



Олег Ушаков
старший юрист АБ «Егоров, Пугинский, Афанасьев
и партнеры»



Ольга Журавлева
юрист АБ «Егоров, Пугинский, Афанасьев
и партнеры»

ФОРЕКС-ДИЛЕРЫ: ИЗ ДЕРЖАТЕЛЕЙ ПАРИ В ПРОФУЧАСТНИКИ

В СТАТЬЕ РАССМОТРЕНЫ ОСОБЕННОСТИ ТЕКУЩИХ ПРАВООТНОШЕНИЙ ФОРЕКС-ДИЛЕРОВ С КЛИЕНТАМИ В РОССИИ, ИЗЛОЖЕНЫ ОСНОВНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ ФЕДЕРАЛЬНОГО ЗАКОНА ОТ 29 ДЕКАБРЯ 2014 Г. № 460-ФЗ «О ВНЕСЕНИИ ИЗМЕНЕНИЙ В ОТДЕЛЬНЫЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЕ АКТЫ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ» И ВОЗМОЖНЫЕ ПОСЛЕДСТВИЯ ЕГО ВВЕДЕНИЯ ДЛЯ УЧАСТНИКОВ РЫНКА FOREX.

В соответствии с Федеральным законом от 29 декабря 2014 г. № 460-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее – Закон № 460) с 1 октября 2015 г. в России появится новая категория профессиональных участников рынка ценных бумаг – форекс-дилеры.

Это событие является долгожданным для финансового рынка. Еще в 2006 г. на круглом столе с участием российских

игроков FOREX была выдвинута идея о том, что госрегулирование в данной сфере – вопрос времени¹. В марте 2012 г. было объявлено о встрече замминистра финансов Алексея Саватюгина и участников данного рынка для обсуждения «философии» его регулирования². Первый же вариант законопроекта, легший в основу Закона № 460, был внесен на рассмотрение в Государственную думу Российской Федерации 1 апреля 2013 г.

ЧТО В ИМЕНИ ТЕБЕ МОЕМ: ПОНЯТИЕ FOREX

Для того чтобы понимать, какой деятельностью занимаются форекс-дилеры, необходимо обладать знаниями о том, что стоит за термином FOREX.

FOREX – это сокращение от двух английских слов *Foreign Exchange*, что означает «обмен иностранной валюты». В английском языке понятие FOREX покрыва-

¹ Веретенников Д., Смоленская Е. Рынок чистого пари // «Д». 2006. № 10(13). 2 октября; http://web.archive.org/web/20070104025732/http://www.expert.ru/printissues/d/2006/10/segment_forex/.

² <http://www.rbcdaily.ru/finance/562949983297121>.

ет валютный рынок и валютную торговлю в целом³. В России термин используется чаще всего в более узком значении: базирующаяся на повышении и понижении стоимости (и, как правило, с предоставлением займа со стороны профессионального участника) торговля валютой через финансовые организации.

Ввиду отсутствия законодательного определения при разрешении споров суды и иные публичные органы нередко включают в принимаемые акты определение и краткое описание FOREX, которое в общем и целом повторяется из документа в документ, что может свидетельствовать об относительно устоявшемся понимании термина, а именно:

- «FOREX — рынок межбанковского обмена валют по свободным ценам (котировка формируется без ограничений или фиксированных значений), где торгуются контракты на валюту — отношения одной валюты к другой»⁴;

- «Данный рынок не является валютной биржей или иной официальной торговой площадкой...»⁵;

- «Маржинальные сделки на рынке FOREX, при которых оговариваются суммы сделок, а игра на рынке ведется только на разнице курсов, являются игровой (алеаторной) деятельностью»⁶,... «где инвестор помещает денежные средства на депозит, и с этого депозита (или на его счет) перечисляются контрагенту денежные средства на соответствующую дату, то есть возникает разница в курсах»⁷.

Несмотря на то что судебной практикой FOREX не признается валютной биржей, в некоторых судебных актах содержится ссылка на Письмо Минфина РФ от 23 июня 2005 г. № 03-03-04/2/12, в котором утверждается, что «все сделки с валютой на рынке FOREX — это биржевые игры»⁸. Возможно, смешение понятий происходит из-за того, что слово *Exchange* в английском языке также обозначает торговую площадку, где происходит обмен одних активов на другие, например торговля акциями или срочными контрактами — фьючерсами и опционами⁹.

Между тем FOREX — в наибольшей степени именно внебиржевой рынок, не имеющий единой торговой площадки.

FOREX КАК ЗОНА АНОМАЛЬНОЙ СВОБОДЫ ДИЛЕРОВ

При разрешении споров между физическими лицами и организациями, занимающимися оказанием услуг дилера на внебиржевом рынке FOREX (форекс-дилерами), суды руководствуются, как правило, всеми или несколькими из четырех следующих документов:

- Гражданским кодексом Российской Федерации (далее — ГК РФ), в соответствии со ст. 1062 которого по общему правилу требования граждан и юридических лиц, связанные с организацией игр и пари или с участием в них, не подлежат судебной защите;

- упомянутым выше Письмом Минфина РФ от 23 июня 2005 г. № 03-03-04/2/12, согласно которому «все сделки с валютой на рынке FOREX — это биржевые игры», а биржевые игры как разновидность игр и пари относятся к рисковому (алеаторному) сделкам, осуществляемым участниками игр и пари на свой риск;

- Письмом ФСФР РФ от 16 июля 2009 г. № 09-ВМ-02/16341 «Об отсутствии правовых оснований на использование лицензий, выдаваемых ФСФР России, в качестве обоснования деятельности на валютном рынке». В данном документе говорится о том, что отношения, связанные с деятельностью на валютном рынке, в том числе деятельностью по привлечению денежных средств для осуществления операций на рынке FOREX, не регулируются нормативными правовыми актами ФСФР России, а лицензии, выдаваемые ФСФР России, не предоставляют права на осуществление указанных видов деятельности;

- Определением Конституционного Суда РФ от 16 декабря 2002 г. № 282-О

«О прекращении производства по делу о проверке конституционности статьи 1062 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой коммерческого акционерного банка «Банк Сосьете Женераль Восток»». Данный документ посвящен спорам, связанным с расчетными форвардами, и содержит указание на то, что если размер денежных обязательств по сделке зависит от изменения цен на иностранную валюту, ценные бумаги, иное имущество и иные виды базисного актива, то риски по такой сделке не могут рассматриваться как обычные предпринимательские риски. Данный вывод используется судами в качестве дополнительного обоснования заключения о том, что сделка, заключенная на рынке FOREX, является разновидностью игр и пари¹⁰.

Учитывая положения данных документов, при рассмотрении дел, связанных с FOREX, спор обычно рассматривается по следующей схеме:

- устанавливается предмет заключенного договора и правоотношений, складывающихся на рынке FOREX;

- формируется вывод о том, что сделка является разновидностью пари и по общему правилу не подлежит судебной защите;

- определяется применимость исключений из указанного общего правила, предусмотренных ст. 1062 ГК РФ. В частности, устанавливается, была ли сделка совершена под влиянием обмана, насилия, угрозы или злонамеренного соглашения сторон; заключались ли сделки с участием физических лиц на бирже и т. д.;

- при отсутствии обстоятельств, дающих основание для применения исключений, указанных в ст. 1062 ГК РФ, выносится отказ в правовой защите заявителя (истца).

Такой подход приводит к тому, что, по сути, сегодня ничто (кроме совести и в некоторых случаях уголовного законодательства) не мешает брокерам и дилерам на рынке FOREX манипулировать котировками, перечислять с клиентских

³ Заключение Палаты по патентным спорам от 14.05.2013 г. (Приложение к решению Роспатента от 27.05.2013 г. по заявке № 2011703037) «Об отмене решения Роспатента и государственной регистрации товарного знака».

⁴ Апелляционное определение Новосибирского областного суда от 20.11.2014 г. по делу № 33-9787/2014; Апелляционное определение Ярославского областного суда от 28.08.2014 г. по делу № 33-4996/2014; Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 21.11.2012 г. № 09АП-31862/2012 по делу № А40-44417/11-50-372 и т. д.

⁵ Определение Ивановского областного суда от 21.04.2014 г. по делу № 33-786; Апелляционное определение Московского городского суда от 04.10.2013 г. по делу № 11-25946 и т. д.

⁶ Постановление ФАС Московского округа от 06.03.2013 г. по делу № А40-44417/11-50-372; Определение Ленинградского областного суда от 30.05.2012 г. № 33а-2309/2012 и т. д.

⁷ Апелляционное определение Псковского областного суда от 05.08.2014 г. по делу № 33-1206; Апелляционное определение Челябинского областного суда от 05.06.2014 г. по делу № 11-5687/2014 и т. д.

⁸ Например, Апелляционное определение Новосибирского областного суда от 20.11.2014 г. по делу № 33-9787/2014; Апелляционное определение Верховного суда Республики Тыва от 02.09.2014 г. по делу № 33-1077/2014.

⁹ Твардовский В. Как устроен Forex и нужен ли он // Ресурс для IT-специалистов «Хабрахабр» на странице в сети Интернет по адресу: <http://habrahabr.ru/compa№y/iti№vest/blog/202526/>.

¹⁰ Например, Апелляционное определение Псковского областного суда от 05.08.2014 г. по делу № 33-1206; Апелляционное определение Челябинского областного суда от 05.06.2014 г. по делу № 11-5687/2014; Апелляционное определение Пермского краевого суда от 19.05.2014 г. по делу № 33-4082 и т. д.

счетов денежные средства в большем размере, чем было согласовано с клиентом, обещать клиенту (и даже закреплять это в договоре) выход на биржу и по факту совершать сделки только между своими клиентами и самим собой.

Наглядным примером тому является ситуация, рассмотренная Санкт-Петербургским городским судом (Определение № 33-12393 от 5 августа 2014 г.). Суть конфликта такова: в результате совершенных трейдером сделок на счету инвестора образовался отрицательный баланс, при этом по договору между инвестором и трейдером предусматривалось, что трейдер принял на себя обязательство не допускать снижения денежных средств по счету на сумму, превышающую размер рискованного капитала, установленного в размере 0 (ноль) долларов США. Суд отказал в удовлетворении требований инвестора о возмещении убытков, взыскании неустойки, штрафа и компенсации морального вреда, указав, что сделки-пари и игровые сделки не подлежат судебной защите.

НОВЕЛЛЫ КАК ФИЛЬТР ДЛЯ ОЧИСТКИ ОТ НЕДОБРОСОВЕСТНОСТИ

Наиболее значимым аспектом принятия Закона № 460 является введение положений, устраняющих полную незащищенность физических лиц, не являющихся индивидуальными предпринимателями и обращающихся к услугам форекс-дилеров.

Во-первых, уточнены положения п. 2 ст. 1062 ГК РФ: перечень исключений в отношении общего правила о предоставлении правовой защиты сделкам, связанным с организацией игр и пари или с участием в них, стал открытым — теперь правовая защита предоставляется в случаях, предусмотренных не только ГК РФ, но и иным законом.

Во-вторых, в п. 21–22 ст. 4.1 Закона № 460 указано, что требования, вытекающие из договоров, заключенных форекс-дилером и физическими лицами, не являющимися индивидуальными предпринимателями, подлежат судебной защите.

В-третьих, в п. 6 ст. 4.1 обновленной редакции Федерального закона от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг» (далее — Закон № 39-ФЗ) указывается, что любое соглашение, ограничивающее ответственность форекс-дилера, ничтожно.

В-четвертых, независимо от схем взаимодействия с форекс-дилером его клиенты могут оценить заранее свои

максимальные убытки: в случае, если учитываемых на специальном разделе номинального счета денежных средств клиента недостаточно для удовлетворения требований форекс-дилера, требования последнего, не удовлетворенные за счет указанных денежных средств, считаются погашенными.

Закон № 460 уточняет, какая деятельность признается деятельностью форекс-дилера. Согласно п. 1 ст. 4.1 обновленной редакции Закона № 39-ФЗ такие лица имеют право заключать от своего имени и за свой счет с физическими лицами на внебиржевом рынке следующие виды договоров, условием заключения которых является предоставление физическому лицу возможности принять на себя обязательства без предоставления их полного обеспечения со стороны данного лица:

- деривативы, обязанность сторон по которым зависит от изменения курса соответствующей валюты и (или) валютных пар;
- два договора и более, предметом которых является иностранная валюта или валютная пара, срок исполнения обязательств по которым совпадает, кредитор по обязательству в одном из которых является должником по аналогичному обязательству в другом договоре.

Одним из способов дополнительной защиты клиентов форекс-дилеров является ограничение круга лиц, которые могут заниматься дилерской деятельностью на рынке *FOREX*, до узконаправленных профессионалов. Форекс-дилер обязан вступить в саморегулируемую организацию форекс-дилеров и отвечать ее внутренним требованиям. Также форекс-дилер не имеет права совмещать свою деятельность с иными видами деятельности, в том числе оказывать брокерские услуги, выдавать займы своим клиентам и т. д.

Таким образом, лица, которые после 1 октября 2015 г. будут соответствовать законодательному определению форекс-дилера, должны внимательно пересмотреть все направления своей деятельности и принять решение о судьбе сопутствующих ее видов (например, консультационные и информационно-аналитические услуги, обслуживание индивидуальных предпринимателей, спонсорская и благотворительная деятельность и т. д.).

Не исключено, что потребуются создание новых юридических лиц, на которые будет переводиться деятельность, запрещенная форекс-дилеру. Однако если договоры с новыми клиентами могут оформляться с иным юридическим лицом, то следует учитывать, что для пере-

вода обязанностей по действующим договорам на другие юридические лица в соответствии со ст. 391 ГК РФ требуется согласие клиента, которое может быть не дано по причине недоверия клиента к подобной замене.

Закон № 460 также приводит нормативные требования к порядку заключения и содержанию договоров форекс-дилера. Отныне последний не может заключать с разными лицами договоры различного содержания. Договорная база устанавливается в два этапа.

Прежде всего форекс-дилер обязан заключить с физическим лицом рамочный договор, которым определены общие условия взаимодействия. Данный рамочный договор должен соответствовать законодательству и примерным условиям рамочного договора, утвержденным саморегулируемой организацией форекс-дилеров, его текст в обязательном порядке должен быть зарегистрирован в саморегулируемой организации.

Далее форекс-дилер заключает с физическим лицом отдельные договоры. Заключение договоров производится путем выставления форекс-дилером котировок и подачи физическими лицами заявок на основании и во исполнение рамочного договора. Положениями Закона № 460 также предусматривается, что форекс-дилер обязан уведомить клиента о рисках, связанных с заключением договора.

ОЖИДАЕМЫЕ ПЕРЕМНЫ

В отношении защиты физических лиц, не являющихся предпринимателями, Закон № 460 сделал значительный шаг вперед. Кроме того, вследствие перевода операций участников внебиржевого рынка *FOREX* из-за рубежа в российскую юрисдикцию, а также повышения доверия к сделкам на рынке *FOREX* со стороны физических лиц и в результате этого роста количества сделок, доход по которым подлежит налогообложению в Российской Федерации, возможно увеличение объемов налоговых доходов в бюджетную систему России.

Конечно, изменения законодательства существенным образом повлияют на работу большинства форекс-дилеров, так как многим из них придется совершенствовать и перестраивать свою деятельность, начиная от реструктуризации компаний и заканчивая составлением новой контрактной документации. По всей видимости, Закон № 460 выполнит своеобразные «санитарные» функции на рынке *FOREX*, и часть небольших *FOREX*-компаний будет вынуждена уйти с российского рынка. ■