

БАНКОВСКАЯ СИСТЕМА И БАНКОВСКАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ

Е. Г. Колесникова*

Обеспечительная сделка «кредитный дефолтный своп»: риск переквалификации в договор поручительства

***Аннотация.** В статье рассматриваются две актуальные ситуации, когда российский банк (далее — банк) является: 1) провайдером; 2) получателем кредитной защиты по внебиржевой деривативной сделке «кредитный дефолтный своп» (CDS), носящей обеспечительный характер и подчиненной российскому или английскому праву. Подчеркивается, что в этих ситуациях российские суды и налоговые органы могут осуществить нежелательную для банка переквалификацию сделки CDS в договор поручительства. Дается описание возможных негативных для банка последствий реализации этого риска: 1) привлечение банка к ответственности за незаконное уменьшение налоговой базы по налогу на прибыль на сумму выплаченной им кредитной защиты по CDS; 2) отказ российского суда в удовлетворении требования банка, получившего сумму кредитной защиты по CDS, о взыскании с контрольного лица суммы долга по основному обязательству перед банком в размере уже полученной банком суммы кредитной защиты. Делается вывод о том, что для оформления сделок, обеспечивающих надлежащее исполнение обязательств контрольного лица перед получателем кредитной защиты, стоит использовать договор поручительства или Стандартные условия CDS, включив в них оговорку, что такие сделки не являются производными финансовыми инструментами.*

***Ключевые слова:** кредитный дефолтный своп, ПФИ, договор поручительства, переквалификация, последствия, кредитная деривативная сделка.*

DOI: 10.17803/1994-1471.2019.99.2.070-075

Риск нежелательной для банка переквалификации сделки «кредитный дефолтный своп» (CDS) в договор поручительства применим к сделкам CDS, носящим обеспечительный характер. Последний предполагает, что условия CDS предусматривают обязательство третьего лица (провайдера кредитной защиты)

выплатить в пользу кредитора (получателя кредитной защиты) сумму долга должника (контрольного лица) перед таким кредитором (сумму кредитной защиты) в случае, если должник самостоятельно не погасил этот долг (далее — кредитное событие и основное обязательство). Таким образом, обеспечительная сделка CDS

© Колесникова Е. Г., 2019

* Колесникова Евгения Геворковна, главный юристконсульт отдела правового сопровождения специализированной деятельности на финансовых рынках ПАО Сбербанк
EGKolesnikova1@sberbank.ru
117997, Россия, г. Москва, ул. Вавилова, д. 19

в качестве сторон включает провайдера и получателя кредитной защиты, а стороной основного обязательства при этом является получатель кредитной защиты — непосредственный владелец кредитного риска контрольного лица.

В случае, когда банк, будучи провайдером кредитной защиты по CDS, выплатив сумму кредитной защиты, уменьшил свою налоговую базу по налогу на прибыль на такую сумму, банк может быть привлечен к ответственности за незаконное уменьшение налоговой базы по налогу на прибыль на сумму кредитной защиты. Основанием для этого может выступить перекалфикация налоговым органом CDS в договор поручительства и в результате этого признание отсутствия у банка расходов (убытков) на такую сумму ввиду презюмирования налоговым органом наличия у банка нереализованного им права требовать с контрольного лица в порядке регресса компенсации выплаченной банком суммы кредитной защиты.

Выявление российскими налоговыми органами случаев учета операций не в соответствии с их действительным экономическим смыслом направлено на установление фактов нарушения положений налогового законодательства.

Согласно п. 77 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»¹, при установлении в ходе налоговой проверки факта занижения налоговой базы вследствие неправильной юридической квалификации налогоплательщиком совершенных сделок и оценки налоговых последствий их исполнения налоговый орган, руководствуясь пп. 3 п. 2 ст. 45 НК РФ, вправе самостоятельно осуществить изменение юридической квалификации сделок, статуса и характера деятельности налогоплательщика и обратиться в суд с требованием о взыскании доначисленных налогов.

Видится, что для проверки правильности квалификации банком сделки CDS в качестве сдел-

ки «кредитный дефолтный своп» российские налоговые органы должны будут установить, что стороны сделки при ее заключении имели в виду именно сделку «кредитный дефолтный своп», а не договор поручительства.

Сама по себе возможность заключения обеспечительных сделок CDS на основании Стандартных условий CDS никогда не отрицалась, но это автоматически не означает их правовую квалификацию в качестве разновидности производных финансовых инструментов (ПФИ), то есть как сделок «кредитный дефолтный своп». Кроме того, при необходимости подчинения обеспечительных сделок CDS Стандартным условиям CDS (например, это может быть нужно, когда провайдер и получатель кредитной защиты стремятся: обеспечить соответствие сделок между ними стандартным рыночным условиям, стимулируя таким образом оборот прав по этим сделкам на рынке; оптимизировать время на согласование условий сделок, подчиняя их не только Стандартным условиям CDS, но и единым (генеральным) договорам (далее — Генеральные соглашения RISDA²/ISDA³), которые, как известно, могут объединить множество сделок одновременно) не запрещено изменять эти стандартные условия по соглашению сторон, указав, что обеспечительные сделки CDS для целей этого соглашения не являются ПФИ.

При рассмотрении обеспечительной сделки CDS, подчиненной английскому праву, налоговые органы будут руководствоваться правилами ст. 1187 ГК РФ, которые предусматривают необходимость установления ее правовой квалификации по такому праву.

В этой связи стоит отметить, что на данный момент известно о существовании юридического заключения английского барристера Робина Поттса, которое было подготовлено в 1997 г. в адрес Международной ассоциации свопов и деривативов, в нем выражено мнение о том, что сделки, заключенные на основании ISDA Credit Derivatives Definitions по английскому пра-

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2015. № 8.

² Примерные условия договора о срочных сделках на финансовых рынках (для сделок по российскому праву).

³ ISDA Master Agreement (для сделок по английскому праву).

ву, преследующие исключительно цель обеспечения надлежащего исполнения обязательств контрольного лица перед получателем кредитной защиты, с точки зрения английского права являются нехарактерными для деривативных сделок и наиболее близки по своей правовой природе к договорам поручительства по английскому праву, чем к спекулятивным в своей сущности кредитным ПФИ, также предусмотренным английским правом, в первую очередь для удобства оформления которых и были подготовлены ISDA Credit Derivatives Definitions⁴. Аналогичные тезисы находят подтверждение в докладе Нью-Йоркской ассоциации адвокатов о кредитных дефолтных свопах от 9 сентября 2005 г.⁵

Классическая деривативная сделка CDS как по английскому, так и по российскому праву закрепляет собой своеобразный спор провайдера и получателя кредитной защиты в отношении наступления или ненаступления определенного события, связанного с неким третьим (контрольным) лицом, и предполагает, что в случае его наступления провайдер кредитной защиты выплатит определенную денежную сумму в пользу получателя кредитной защиты. При этом совсем необязательно (и в большинстве случаев это именно так), что получатель кредитной защиты как-то связан с таким событием и обладает какими-либо правами требования к контрольному

лицу в связи с ним (то есть, к примеру, получатель кредитной защиты не является кредитором контрольного лица).

Поэтому применительно к классическим сделкам CDS неуместны вопросы о возникновении регрессных прав требования провайдера кредитной защиты к контрольному лицу, а также о существовании у получателя кредитной защиты права требовать от контрольного лица исполнения обязательства, стороной которого получатель не является (то есть здесь такие права не существуют). Более того, уже на протяжении порядка 20 лет в практике мировых рынков ценных бумаг развивается такой инвестиционный продукт, как кредитные ноты (*credit-linked notes*).

Простыми словами их можно описать как классические сделки CDS, удостоверенные сертификатами (обычно такие сертификаты выпускаются по иностранному праву и именуются кредитными нотами, а наиболее близким аналогом таких иностранных финансовых инструментов в российском праве является новый вид ценной бумаги — структурная облигация — ценная бумага, которая не предусматривает гарантированного возврата владельцу ее номинальной стоимости⁶).

Будучи удостоверенными сертификатами, эти инструменты удобны для провайдеров кредитной защиты, поскольку их привлекают возмож-

⁴ См.: *Kimball-Stanley A.* Insurance and credit default swaps: should like things be treated alike? // URL: <http://insurancejournal.org/wp-content/uploads/2011/07/72.pdf> (дата обращения: 20 апреля 2018 г.). См. также: *Pollack E. R.* Assessing the Usage and Effect of Credit Derivatives // Harvard Law School International Finance Seminar. Professors H. Jackson and H. Scott. April 28, 2003. URL: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.202.2139&rep=rep1&type=pdf> (дата обращения: 20 апреля 2018 г.); *Hock Beng Lee.* The English courts' view of financial derivatives // Faculty of Law, Victoria University of Wellington, Laws 524, 2016. URL: http://researcharchive.vuw.ac.nz/xmlui/bitstream/handle/10063/6325/paper_access.pdf?sequence=2 (дата обращения: 20 апреля 2018 г.); *Ng L.* Credit default swaps, guarantees and insurance policies: same effect, different treatment? // URL: https://www.sidley.com/~media/files/publications/2010/12/credit-default-swaps-guarantees-and-insurance-po_/files/view-article/fileattachment/jnl-of-intl-banking-and-finance-law-jibfl-l-ng-a_.pdf (дата обращения: 20 апреля 2018 г.); *Swartz L. Z.* ABCs of cross-border derivatives. 2015 // URL: <https://www.cadwalader.com/uploads/books/522ffdb4ea0638055e838551bea93700.pdf> (дата обращения: 20 апреля 2018 г.).

⁵ New York State Bar Association. Tax Section. Report on Credit Default Swaps. September 9, 2005 // URL: https://www.nysba.org/Sections/Tax/Tax_Section_Reports/Tax_Reports_2005/1095_Report_pdf.html (дата обращения: 20 апреля 2018 г.).

⁶ Госдума приняла закон о структурных облигациях // URL: <http://tass.ru/ekonomika/5077610> (дата обращения: 20 апреля 2018 г.).

ности получения дополнительной доходности благодаря использованию свойства высокой оборотоспособности таких инструментов (например, они могут быть предметом сделок репо провайдеров кредитной защиты, задействованы в качестве базисных активов деривативных сделок провайдеров кредитной защиты)⁷, при этом их эмитенты (получатели кредитной защиты), как правило, даже не располагают информацией о том, какое лицо в каждый момент времени является провайдером кредитной защиты (то есть о том, кто именно владеет кредитной нотой), поскольку реестр владельцев кредитных нот и сделок с этими кредитными нотами ведут сторонние лица — депозитарные клиринговые системы.

Применение Стандартных условий CDS вместо договора поручительства в целях документирования обеспечительных сделок CDS создает базу для злоупотреблений сторон CDS в том смысле, что в результате этого налоговые органы и суды могут прийти к выводу, что стороны такого обеспечительного CDS вправе предъявить к контрольному лицу требование об уплате одной и той же суммы, и в итоге контрольное лицо будет вынуждено ответить по своему обязательству в двойном размере, что было бы исключено в случае поручительства

(это утверждение основано на норме п. 2 ст. 366 ГК РФ).

Таким образом, из-за несоответствия обеспечительной сделки CDS экономическому смыслу сделки «кредитный дефолтный своп» и установления российским налоговым органом того факта, что стороны на самом деле имели в виду договор поручительства, в результате чего произошло незаконное занижение провайдером кредитной защиты налоговой базы по налогу на прибыль, за провайдером кредитной защиты будет признано нарушение налогового законодательства.

В случае, когда банк, будучи получателем кредитной защиты, получив сумму кредитной защиты, также обращается в российский суд с требованием к контрольному лицу о погашении долга по основному обязательству на ту же сумму или с требованием об исполнении иностранного арбитражного решения, вынесенного в отношении такого требования в пользу банка, суд может отказать в удовлетворении этих требований⁸, перекалфицировав CDS в договор поручительства и указав затем на их противоречие публичному порядку Российской Федерации. Последний, как было отмечено выше, защищает должника по обеспеченному поручительством обязательству от привлечения его к двойной ответственности на одну и ту

⁷ Согласно разделу «Валютный и фондовый рынки» информационно-аналитического материала Банка России «Ликвидность банковского сектора и финансовые рынки: факты, оценки, комментарии» № 25 по состоянию на 30.03.2018, размещенного на официальном сайте Банка России (URL: http://www.cbr.ru/Collection/Collection/File/5907/LB_2018-25.pdf (дата обращения: 20 апреля 2018 г.)):

- 1) в марте ситуация на глобальных финансовых рынках развивалась не в пользу стран с формирующимся рынком, к числу которых относится Россия;
- 2) ужесточение денежно-кредитной политики в США, возросшая вероятность обострения «торговых войн» и сохраняющаяся волатильность на мировых фондовых рынках заметно снизили спрос инвесторов на рискованные активы;
- 3) о снижении спроса на рискованные активы свидетельствует расширение CDS-спреда по большинству стран с формирующимся рынками;
- 4) российский CDS-спред в течение месяца вырос на 17 б.п. и, помимо указанных факторов, некоторый вклад в это мог внести рост геополитической напряженности;
- 5) последний раз сопоставимое расширение спреда наблюдалось в июне 2017 г.

⁸ Согласно пп. «b» п. 2 статьи V Конвенции Организации Объединенных Наций «О признании и исполнении иностранных арбитражных решений» 1958 г., в признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано, если компетентная власть страны, в которой испрашивается признание и приведение в исполнение, найдет, что признание и исполнение этого решения противоречит публичному порядку этой страны.

же сумму (перед кредитором и поручителем). Можно утверждать, что такое ограничение корреспондирует публичному порядку Российской Федерации и отражает приверженность принципу равноправия сторон гражданских правоотношений, закрепленному в ст. 1 ГК РФ.

С учетом вышеизложенного можно прийти к выводу о том, что банкам при необходимости снижения своих кредитных рисков путем получения от третьих лиц обеспечения надлежащего исполнения обязательств своих должников перед собой, а также при необходимости получения прибыли от предоставления своим контрагентам кредитной защиты от случаев ненадлежащего исполнения обязательств должников перед такими контрагентами стоит применять

либо договор поручительства, либо Стандартные условия CDS, включив в них оговорку, что такие обеспечительные сделки CDS не являются ПФИ.

В случае выбора второго из этих вариантов банкам, являющимся получателями кредитной защиты по обеспечительной сделке CDS, заключенной на основании Генерального соглашения RISDA, следует учитывать, что они не смогут включить в ликвидационный неттинг обязательств по такому Генеральному соглашению неисполненные обязательства провайдера кредитной защиты, признанного банкротом в соответствии с законодательством Российской Федерации (однако банки при этом сохраняют право включить такие свои требования в конкурсную массу в общем порядке).

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Hock Beng Lee*. The English courts' view of financial derivatives // Faculty of Law, Victoria University of Wellington, Laws 524, 2016. URL: http://researcharchive.vuw.ac.nz/xmlui/bitstream/handle/10063/6325/paper_access.pdf?sequence=2 (дата обращения: 20 апреля 2018 г.).
2. *Kimball-Stanley A*. Insurance and credit default swaps: should like things be treated alike? // URL: <http://insurancejournal.org/wp-content/uploads/2011/07/72.pdf> (дата обращения: 20 апреля 2018 г.).
3. *Ng L*. Credit default swaps, guarantees and insurance policies: same effect, different treatment? // URL: https://www.sidley.com/~media/files/publications/2010/12/credit-default-swaps-guarantees-and-insurance-po_/files/view-article/fileattachment/jnl-of-intl-banking-and-finance-law-jibfl-l-ng-a_.pdf (дата обращения: 20 апреля 2018 г.).
4. *Pollack E. R* Assessing the Usage and Effect of Credit Derivatives // Harvard Law School International Finance Seminar. Professors H. Jackson and H. Scott. April 28, 2003. URL: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.202.2139&rep=rep1&type=pdf> (дата обращения: 20 апреля 2018 г.).
5. *Swartz L. Z*. ABCs of cross-border derivatives. 2015 // URL: <https://www.cadwalader.com/uploads/books/522ffdb4ea0638055e838551bea93700.pdf> (дата обращения: 20 апреля 2018 г.).

Материал поступил в редакцию 23 апреля 2018 г.

A "CREDIT DEFAULT SWAP" SECURED TRANSACTION: THE RISK OF ITS RECHARACTERIZATION INTO A SURETYSHIP AGREEMENT

KOLESNIKOVA Evgeniya Gevorkovna, Chief Legal Counsel of the Department of Legal Support of Specialized Activities in the Financial Markets of PJSC Sberbank
EGKolesnikova1@sberbank.ru
117997, Russia, Moscow, ul. Vavilova, d. 19

Abstract. *The article deals with two current situations when the Russian Bank (hereinafter — the Bank) is: 1) a provider; 2) a recipient of credit protection under an OTC derivative transaction "credit default swap" (hereinafter —*

CDS) that has the nature of security and is subject to both Russian or English law. It is emphasized that in these situations, Russian courts and tax authorities may carry out undesirable for the Bank reclassification of CDS transaction into the contract of guarantee. The paper provides for the description of consequences that may occur if the Bank implements that risk: 1) the Bank may be held responsible for illegal reduction of the tax base on income tax in the amount of credit protection paid by it on CDS; 2) a Russian court may refuse to satisfy the Bank's claim to recover from the controlling person the amount of the debt on the principal obligation to the Bank in the amount of credit protection already received by the Bank provided that the Bank has received the amount of credit protection on CDS. It is concluded that in order to execute transactions that ensure proper fulfillment of the obligations of the controlling person to the recipient of credit protection, it is necessary to use a surety agreement or standard CDS terms and conditions, including a clause that such transactions are not derivative financial instruments.

Keywords: *credit default swap, derivative, contract of guarantee, reclassification, consequences of the credit derivative transaction.*