

**Пояснительная записка к изменениям, предлагаемым к статье 21 Законопроекта
«Обеспечение исполнения обязательств участников платежной системы по переводу
денежных средств»**

Одним из ключевых вопросов, которые должны быть изучены в ходе работы над созданием правовой базы регулирования деятельности платежных систем, является защита прав потребителей платежных услуг, оказываемых участниками платежных систем. Так, статья 21 Законопроекта предусматривает возможность создания в рамках платежной системы гарантийного фонда, основной целью которого является обеспечение исполнения обязательств участников платежной системы по переводу денежных средств перед их клиентами.

1. Обеспечение исполнения обязательств участников платежных систем за рубежом

В настоящий момент международные платежные системы (далее – МПС) используют для цели обеспечения исполнения обязательств своих участников по переводу денежных средств так называемое «денежное обеспечение» (cash collateral). Экономическая сущность денежного обеспечения заключается в создании эффективного обеспечительного механизма за счет размещения денежных средств участников платежной системы:

- (а) на банковских счетах с особым правовым режимом; и
- (б) в финансовых институтах с высоким международным рейтингом надежности.

Такой механизм предоставляет право МПС в случае наступлении события неисполнения обязательств участника платежной системы дать распоряжение использовать указанные денежные средства для погашения обязательств участника, которые не были должным образом исполнены.

Иностранные правовые системы предлагают участникам делового оборота различные способы и механизмы формализации правоотношений по использованию обеспечительной функции денежных средств и созданию денежного обеспечения, в том числе путем: (i) обременения денежных средств, находящихся на банковском счете, или (ii) размещения денежных средств на счете эскроу.

Наиболее распространенным механизмом создания денежного обеспечения является размещение денежных средств на счете эскроу. Создавая денежное обеспечение через эскроу счета, участники МПС вносят денежные средства эскроу агенту (в качестве которого чаще всего выступает независимая финансовая организация), который держит депозит эскроу до наступления определенного события или исполнения обязательств.

При этом как при залоге прав по банковскому счету, так и при использовании счета эскроу, участник платежной системы:

- (а) с одной стороны, не имеет доступа к денежным средствам, находящимся на заложенном счете или в эскроу, что гарантирует сохранность и доступность таких денежных средств для МПС в случае дефолта; и

(б) с другой стороны, сохраняет право собственности на денежные средства, являющиеся предметом денежного обеспечения. Кроме того, концепция денежного обеспечения позволяет участнику платежной системы получать прибыль от размещения своих денежных средств путем получения процентов на сумму размещения.

МПС гарантирует непрерывность расчётов участников в платёжной системе. Одновременно, в случае недостаточности или недоступности предоставленного обеспечения участника платёжной системы, МПС используют собственные средства для погашения обязательств участников, для покрытия дефолта участника. Таким образом, МПС является конечным гарантом работоспособности платежной системы в широком смысле. Поэтому надежность и степень риска недостаточности средств банка-держателя счета напрямую влияют на надежность платежной системы, и важная роль уделяется такому фактору как надежность финансового института в котором размещено денежное обеспечение. Соответственно, денежное обеспечение размещается исходя из следующих параметров:

- (а) Обычно по законодательству той страны где размещается денежное обеспечение, при банкротстве банка-держателя счета денежные средства, размещенные в эскроу, не включаются в состав конкурсной массы банка-держателя счета; а также
- (б) Денежное обеспечение размещается в финансовых институтах с высокой степенью надежности и с международным рейтингом не ниже «А».

Таким образом, сочетание вышеназванных факторов позволяет защитить платежную систему от платежных дефолтов участников и одновременно сохраняет баланс интересов между платежной системой и ее участниками.

2. Использование механизма денежного обеспечения в России

На данный момент в России отсутствует возможность создания эффективного денежного обеспечения в силу непроработанности / отсутствия данных концепций в законодательстве, а также более высоких рисков российских финансовых институтов. В частности:

2.1. Счет эскроу

В российском праве отсутствует концепция и соответствующий правовой режим счетов эскроу. Общегражданский принцип свободы договора также не позволяет в договорном порядке установить обеспечение в отношении денежных средств, которое было бы равнозначно эскроу, по следующим причинам:

- (а) нормы российского законодательства не предусматривают концепции разделения собственности на правовой титул;
- (б) по общему правилу статьи 858 Гражданского кодекса Российской Федерации ограничение прав клиента на распоряжение денежными средствами, находящимися на счете, не допускается; и кроме того

- (в) клиент вправе закрыть свой банковский счет в любое время, при этом такое право не может быть ограничено в договорном порядке (статья 858 Гражданского кодекса Российской Федерации).

2.2. Залог в отношении банковского счета

Следует отметить, что российская судебная практика, учитывающая, помимо прочего, рекомендации Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации (пункт 3 информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 15 января 1998 г. № 26 "Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением арбитражными судами норм Гражданского кодекса Российской Федерации о залоге"), не считает возможным отнесение денежных сумм, зачисленных на банковский счет, к предмету договора залога в силу того, что денежные средства не смогут быть реализованы в процессе обращения на них взыскания. При этом, данная позиция пока остается неизменной, несмотря на значительные изменения законодательства, произошедшие в отношении процедуры обращения взыскания на заложенное имущество.

Помимо высокого риска признания договора залога банковского счета недействительным, залог не позволяет залогодержателю заблокировать/заморозить денежные средства, находящиеся на банковском счете.

Таким образом, конструкцию залога счета невозможно использовать для создания денежного обеспечения.

2.3. Право безакцептного списания денежных средств с банковского счета

В связи с отсутствием в российском законодательстве должного регулирования залога денежных средств стороны используют на практике предусмотренное Гражданским кодексом Российской Федерации право на списание денежных средств с банковского счета без распоряжения его владельца (так называемое, право безакцептного списания). Такое право закрепляется за кредитором в отношении определенного счета должника в соглашении, которое является неотъемлемой частью соответствующего договора банковского счета и, как правило, заключается между кредитором, должником и его банком, в котором открыт такой банковский счет.

Тем не менее, в силу того, что клиент банка вправе закрыть свой банковский счет в любое время, и нет возможности заблокировать средства, находящиеся на счете, данный способ создания денежного обеспечения также является малоэффективным.

2.4. Риски банкротства банка-держателя счета

Также в российском законодательстве никаким образом не решается вопрос риска банкротства банка-держателя счета, т.к. по общему правилу в случае возбуждения дела о банкротстве банка все счета открытые в данном банке закрываются, и все денежные средства переводятся на корсчет в ЦБ РФ для формирования единой конкурсной массы. Таким образом, на данный момент российское законодательство никаким образом не признает прав третьих лиц на денежные средства на банковском счете, и не позволяет исключить их из общей конкурсной массы банка-банкрота.

2.5. Проекты развития законодательства

Вышеперечисленные проблемы несомненно признаются российскими регуляторами, так как уже сейчас ведется активная работа над разработкой соответствующих изменений в гражданское законодательство.

Так, например, в ноябре 2010 года комитет Государственной думы Федерального собрания Российской Федерации по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству представил проект новой редакции Гражданского кодекса Российской Федерации, который в случае принятия соответствующего закона внесет существенные изменения в действующее гражданское законодательство. В частности, планируется включить в Гражданский кодекс Российской Федерации, как минимум, 6 новых статей, регулирующих залог прав в отношении банковских счетов, а также вводящих понятие залоговых счетов. Помимо этого, предпринимались попытки разработки и отдельных законодательных актов, регулирующих использование залога прав в отношении банковских счетов. В качестве примера можно привести проект федерального закона № 249609-5 «Об особенностях обеспечения исполнения финансовых обязательств».

Другим направлением работы законодателя является создание специального механизма «номинальных счетов», который во многом повторяет концепцию использования эскроу счетов. Целью создания такого специального вида банковских счетов является предоставление возможности третьему лицу, на имя которого и будет открыт номинальный банковский счет, удерживать и распоряжаться в качестве независимого посредника денежными средствами, размещенными на таком счете, в соответствии с порядком, согласованным обеими заинтересованными сторонами по сделке. Институт номинальных счетов предполагалось ввести в законодательство проектом федерального закона № 393713-4 "О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации" (в части регулирования номинальных банковских счетов), а также проектом федерального закона № 249606-5 "О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации (в части регулирования секьюритизации финансовых активов)".

3. Механизм обеспечения обязательств участников платежной системы, предусмотренный Законопроектом

В соответствии со статьей 21 Законопроекта *может* быть создан гарантийный фонд, в который участники платежной системы, ее оператор, а также центральный клиринговый контрагент или расчетный центр смогут вносить денежные средства (гарантийные взносы) с целью обеспечения исполнения обязательств участников платежной системы по переводу денежных средств. При этом, средства такого гарантийного фонда должны размещаться и учитываться только на отдельном банковском счете оператора платежной системы, центрального клирингового контрагента или расчетного центра.

Предлагаемый обеспечительный механизм имеет ряд существенных недостатков. В частности:

- (а) Законопроект предполагает перечисление гарантийных взносов участников платежной системы на банковский счет оператора платежной системы (или оператора услуг платежной инфраструктуры). В реалиях российского права это означает

прекращение права собственности лиц, осуществляющих такое перечисление, в отношении денежных средств, направленных на пополнение гарантийного фонда.

В отличие от модели денежного обеспечения, используемой в иностранных юрисдикциях, денежные средства, предоставляемые в гарантийный фонд, целиком выходят из состава активов участников, включая право на получение прибыли от их использования, вне зависимости от наступления события неисполнения обязательства в рамках платежной системы. Прекращение права собственности на гарантийные взносы и их вывод из состава активов участников платежной системы до наступления случая неисполнения обязательств является несоразмерным распределением рисков. Данный механизм не отвечает международной практике и влечет возникновение ответственности за неисполнение обязательств участниками платежной системы исключительно у оператора платежной системы (или оператора услуг платежной инфраструктуры), на счете которого находятся средства гарантийного фонда. В связи с этим также непроработан вопрос каким образом производится возврат средств гарантийного фонда участникам (например, в случае выхода участника из платежной системы) если право собственности на данные средства уже перешли к оператору платежной системы (или оператору услуг платежной инфраструктуры). Также, в предлагаемой модели остаётся неясным распределение рисков после того как средства гарантийного фонда исчерпаны. Что в свою очередь повлечёт взаимное недоверие со стороны участников платёжной системы.

(б) Законопроект никаким образом не решает вопрос риска банкротства банка-держателя счета, что является одним из основных рисков платежной системы.

Как указывалось ранее, в других юрисдикциях средства находящиеся на эскроу в значительной степени защищён от рисков связанных с банком-держателем счета, тк данные средства не подлежат распределению в пользу кредиторов по долгам банка-держателя счета в случае его банкротства. Данный момент во многом защищает платежную систему от рисков связанных с платежным дефолтами.

Следует также отметить, что на данный момент денежное обеспечение, предоставляемое участниками МПС, размещается в крупнейших иностранных банках, представляющих собой финансовые институты с международным рейтингом не ниже «А», что позволяет существенно минимизировать риски, связанные с возможным неисполнением такими финансовыми организациями своих обязательств, в том числе, риски их банкротства.

Кроме того, Законопроект не предусматривает ни определения гарантийного фонда, ни специальных правил, регулирующих его правовой статус, за исключением того, что на денежные средства гарантийного фонда платежной системы не может быть обращено взыскание по обязательствам оператора платежной системы, центрального клирингового контрагента или расчетного центра.

4. Предложения

Учитывая вышеизложенное, на данном этапе развития национальной платежной системы и гражданского законодательства (в части способов обеспечения обязательств) использование предлагаемого Законопроектом механизма обеспечения в виде гарантийного фонда является

малоэффективным и может привести к негативным последствиям, как для участников рынка, так и для конечных потребителей услуг.

Одновременно, российское право не позволяет создать иные эффективные механизмы обеспечения в отношении денежных средств. Для того чтобы такие механизмы появились, необходимы существенные нововведения в гражданское законодательство (как видно из проекта изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации и проекта закона о номинальных счетах), а также в законодательство о банкротстве кредитных организаций.

В связи с вышеизложенным, считаем, что до тех пор, пока российское право не будет предоставлять эффективные механизмы обеспечения в отношении денежных средств, платежные системы и их участники должны иметь возможность свободно выбирать для размещения денежного обеспечения юрисдикции, которые содержат такие механизмы.

Помимо этого, в связи с тем что риски платежных дефолтов внутри платежной системы могут оказать существенное негативное воздействие на финансовый рынок в целом, необходимо предоставлять платежным системам возможность размещать денежное обеспечение в наиболее надежных мировых финансовых институтах.

Таким образом, мы предлагаем включить в часть 1 статьи 21 Законопроекта формулировку более общего характера, которая позволит предусматривать правилами платежной системы не только создание гарантийного фонда, но и использование иных способов обеспечения исполнения обязательств участников платежной системы по переводу денежных средств, включая за пределами РФ, что, в свою очередь, подчеркнет диспозитивный характер положений статьи 21 Законопроекта.