

Значение судебной практики по цессии для секьюритизации

В конце 2007 г. было опубликовано Информационное письмо ВАС РФ от 30 октября 2007 г. «Обзор практики применения арбитражными судами положений главы 24 Гражданского кодекса Российской Федерации». Действительна ли уступка требования возврата кредита и уплаты процентов по кредитному договору от банка лицу, которое не имеет банковской лицензии? Влияет ли на действительность уступки уклонение cedenta от передачи цессионарию документов, подтверждающих уступленные права?



Владимир Драгунов
партнер юридической фирмы
Baker & McKenzie



Антон Селивановский
кандидат юридических наук,
старший юрист юридической
фирмы Baker & McKenzie

Одним из основных соглашений в секьюритизации является соглашение о продаже активов. Чаще всего активы при этом выступают требования, например: требования по кредитным договорам, требования по кредитным картам, требования к должникам по факторинговым договорам. Основа правового регулирования уступки прав (требований) определена гл. 24 ГК РФ (Перемена лиц в обязательстве). Практика применения выявила возможность различного толкования соответствующих положений ГК РФ. Так, неоднократно оспаривалась действительность уступки прав по банковским кредитам лицам, не являющимся кредитными организациями, будущих прав (требований), частичной уступки прав (требований). Российская арбитражная практика по подобным спорам не была последовательной и единообразной.

Основой классической секьюритизации является продажа (уступка) прав originатора¹ специальной проектной компании (спецюрлицо, или *Special Purpose Vehicle*; далее – *SPV*) с удаленным риском банкротства². Для финансирования данной покупки *SPV* выпускает на рынке капитала ценные бумаги, обеспечением по которым служат приобретенные у originатора активы (требования по кредитным договорам, требования по кредитным картам, требования к должникам по факторинговым договорам).

В отличие от иных форм финансирования, сделки секьюритизации позволяют изолировать кредитный риск originатора: обособленные от осталь-

ного имущества секьюритизируемые активы при возбуждении процедуры банкротства в отношении originатора не включаются в конкурсную массу. Таким образом, инвесторы вкладывают денежные средства непосредственно в активы, не возлагая на себя кредитных рисков самого originатора, и при дефолте по выпускаемым ценным бумагам в любом случае получают возможность обращения взыскания на секьюритизируемые активы (кредитный портфель, торговую дебиторскую задолженность и т.д.). В результате в рамках секьюритизации у originатора возникает возможность существенно снизить стоимость привлекаемых денежных средств (например, по сравнению с привлечением кредитов, выпуском необеспеченных или обеспеченных облигаций).

Так называемая действительная продажа (*true sale*) является одним из основных механизмов «изоляции активов» от рисков originатора. При структурировании сделки секьюритизации вопрос о действительной продаже обсуждается в числе первых и определяет всю дальнейшую судьбу и структуру сделки.

¹ От англ. *originate* – создавать, генерировать.

² Концепция «удаленности от банкротства» (*bankruptcy remoteness*) стала ответом на требования рынка и рейтинговых агентств, которые привлекаются для определения рейтинга бумаг, выпускаемых в сделках секьюритизации. В рамках концепции решаются вопросы минимизации риска банкротства и ликвидации проектной компании – эмитента ценных бумаг, обеспеченных активами. Данная цель достигается посредством использования целого ряда инструментов: специальной правоспособности, независимых директоров и ограничений на реорганизации и добровольную ликвидацию, отказа участников сделки от предъявления иска о признании проектной компании несостоятельной (банкротом) и т.д.

Понятие действительной продажи (*true sale*)

Под «действительной продажей» традиционно понимается передача активов проектной компании с целью их продажи, а не с целью привлечения финансирования (займа) под обеспечение (например, под залог или обеспечительную уступку). Так, компания, желающая привлечь финансирование, может продать принадлежащие ей активы (с правом или без права обратного выкупа) или привлечь кредит под обеспечение данных активов. Таким образом, при действительной продаже противопоставляется финансирование под обеспечение и финансирование путем продажи активов.

Если договор о продаже (уступке) прав требований признается недействительным или прикрывающим обеспечительный договор (например, залог или обеспечительную уступку права требования), денежные средства и права требования должны быть возвращены оригинатору и включены в конкурсную массу. Как правило, это оборачивается катастрофой для инвестора.

Термин «действительная продажа» означает, что после осуществления оригинатором продажи или передачи активов специальной проектной компании такая передача не может быть оспорена, признана недействительной или отменена каким-либо иным способом любым третьим лицом (например, кредитором, конкурсным управляющим, временной администрацией и т.д.) в случае банкротства оригинатора или в любых иных случаях, не предусмотренных условиями сделки секьюритизации.

Если договор о продаже (уступке) прав требований признается недействительным или прикрывающим обеспечительный договор (например, залог или обеспечительную уступку права тре-

бования), денежные средства и права требования должны быть возвращены оригинатору и включены в конкурсную массу. Как правило, это оборачивается катастрофой для инвестора: в процессе процедуры банкротства его права на своевременное получение в полном объеме вложенных денежных средств могут быть существенно ущемлены. Подобные риски признания договора притворным или недействительным оцениваются участниками сделки и являются предметом детального рассмотрения в юридических заключениях, предоставляемых юридическими фирмами по сделкам секьюритизации.

Почему вообще возникает риск переквалификации действительной продажи прав требования и признания ее притворной сделкой, прикрывающей обеспечительный договор? Такой риск обусловлен некоторыми структурными особенностями сделок секьюритизации. После продажи активов оригинатор зачастую не выбывает из обязательства и продолжает принимать активное участие в секьюритизации, в том числе «обслуживая» активы (в частности, получая дебиторскую задолженность, отслеживая и взыскивая платежи) и передавая соответствующие поступления *SPV*. Кроме того, оригинатор иногда принимает на себя дополнительные обязательства по выкупу дефолтных кредитов. Итак, для обеспечения действительной продажи активов в пользу *SPV* сторонам необходимо тщательно подходить к структурированию соответствующих сделок.

Арбитражная практика по спорам, связанным с уступкой прав (требований), была труднопредсказуемой, вследствие чего при подготовке секьюритизации использовались два основных подхода к выбору применимого права для соглашения о продаже активов. Изначально договоры продажи прав требований российским банком иностранному *SPV* подчинялись *английскому праву* (например, при секьюритизации автокредитов банком «Союз»), в дальнейшем подобные договоры стали подчиняться *российскому праву* (пионером здесь в декабре 2005 г. был банк «Хоум Кредит» с секьюритизацией потребительских кредитов). Данная смена ориентиров осуществлялась с учетом оценки вероятности применения российского права к этим договорам даже

при указании в них иного применимого права. Такая возможность имеется, поскольку передаваемое право требования наиболее тесно связано именно с российским правом (требование базируется на договоре оригинатора с клиентом, который подчинен российскому праву).

В конце 2007 г. ВАС РФ опубликовал Информационное письмо от 30 октября 2007 г. «Обзор практики применения арбитражными судами положений главы 24 Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее — Информационное письмо), в котором определил свою позицию по вопросам уступки прав (требований). Несмотря на то что Информационное письмо не является нормативным актом, обязательным к применению, на практике российские суды, как правило, следуют подобным установкам ВАС РФ.

Многие рекомендации, определенные Информационным письмом, окажутся полезными при подготовке документации (прежде всего, соглашения о продаже требований оригинатором, а также юридического заключения) и проведение секьюритизации с российскими активами.

Уступка прав по кредитному договору лицу, не являющемуся кредитной организацией

Долгое время вопрос о действительности уступки требования возврата кредита и уплаты процентов по кредитному договору от банка лицу, которое не имеет банковской лицензии, являлся одним из самых дискуссионных. Аргументы в пользу недействительности такой уступки высказывались вплоть до последнего времени.

ВАС РФ подтвердил подход, выработанный большинством специалистов и нижестоящими судебными инстанциями, согласно которому уступка банком прав (требований) по кредитному договору лицу, не являющемуся кредитной организацией, не противоречит российскому законодательству. В силу положений ст. 1 и 5 Федерального закона от 2 декабря 1990 г. «О банках и банковской деятельности» (далее — Банковский закон) исключительное право осуществлять в совокупности операции по привлечению денежных средств физических и юридических лиц во вклады

и размещению указанных средств от своего имени на условиях возвратности, платности, срочности принадлежит только банку. Уступка требований по кредитному договору не относится к числу банковских операций, перечисленных в ст. 5 Банковского закона. Из названной нормы следует обязательность наличия лицензии только для ведения деятельности по выдаче кредитов за счет привлеченных средств. ВАС РФ указал, что, по смыслу Банковского закона, с выдачей кредита лицензируемая деятельность банка считается реализованной. Ни Банковский закон, ни ст. 819 ГК РФ не содержат предписания о возможности реализации прав кредитора по кредитному договору только кредитной организацией.

Данное разъяснение исключительно важно в контексте секьюритизации различных банковских активов, в том числе требований банков по ипотечным кредитам, потребительским кредитам, автокредитам и платежей по кредитным картам, что предполагает уступку прав (требований) банком специальному юридическому лицу (*SPI*), зарегистрированному, как правило, вне России и не имеющему лицензии на осуществление банковской деятельности. До последнего времени в заключениях некоторых юридических фирм можно было встретить специальную оговорку о риске признания такой уступки ничтожной, как противоречащей действующему законодательству.

Уступка будущих прав (требований)

Действующее российское законодательство не содержит четкого определения, какое требование является существующим, а какое будущим для целей определения объекта сделки. В доктрине под будущим требованием понимают и требование по обязательствам, которые возникнут в будущем, и требование по обязательствам, по которым не наступил срок исполнения (так называемым несозревшим обязательствам).

ВАС РФ разъяснил, что уступка будущего (не существующего на момент заключения соответствующего соглашения) права, которое перейдет к цессионарию сразу после его возникновения у cedента, не противоречит российскому законодательству. В обоснование своей

позиции ВАС РФ указал, что существующее законодательство не предусматривает каких-либо ограничений оборота будущих прав. В ГК РФ однозначно допускается продажа товара, который будет приобретен продавцом в будущем (ст. 455), залог будущих прав (требований) (ст. 340), а также передача будущих прав по договору факторинга (ст. 826 ГК РФ). Кроме того, положения ГК РФ, регулирующие договор купли-продажи, в том числе ст. 455, в целом применимы и к уступке прав (требований).

Данное разъяснение особенно важно для целей секьюритизации платежей по кредитным картам, торговой дебиторской задолженности, возобновляемых (револьверных) пулов активов и секьюритизации будущих денежных потоков.

Идентификация уступаемых прав (требований)

ВАС РФ подтвердил общий подход, выработанный ранее судебной практикой, по которому одним из основных условий действительности уступки прав (требований) является надлежащая их идентификация в соглашении об уступке. Российское законодательство не предусматривает единых критериев такой идентификации. На практике определение уступаемых прав (требований) осуществляется, как правило, путем указания в соглашении об уступке имен (наименований) должника и кредитора по уступаемому требованию, установления оснований (ссылка на основной договор), объема и содержания такого требования.

ВАС РФ отметил, что при выяснении того, были ли уступаемые права (требования) надлежащим образом идентифицированы, суд должен исследовать не только договор уступки, но и другие документы, относящиеся к сделке, а также иные материалы дела. Так, при рассмотрении одного из споров суд сделал вывод, что отсутствие ссылки на основной договор в соглашении об уступке само по себе не является свидетельством ненадлежащего определения уступаемых прав (требований). В рамках другого дела, касающегося уступки прав по дящимся обязательствам из договора поставки, ВАС РФ решил, что права (требования), уступаемые по такому договору, должны быть определены путем указания на основной договор

и период времени, в котором возникли права (требования).

Частичная уступка прав (требований)

В Информационном письме указывается, что частичная уступка прав по обязательству, предмет исполнения по которому делим, не противоречит российскому законодательству. Денежные права (требования), в том числе права по кредитам, в целом считаются делимыми.

Если иное не предусмотрено соглашением сторон, при частичной уступке прав (требований) cedent и цессионарий становятся сокредиторами по обеспечительному обязательству (например, при залоге автотранспортного средства в качестве обеспечения обязательств должника по автокредиту).

Условия действительности уступки

В ряде судебных дел российские суды выработали дополнительные критерии действительности уступки требований, прямо не предусмотренные ГК РФ. В частности:

- а) срок исполнения по требованию должен наступить на момент уступки,
- б) требование не обусловлено встречным исполнением cedентом своих обязательств перед должником,
- в) требование бесспорно.

ВАС РФ указал, что действительность уступки не ставится в зависимость от выполнения данных условий, поскольку это не предусмотрено положениями ГК РФ, регулирующими уступку. Применение приведенных критериев приводит к необоснованному ограничению оборотоспособности обязательственных прав.

ВАС РФ подчеркнул, что при наличии у должника встречного требования к cedенту (например, возникшего в силу того, что последний поставил товар с дефектами или ненадлежащим образом выполнил работу по договору) реализация цессионарием права (требования) в отношении должника (но не действительность права цессионария на такое требование) может зависеть от надлежащего исполнения cedентом основного обязательства. Это необходимо для защиты интересов должника, поскольку

уступка не должна оказать какого-либо негативного воздействия на его положение в договоре. Иными словами, если у должника есть право отказать в выплате цеденту на основании того, что цедент ненадлежащим образом исполнил свои обязательства по договору с должником, у цессионария не должно быть каких-либо преимуществ в получении такого платежа от должника до исправления цедентом допущенных нарушений.

Уступка и передача документов, удостоверяющих уступаемое право (требование)

В российских сделках секьюритизации оригинатор часто не передает цессионарию основные документы, удостоверяющие права (требования), а именно: договоры с должниками, подтверждающие документы, счета, акты, выписки по счетам, кредитные досье

и т.д. Данные документы необходимы для выполнения оригинатором функций обслуживающей организации, в том числе по взысканию задолженности.

ВАС РФ подтвердил сложившуюся позицию, что уклонение цедента от передачи цессионарию документов, подтверждающих уступленные права (например, договора поставки, кредитного соглашения), не влияет на действительность уступки. Благодаря этому фактически снимается риск сопоставления продажи требований оригинатором *SPV* только на основании отсутствия факта передачи таких документов.

Уступка прав и передача обязанностей

ВАС РФ высказал позицию, что возможна «изолированная уступка», или уступка одного из требований по договору. При этом не происходит полной замены лица в договоре, сохраняются все обязанности цессионария, а цедент после уступки продолжает выполнять свои обязанности по договору (например, поставлять товар или оказывать услуги). Уступка сама по себе не может повлечь передачу обязанностей цедента цессионарию. Для передачи обязанностей цедент и цессионарий должны заключить отдельное соглашение о переводе долга (в соответствии с § 2 гл. 24 ГК РФ) и получить согласие должника на такой перевод.

Данная установка ВАС РФ чрезвычайно актуальна для секьюритизации требований из длящихся правоотношений (например, по договорам о кредитных картах, поставках электроэнергии, транспортных услугах, услугах связи). Остается надеяться, что позиция ВАС РФ придаст большую определенность и ключевому для секьюритизации соглашению — купли-продажи прав требований, что может способствовать присвоению более высокого рейтинга выпускаемым в ходе секьюритизации ценным бумагам.

Банк Петрокоммерц

Группа «ИФД-КапиталЪ»

Услуги Агента эскроу на рынке слияний и поглощений (M&A)

- **Одновременное исполнение Покупателем обязательств по оплате ценных бумаг, а Продавцом обязательств по передаче ценных бумаг Покупателю**
- **Исключение операционных рисков и гарантии Агента эскроу для Продавца и Покупателя при проведении расчетов по сделкам M&A**
- **Учет индивидуальных пожеланий клиентов**
- **Гибкие графики расчетов и тарифная политика**

г. Москва, ул. Петровка, д. 24, т. (495) 625-75-39
www.pkb.ru

ОАО Банк «Петрокоммерц». Ген. лицензия ЦБ РФ №1776. Реклама.

Обсудить статью можно на нашем сайте по адресу:
<http://clj.ru/discussion/conflict/050801>