Хренова и всех своих коллег из Банка России и в отдельности Владимира Чистюхина, из юридической фирмы Freshfields Bruckhaus Deringer LLP и в отдельности Михаила Локтионова, из ВТБ Капитал и в отдельности Сергея Бобышева, из ДОМ.РФ и из ПАО Сбербанк».

Р. Муровец: «Я признателен ИНГ Банк (Евразия) АО за поддержку этой публикации и создание атмосферы для творческого самовыражения. Идея комментария возникла еще в 2013 г. во время моей совместной работы с Никитой Чугуновым в ИНГ Банке, который не только инициировал этот проект, но и открыл для меня мир деривативов и финансовых рынков».

Н. Чугунов: «Я благодарю ИНГ Банк за долгий совместный путь и бесценный опыт (без ИНГ для меня не было бы этого комментария, как и большей части жизни). Отдельно благодарю Н. Окуневу (которая меня наняла) и И. Смирнова (который не выгнал), а также М. Чайкина».

ТЕРМИНЫ И ПРИНЯТЫЕ СОКРАЩЕНИЯ

Организации и государственные органы

АРБ — Ассоциация российских банков.

ВАС РФ — Высший арбитражный суд Российской Федерации. Высший арбитражный суд Российской Федерации упразднен Законом Российской Федерации о поправке к Конституции РФ от 05.02.2014 № 2-ФКЗ. Разъяснения по вопросам судебной практики применения законов и иных нормативных правовых актов арбитражными судами, данные Пленумом ВАС РФ, сохраняют свою силу до принятия соответствующих решений Пленумом ВС РФ (часть первая статьи 3 Федерального конституционного закона от 04.06.2014 № 8-ФКЗ).

ВС РФ — Верховный суд Российской Федерации.

НАУФОР — Саморегулируемая организация «Национальная ассоциация участников фондового рынка».

НВА — Национальная Валютная Ассоциация. С 08.04.2015 после завершения присоединения Национальной валютной ассоциации (НВА) к Саморегулируемой организации «Национальная финансовая ассоциация» (СРО НФА) преемником Национальной Валютной Ассоциации является НФА.

НКЦ — Небанковская кредитная организация — центральный контрагент «Национальный Клиринговый Центр» (Акционерное общество).

НРД — Небанковская кредитная организация акционерное общество «Национальный расчетный депозитарий».

НФА — Саморегулируемая организация «Национальная финансовая ассоциация».

ISDA — Международная организация по свопам и деривативам, Инк. (наименование на английском: International Swaps and Derivatives Association, Inc., ранее именовалась: International Swap Dealers Association, Inc.).

Нормативные правовые акты

АПК РФ — Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации.

ГК РФ — Гражданский кодекс Российской Федерации.

КоАП — Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях.

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

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

Закон о валютном регулировании — Федеральный закон от 10.12.2003 № 173-ФЗ «О валютном регулировании и валютном контроле».

Закон о клиринге — Федеральный закон от 07.02.2011 № 7-ФЗ «О клиринге, клиринговой деятельности и центральном контрагенте».

Закон о лицензировании — Федеральный закон от 04.05.2011 № 99-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности».

Закон о РЦБ — Федеральный закон от 22.04.1996 № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг».

Закон о ЦБ РФ — Федеральный закон от 10.07.2002 № 86-ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)».

Закон об АО — Федеральный закон от 26.12.1996 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах».

Закон об ООО — Федеральный закон от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью».

Положение о раскрытии информации — 1) Положение Банка России от 30.12.2014 № 454-П (ред. от 25.05.2018) «О раскрытии информации эмитентами эмиссионных ценных бумаг» — текущая редакция, действует до 01.10.2021; 2) Положение Банка России от 27.03.2020 № 714-П «О раскрытии информации эмитентами эмиссионных ценных бумаг» — обновленная редакция, действует с 01.10.2021.

Указание 3565-У — Указание Банка России от 16.02.2015 № 3565-У «О видах производных финансовых инструментов».

Указание 4104-У — Указание Банка России от 16.08.2016 № 4104-У «О видах договоров, заключенных не на организованных торгах, информация о которых предоставляется в репозиторий, лицах, предоставляющих в репозиторий информацию о таких договорах, порядке, составе, форме и сроках предоставления ими информации в репозиторий, дополнительных требованиях к порядку ведения репозитарием реестра договоров, порядке и сроках предоставления информации репозитарию, а также порядке, составе, форме и сроках предоставления репозитарию в Банк России реестра договоров».

Указание 5516-У — Указание Банка России от 22.07.2020 № 5516-У «Об утверждении перечня иностранных организаций, разрабатывающих (утверждающих) примерные условия договора (иные аналогичные документы), в целях применения пункта 5 статьи 51.5 Федерального закона от 22 апреля 1996 года № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг»».

Судебные акты

ВАС РФ

Постановление Пленума ВАС РФ № 16 — Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах».

Постановление Пленума ВАС РФ № 62 — Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.07.2013 № 62 «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица».

ВС РФ

Постановление Пленума ВС РФ № 7 — Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24.03.2016 № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств».

Постановление Пленума ВС РФ № 25 — Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».

Постановление Пленума ВС РФ № 54 — Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 22.11.2016 № 54 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации об обязательствах и их исполнении».

Стандартная документация (российская и зарубежная)

Примерные условия договора 2009 г. — Примерные условия договора о срочных сделках на финансовых рынках 2009 г.

Примерные условия договора 2011 г. или **Примерные условия договора** — Примерные условия договора о срочных сделках на финансовых рынках 2011 г.

Стандартная документация 2009 г. — Примерные условия договора 2009 г., Стандартные условия 2009 г. и Примерные условия соглашения о порядке уплаты вариационной маржи по генеральному соглашению о срочных сделках на финансовых рынках 2009 г., утвержденные Саморегулируемой (некоммерческой) организацией «Национальная ассоциация участников фондового рынка» (НАУФОР), Националь-

ной Валютной Ассоциацией и Ассоциацией российских банков, опубликованные в сети Интернет на страницах Саморегулируемой (некоммерческой) организации «Национальная ассоциация участников фондового рынка» (НАУФОР), Национальной Валютной Ассоциации и Ассоциации российских банков¹.

Стандартная документация 2011 г. — Примерные условия договора 2011 г., Стандартные условия 2011 г. и Стандартные условия договора о плавающих маржевых суммах 2011 г., утвержденные Саморегулируемой (некоммерческой) организацией «Национальная ассоциация участников фондового рынка» (НАУФОР), Национальной Валютной Ассоциацией и Ассоциацией российских банков, опубликованные в сети Интернет на страницах Саморегулируемой (некоммерческой) организации «Национальная ассоциация участников фондового рынка» (НАУФОР), Национальной Валютной Ассоциации и Ассоциации российских банков².

Стандартные условия 2009 г. включают:

- Стандартные условия конверсионных сделок, сделок валютный опцион и валютный своп 2009 г.;
- Стандартные условия срочных сделок на процентные ставки и сделок свопцион 2009 г.;
- Стандартные условия срочных сделок с акциями и фондовыми индексами 2009 г.;
- Стандартные условия срочных сделок с облигациями 2009 г.

Стандартные условия 2011 г.³ или **Стандартные условия** включают:

- Стандартные условия конверсионных сделок, сделок валютный форвард, валютный опцион и валютный своп 2011 г. (с изм. от 05.07.2016);
- Стандартные условия срочных сделок на процентные ставки, сделок валютно-процентный своп и сделок свопцион 2011 г.;
- Стандартные условия срочных сделок с акциями и фондовыми индексами 2011 г.;
- Протокол 2013 г. об иностранных акциях и фондовых индексах к Стандартным условиям срочных сделок с акциями и фондовыми индексами 2011 г.;
- Стандартные условия срочных сделок с облигациями 2011 г.;

¹ См.: <http://spfi.naufor.ru>.

² См. там же.

³ Обратим внимание на условность данного термина, взятого исходя из даты большинства документов, которые он объединяет. Однако, как видно из самого перечня, в него включаются документы 2013 и 2015 гг.

- Протокол 2013 г. об иностранных облигациях к Стандартным условиям срочных сделок с облигациями 2011 г.;
- Стандартные условия срочных товарных сделок 2012 г.;
- Стандартные условия кредитных производных сделок 2015 г.;
- Матричное дополнение к Стандартным условиям кредитных производных сделок 2015 г.

ISDA 1992 Master Agreement — ISDA 1992 Master Agreement (Multi-Currency) (Генеральное соглашение ISDA (мультивалютное) в ред. 1992 г.), разработанное и утвержденное ISDA, опубликованное на сайте ISDA¹.

ISDA 2002 Master Agreement — ISDA 2002 Master Agreement (Генеральное соглашение ISDA в ред. 2002 г.), разработанное и утвержденное ISDA, опубликованное на сайте ISDA².

ISDA Master Agreement — ISDA 1992 Master Agreement и ISDA 2002 Master Agreement.

Иные сокращения

ПФИ — производный финансовый инструмент.

Ссылки на источники в Интернете

Ссылки на источники в Интернете были проверены авторами, однако доступность материалов по ссылкам в дальнейшем не гарантируется.

Термины Стандартной документации

Термины, определенные в Примерных условиях договора или ISDA Master Agreements, употребляются в настоящем комментарии в том же значении.

¹ См.: <https://www.isda.org/book/1992-isda-master-agreement-multi-currency> (доступно за плату).

² См.: <https://www.isda.org/book/2002-isda-master-agreement-english> (доступно за плату).

ПРЕДИСЛОВИЕ

Деривативы или, на языке российского закона, производные финансовые инструменты можно справедливо назвать алмазами финансового рынка с той лишь разницей, что бриллианты гранят уже столетиями, а рынок деривативов считают явлением сравнительно недавним, развившимся в двадцатом веке. При этом многие забывают Аристотелю «Политику», которая по древности превосходит даже некоторые скрижали, с рассказом о закупке оливок Фалесом Милетским, опционы на тюльпаны в Голландии XVII века или современные им фьючерсы на рис в Японии, и многие другие примеры использования деривативов до века, по Роберту Гилпину, «глобальной финансовой революции». У любого же порядочного рынка драгоценных камней есть набор рассказов о кровавых алмазах, в охоте за которыми сложена масса буйных голов. Место такого алмаза в своей области досталось именно деривативам. Отличие состоит в том, что алмаз уничтожить довольно сложно; а вот деривативы, при всем их многообразии и силе влияния, сравнимой, по выражению Уоррена Баффета, с оружием массового поражения, оказались уязвимы и хрупки как майская роза.

Едва ли найдется развитый рынок деривативов, не прошедший через болезни роста, т.е. через споры относительно деривативов, в которых вопрос ставился совершенно по-шекспировски. При этом вариант «не быть» обосновывался в духе: «Почему? Да потому что (ничего не понятно)!» Сложно сказать, существуют ли другие типы финансовых сделок, споры по которым настолько часто сводились именно к вопросу о понимании сторонами самой сути сделки и ее последствий. Однако законодательные последствия таких разбирательств по деривативам впечатляют. Достаточно посмотреть, например, на объем Директивы ЕС о рынках финансовых инструментов № 2004/39/ЕС, содержание которой во многом определено именно спорами по этим сделкам.

Молодой российский рынок, конечно, не мог не встретиться с деривативами, и первое свидание прошло с учетом ряда национальных особенностей, в частности склонности судов к формализму. В России в 1998 г. эти сделки были приравнены к играм и забыты на какое-то время в коммерческом смысле. При этом упорная борьба за признание их «нормальными» договорами продолжалась и была выиграна. Потом оказалось, что признания судебной защиты недостаточно и нужна защита института в рамках банкротства. Параллельно в мире насту-

пил финансовый кризис 2008 г., в масштабах которого среди прочего обвинили отдельные виды деривативов. Последствием кризиса стали усложнение и детализация регулирования финансового рынка почти повсеместно.

История злключения деривативов на российском рынке широко известна. Однако за достаточно короткое время мы прошли путь от варварского отрицания производных инструментов вообще (ничем иным приравнивание финансовых сделок к пари, т.е., будем честны, игре в наперстки, не является) до признания судами возможности таких сделок *per se* и споров относительно понимания существа конкретной сделки ее стороной.

Как показывает практика, важнейшим фактором для понимания деривативов и предотвращения споров по ним является использование сторонами единого языка. Финансовый рынок вряд ли стоит исключать из принципа Декарта: «Люди избавились бы от половины своих неприятностей, если бы смогли договориться о значении слов». Юристы-практики осознали эту истину — применительно к нашей частности — еще в восьмидесятых годах прошлого века, когда *International Swap Dealers Association, Inc.* (ныне *International Swaps and Derivatives Association, Inc.*) опубликовала Кодекс для Свопов (*Swaps Code*), содержащий стандартный для такого рода сделок набор дефиниций, заверений, случаев нарушения и т.п. Через семь лет, после уточнения Кодекса и ряда стандартных соглашений с ограниченным спектром регулируемых сделок, вышло Генеральное соглашение ISDA 1992 г., пересмотренное в 2002 г. Это соглашение стало единым золотым стандартом юридической документации для срочных сделок, который почти повсеместно используется вместо национальных соглашений, если это позволяет местный правопорядок. Широкое использование данной документации не в последнюю очередь обусловлено ее удачной и продуманной дедуктивной архитектурой. Независимо от коммерческих намерений стороны всегда обсуждают одну и ту же документацию, которая становится основой их отношений на долгий срок. Все ключевые понятия и требования определены в документах, общих для всего рынка. Большой плюс для достижения взаимопонимания — единообразие документации для всех. В большинстве случаев при заключении генерального соглашения от сторон требуется договориться о «рисковых» условиях, т.е. о ситуациях, когда стороны желают прекратить обязательства по сделкам досрочно. При заключении сделок сторонам остается согласовать только их коммерческие условия (цену и другие параметры сделки).