

Депутатам Сената  
Парламента Республики Казахстан

14 мая 2022 г.

*О регулировании обеспечительной платы и операций репо нормами  
Гражданского кодекса Республики Казахстан*

Нам была предоставлена возможность ознакомиться с рассматриваемым депутатами Парламента Республики Казахстан проектом Закона «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам регулирования и развития страхового рынка и рынка ценных бумаг, банковской деятельности».

Этим законопроектом предусматривается внесение большого объема существенных изменений и дополнений в целый ряд важных действующих законодательных актов. Значимость подавляющего большинства предлагаемых поправок может быть высокой. Однако мы не оцениваем их и не предлагаем своего экспертного мнения в отношении них.

В то же время целью нашего обращения является обратить внимание на два новых института, предлагаемых к отражению в нормах Гражданского кодекса (ГК). Это - положения об обеспечительной плате и об операции репо. В частности, мы хотим отметить следующее.

1. Восприятие казахстанским правом широко распространенного в развитых правовых системах института обеспечительной платы представляется целесообразным, необходимым и перспективным.

Предлагаемое упомянутым законопроектом дополнение Главы 18 Общей части ГК новым параграфом 18 позволит широкое использование в гражданском обороте нового для нашей правовой действительности способа обеспечения обязательств.

Предлагаемые законопроектом новеллы позволят более надежно обеспечить имущественные интересы сотен тысяч граждан и дисциплинировать поведение участников соответствующих гражданско-правовых отношений.

Мы отмечаем обоснованность важнейших элементов предлагаемой конструкции, среди которых – указание на использование этого способа для обеспечения денежных обязательств, а также юридически корректное (с учетом правовой природы денег, как наличных, так и безналичных) указание о передаче суммы обеспечительной платы именно в собственность лица, чьи имущественные права таким образом обеспечиваются.

Вместе с тем, именно потому что этот новый для нас правовой институт будет затрагивать имущественные интересы столь широкого круга лиц, мы предлагаем более щепетильно и однозначно изложить в ГК

соответствующие нормы с тем, чтобы на законодательном уровне обеспечить необходимую правовую определенность и минимизировать как нарушение прав участников соответствующих правоотношений, так и заметное увеличение обращения за судебной защитой прав этих участников.

В частности, мы предлагаем более последовательно регламентировать применение этого способа для обеспечения именно (и только) денежных обязательств, а также использования конструкции передачи денежной суммы в собственность не только при предоставлении обеспечительной платы, но и при возврате ее суммы.

Принципиально важным является закрепление того, что основанием для возникновения отношений по обеспечительной плате может быть только гражданско-правовой договор (будь то отдельный договор с индивидуальными условиями или положения, включенные в договор, по которому возникло обеспечиваемое обязательство, договор присоединения, стандартный договор или иной контракт), но ничто иное.

Внесение ясности видится необходимым в редакцию положений относительно того, какие обязательства могут обеспечиваться обеспечительной платой (уже возникшие, но подлежащие исполнению в будущем), а также чтобы возможность обеспечения исполнения обязательств, которые возникнут в будущем, не создала условия для массовых споров и нарушений имущественных прав граждан.

Особое внимание предлагается уделить регулированию вопросов о последствиях исполнения и неисполнения обеспеченных обеспечительной платой денежных обязательств, обусловленности прекращения договора об обеспечительной плате возвратом ее суммы, а также о том, чтобы последовательно использовать механизм зачета встречных требований для урегулирования имущественных вопросов в рамках соответствующего правоотношения.

С учетом вышеизложенных комментариев в приложении к настоящему письму мы предлагаем некоторые корректировки редакции соответствующих положений вышеупомянутого законопроекта.

## 2. Включение в содержание ГК положений об операциях репо представляется не только нецелесообразным, но и вредоносным.

Законопроектом предлагается дополнить Главу 25 Особенной части ГК параграфом 7, в котором (видимо, по неправильно понятой аналогии с договорами поставки, контракта, розничной купли-продажи, энергоснабжению), предлагается предусмотреть особенности сделок по возмездной передаче в собственность ценных бумаг и других финансовых инструментов.

При этом предлагается введение новой ст. 500-1 ГК, в которой вводится дефиниция операции репо с попыткой определить его в

терминологии гражданского законодательства. А в предлагаемой новой ст. 500-2 устанавливаются правила о применении к операциям репо общих положений о купле-продаже, «если это не противоречит существу операций репо», и оговаривается возможность установления особенностей и ограничений по совершению таких операций в законе о рынке ценных бумаг.

Такое предлагаемое регулирование излишне, поскольку, во-первых, аналогичная по содержанию норма о возможностях особого регулирования купли-продажи ценных бумаг и валютных ценностей, как и других отдельных видов товаров, отдельными законодательными актами уже предусмотрена в пп. 2 и 3 ст. 406 ГК. За счет предлагаемых новелл лишь возникают нарушения установленных правил юридической техники.

А попытка ввести легальную дефиницию операции репо приведет к тому же нулевому результату, как и включение в ГК много лет назад не работающих и не имеющих никакого значения для делового оборота норм о финансовых инструментах.

Более того, в этом случае такая новелла может привести к существенной дестабилизации на финансовых рынках и целому ряду неблагоприятных последствий для рыночной инфраструктуры, если на основе этих норм ГК (в том числе на основе вторгающейся в сферу профессиональной деятельности и профессионального жаргона предлагаемой дефиниции операции репо) будет допущена возможность для формирования на основе применения этих норм судебной практики.

В то же время в операциях репо нет ничего особенного, чтобы их регулировать нормами ГК (и даже нормами Закона о рынке ценных бумаг).

Договор репо (repurchase agreement), как и операция обратного репо, — это, в сущности, договор о продаже и последующем выкупе ценных бумаг, валютных ценностей, иных финансовых инструментов, в рамках которого цена выкупа обычно немного выше цены продажи. В рамках операции репо осуществляется переход права собственности на предмет сделки сначала от одной ее стороны (А) к другой (Б), а потом в рамках выкупа – обратно от Б к А. Вот и вся особенность!

При этом, операция репо, как и любой производный инструмент, придумана и используется профессионалами финансового рынка в качестве инструмента управления своими собственными рисками. Сами операции репо не являются сделками, используемыми в обычном гражданском обороте; они рассматриваются как компонент индустрии риск-менеджмента. Участниками этого рынка являются лицензированные финансовые посредники и находящиеся под надзором государства финансовые организации (инвестиционные и коммерческие банки, брокеры дилеры на рынке ценных бумаг, управляющие портфелями, казначейства, квалифицированные инвесторы).

Сферой осуществления операций репо является финансовый рынок как рынок профессионалов, где их взаимоотношения, хотя и находятся под надзором государства, но осуществляются преимущественно на основе саморегулирования. В частности, операции репо могут осуществляться только в трех сегментах финансового рынка: (i) в рамках биржевой торговли в соответствии с правилами фондовой биржи, (ii) в рамках торговли на внебиржевом рынке с использованием определенных профессиональных стандартов для соответствующих контрактов, направленных на обеспечение ликвидности внебиржевого рынка, и (iii) с использованием услуг профессионального (то есть лицензированного) посредника на рынке ценных бумаг.

Еще раз подчеркнем: эти сегменты являются сферой деятельности профессионалов, находятся под надзором государства в лице полномочного регулятора. Они не являются областью гражданского оборота, вовлекающей миллионов неискушенных граждан. Соответственно, регулирование деятельности в этих сегментах нормами ГК (еще и столь несовершенными, как предлагается в законопроекте) представляется избыточным и необоснованным. Необоснованное вмешательство в эту область извне, в том числе и посредством судебных решений, вынесенных на основе норм ГК, может внести дисбаланс в сфере этих отношений и повлечь рукотворные неблагоприятные последствия для финансового рынка и его инфраструктуры.

С учетом вышеизложенного, мы настойчиво рекомендуем исключить предлагаемые положения об операциях репо из рассматриваемого законопроекта и не допускать их регулирование нормами Гражданского кодекса.

**Майдан Сулейменов,**  
директор Института частного права Каспийского университета,  
академик Национальной академии наук Республики Казахстан,  
доктор юридических наук, профессор

**Фархад Карагусов,**  
г.н.с. Института частного права Каспийского университета,  
член Международной академии сравнительного правоведения (IACL),  
доктор юридических наук, профессор

**Приложение к письму М.К. Сулейменова и Ф. Карагусова  
депутатам Сената Республики Казахстан по законопроекту об  
обеспечительной плате**

*Предлагаемые изменения редакции (предлагаемая редакция)  
законопроекта об обеспечительной плате*

б) главу 18 дополнить параграфом 8 следующего содержания:

«Параграф 8. Обеспечительная плата

Статья 338-5. Понятие обеспечительной платы

1. Денежное обязательство, в том числе обязанность возместить убытки или уплатить неустойку в случае нарушения договора, по соглашению сторон может быть обеспечено передачей одной из сторон в собственность другой стороны определенной денежной суммы (обеспечительная плата).

2. Обеспечительная плата обеспечивает исполнение возникшего денежного обязательства, подлежащего исполнению в будущем, а также она может обеспечивать исполнение обязательства, которое может возникнуть в будущем.

3. Обеспечительной платой может быть обеспечено исполнение денежного обязательства третьего лица.

4. Основанием предоставления обеспечительной платы является договор.

Статья 338-6. Исполнение обязательства обеспечительной платой

1. В случае неисполнения или ненадлежащего исполнения денежного обязательства, исполнение которого обеспечено обеспечительной платой, сумма обеспечительной платы подлежит зачету в счет исполнения соответствующего денежного обязательства.

2. В случае надлежащего исполнения денежного обязательства, исполнение которого обеспечено обеспечительной платой, сумма обеспечительной платы подлежит возврату в собственность стороны, предоставившей обеспечительную плату в обеспечение исполнения этого денежного обязательства.

3. В случае прекращения обеспеченного обязательства обеспечительная плата подлежит возврату в собственность стороны, предоставившей обеспечительную плату в обеспечение исполнения этого денежного обязательства.

4. Договором может быть предусмотрена возможность зачета суммы обеспечительной платы в счет окончательного исполнения денежного

обязательства, исполнение которого обеспечено такой обеспечительной платой.

5. Возвратом суммы обеспечительной платы в собственность лица, ее предоставившего, равно как зачетом суммы обеспечительной платы в счет исполнения обеспечиваемого ею денежного обязательства, прекращается договор, на основании которого обеспечительная плата предоставлена.

6. Договором может быть предусмотрена обязанность соответствующей стороны дополнительно внести либо полностью или частично вернуть обеспечительную плату при наступлении определенных обстоятельств.

7. На сумму обеспечительной платы вознаграждение (интерес) не начисляется, если иное не предусмотрено законами Республики Казахстан или договором».

---