

ПРИНЦИПИ УНІДРУА ЩОДО ЗАСТОСУВАННЯ ПОЛОЖЕНЬ ПРО ЛІКВІДАЦІЙНИЙ НЕТТІНГ

UNIDROIT PRINCIPLES ON THE OPERATION OF CLOSE-OUT NETTING PROVISIONS

Лютий В.Р.,

*аспірант кафедри міжнародного приватного права
Інституту міжнародних відносин
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка*

У цій статті аналізуються рекомендації щодо законодавчого регулювання неттінгу, які були розроблені в рамках УНІДРУА. Основна увага цього дослідження зосереджується на Принципах застосування положень про ліквідаційний неттінг. Крім цього, визначаються ключові чинники та підходи, які необхідно враховувати державам під час імплементації інституту неттінгу у національне законодавство.

Ключові слова: неттінг, ліквідаційний неттінг, договір неттінгу, належні сторони, допустимі зобов'язання, формальні вимоги, УНІДРУА.

В настоящей статье анализируются рекомендации касательно законодательного регулирования неттинга, которые были разработаны в рамках УНИДРУА. Основное внимание данного исследования сосредоточено на Принципах применения положений о ликвидационном неттинге. Кроме этого, определяются ключевые факторы и подходы, которые необходимо учитывать государствам при имплементации института неттинга в национальное законодательство.

Ключевые слова: неттинг, ликвидационный неттинг, договор неттинга, надлежащие стороны, допустимые обязательства, формальные требования, УНИДРУА.

This article provides the analysis of recommendations developed within UNIDROIT on legislative regulation of netting. The study focuses on the Principles on the operation of close-out netting provisions. In addition, the research identifies key factors and approaches, which states should take into account in the implementation of netting provisions into their national legislation.

Key words: netting, close-out netting, netting agreement, eligible parties, eligible obligations, formal requirements, UNIDROIT.

Постановка проблеми. Після завершення світової фінансової кризи 2007–2008 років питання забезпечення юридичної обов'язковості неттінгу набуло особливо актуального значення. Різноманітність підходів до правового регулювання такого інструменту досить суттєво відрізнялася залежно від юрисдикцій, що, своєю чергою, породжувало значні правозастосовні колізії. Така ситуація активізувала обговорення в рамках міжнародних експертних груп стосовно необхідності розроблення правового акта, який акумулював би у собі кращі підходи та практики ефективного законодавчого врегулювання проблем, що виникають у зв'язку із застосуванням неттінгу у приватноправових транзакціях.

Основну ініціативу в цьому напрямі взяв на себе Міжнародний інститут із уніфікації приватного права (УНІДРУА). Зокрема, 1 грудня 2010 р. у Римі Генеральна Асамблея УНІДРУА на своїй 67-й сесії схвалила розроблення міжнародного правового інструменту щодо застосування неттінгу та надала цьому питанню найвищий рівень пріоритету [1, с. 5–8].

Це дослідження зосереджується на аналізі рекомендацій, які були прийняті в рамках УНІДРУА. Його актуальність пов'язана також із необхідністю врахування міжнародного досвіду під час розроблення вітчизняного законопроєкту «Про ринки капіталу та регульовані ринки», яким на законодавчому рівні закріплюється правове регулювання ліквідаційного неттінгу [2].

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Особливості правового регулювання неттінгу не знаходили належного інтересу у дослідженнях вітчизняних науковців. Тим не менше протягом останнього десятиліття іноземні наукові кола досить активно обговорюють проблеми, пов'язані із забезпеченням юридичної обов'язковості цього правового інструменту. У цьому контексті виділяються роботи: О. Богера, Дж. Бенджамін, Ф. Вуда, Р. Дерхама та Ф. Паеха.

Формулювання цілей статті. Мета цього дослідження полягає в аналізі міжнародних практик та рекомендацій щодо законодавчого регулювання неттінгу, які були систематизовані під егідою УНІДРУА.

Виклад основного матеріалу. Підготовка міжнародно-правового інструменту з питань правового регулювання неттінгу в рамках УНІДРУА розпочалась зі створення робочої групи із відомих експертів у сфері міжнародних фінансових ринків. Протягом 2011–2012 років ця група розробила проєкт Принципів щодо забезпечення юридичної обов'язковості положень про ліквідаційний неттінг [3].

У травні 2012 р. Рада керуючих УНІДРУА схвалила пропозицію Секретаріату скликати Комітет урядових експертів для подальшого розгляду та завершення розроблення проєкту Принципів. У результаті роботи цього Комітету у березні 2013 р.

було затверджено оновлений проект документа під назвою «Принципи застосування положень про ліквідаційний неттінг» (далі – Принципи УНІДРУА) [4]. Остаточне прийняття цього документа відбулося у травні 2013 р. на 92-й сесії Ради керуючих УНІДРУА [5].

Принципи УНІДРУА являють собою звід правил та рекомендацій для законодавчих та регуляторних органів усіх юрисдикцій щодо ефективного закріплення правового регулювання договорів неттінгу у національних нормативно-правових актах. У цьому дослідженні ми розглянемо кожен із Принципів для забезпечення комплексного та системного аналізу цього документа.

Принцип 1. Визначення загальної сфери дії. Цей Принцип передбачає, що його дія поширюється на застосування договорів неттінгу, які укладаються між належними сторонами (*eligible parties*) щодо допустимих контрактів (*eligible obligations*) (категорії «належні сторони» та «допустимі контракти» більш детально будуть розглянуті у наступних Принципах) [6].

У коментарях до цього Принципу визначаються ті фактори, на які рекомендується звертати увагу державі, що має намір імплементувати положення цього акта у своє національне законодавство. Зокрема, серед них виділяються такі:

- важливість захисту неттінгу від системного ризику та рівень потреб у його застосуванні на відповідних фінансових ринках;
- необхідність забезпечення передбачуваності та визначеності у комерційних транзакціях;
- взаємозв'язок та співвідношення між неттінгом та системою пріоритетів, які встановлюються законодавством про неплатоспроможність у відповідній державі;
- обсяг дискреції, який надається відповідною державою у разі імплементції цих Принципів (наприклад, використання державою усіх чи лише окремо взятих положень, регулювання застосування неттінгу лише в контексті неплатоспроможності чи також поза нею і т. ін.).

У цілому варто зазначити, що Принципи УНІДРУА встановлюють мінімальні вимоги щодо захисту договорів неттінгу, залишаючи при цьому на розсуд кожної із держав можливість розширення сфери дії відповідних внутрішніх нормативно-правових положень.

Принцип 2. Закріплення дефініції «положення про ліквідаційний неттінг», яку рекомендується використовувати у національних правових актах. Згідно з цим Принципом «положення про ліквідаційний неттінг» означає договірне положення, на основі якого після настання відповідної події (визначеної у цьому положенні) зустрічні зобов'язання обох сторін, що покриваються цим договірним положенням (незалежно від того, чи настав строк їх виконання), автоматично або на вимогу однієї зі сторін зменшуються або замінюються (шляхом новації, припинення або іншим чином) єдиним чистим (*net*) зобов'язанням (визначеним на основі сукупної вар-

тості всіх зустрічних зобов'язань), яке підлягає виконанню стороною із більшою сумою зобов'язань [6].

У разі імплементції цього Принципу у національне законодавство необхідно брати до уваги те, що дефініція ліквідаційного неттінгу має бути сформульована досить широко, щоб охопити різного роду договірні положення, які функціонально забезпечують досягнення однакового результату. Крім цього, вона має бути нейтральною щодо різних правових методів, доступних для досягнення такого результату, оскільки він може досягатися по-різному залежно від тих підходів, які мають місце в нормативному регулюванні окремо взятої юрисдикції та її стандартної ринкової практики.

Принцип 3. Визначення сфери дії Принципів УНІДРУА за колом осіб, яким має надаватися можливість використання неттінгу. У цьому контексті відповідні особи охоплюються терміном «належні сторони» (*eligible parties*) і означають будь-яку особу, зокрема юридичну, партнерство, неінкорпоровану асоціацію чи будь-яке інше об'єднання осіб, за винятком фізичних осіб, які діють у власних, сімейних чи побутових інтересах [6].

Цей Принцип також містить окремі дефініції для двох підгруп, що потрапляють у категорію належних сторін. Такий підхід був використаний у зв'язку з тим, що окремі категорії осіб можуть нести підвищені ризики в рамках своєї діяльності. Саме тому вимагається, щоб хоча б одна зі сторін договору неттінгу належала до однієї із нижче вказаних підгруп.

Так, до першої підгрупи були включені «кваліфіковані учасники фінансового ринку», тобто ті сторони, для яких відсутність юридичного забезпечення неттінгу може спричинити посилення кредитного та системного ризику. Зокрема, до них були віднесені: 1) банки, інвестиційні компанії, маркет-мейкери та інші професійні учасники фінансового ринку, кожен з яких є регульованою установою або підлягає пруденційному нагляду; 2) страхові компанії; 3) інвестиційні фонди та інститути спільного інвестування; 4) центральні контрагенти, платіжні, клірингові або розрахункові системи та їхні оператори; а також 5) компанії та інші установи, які відповідно до визначених державою критеріїв є істотними учасниками ринку [6].

До другої підгрупи потрапили «органи державної влади» (урядові та інші державні установи, центральні банки, міжнародні фінансові установи), для яких відсутність юридичної обов'язковості неттінгу може посилити зростання економічних проблем, що впливають на суспільний інтерес загалом.

У цілому мінімальний рівень гармонізації сфери дії за колом осіб, який передбачається Принципами УНІДРУА, відображає різні типи ризиків, що можуть виникати у разі застосування ліквідаційного неттінгу, а наявність різних категорій сторін підтверджує цю багатофакторність ризиків. Не зважаючи на те, що дефініція «належні сторони» певною мірою обмежує сферу дії цих Принципів (оскільки у разі їх імплементції у національне законодавство, вирі-

шальне значення матиме питання: чи беруть участь у правовідносинах нетінгу належні сторони), сам по собі термін «належні сторони» є загальним критерієм для визначення сфери застосування і саме тому він визначається у широкому та комплексному сенсі. При цьому держави можуть вільно розширювати таку сферу дії, виходячи за межі мінімальної гармонізації, встановленої Принципами УНІДРУА.

Принцип 4. Визначення сфери дії Принципів УНІДРУА за предметною сферою. Згідно з цим Принципом визначається «допустиме зобов'язання», яке може включати в себе будь-яку із нижче вказаних трьох категорій: 1) зобов'язання, що виникають по таких правочинах: а) похідні фінансові інструменти (опціони, форвардні та ф'ючерсні контракти, свопи та будь-які інші контракти щодо базового або опосередкованого активу, який є або у майбутньому стане предметом рекурентного контракту на ринках похідних інструментів); б) угоди репо, угоди щодо кредитування цінними паперами та будь-які інші транзакції щодо фінансування цінними паперами; в) застава та інше забезпечення, пов'язане із виконанням допустимого зобов'язання; г) контракти на купівлю або продаж цінних паперів, валюти, дорогоцінних металів та інструментів грошового ринку; 2) зобов'язання належної сторони (яка може виступати як поручителем, так і основним боржником) щодо виконання будь-якого допустимого зобов'язання, вказаного у першій категорії; 3) єдине чисте зобов'язання згідно з договором нетінгу, визначене на основі зустрічних зобов'язань, вказаних у першій та другій категоріях вище [6].

При цьому передбачається, що у разі імплементації цього принципу держава може розширити сферу правового регулювання допустимих зобов'язань, передбачаючи, що допустимі зобов'язання не обмежуються лише вище вказаними категоріями; або для набуття статусу допустимого зобов'язання не обов'язково, щоб однією із його сторін виступав кваліфікований учасник фінансового ринку чи орган державної влади.

З точки зору суто юридичних механізмів, які регулюють договірні зобов'язання сторін, застосування нетінгу не викликає очевидних проблем. Однак ситуація кардинально змінюється, коли виконання договору нетінгу відбувається за неплатоспроможності однієї зі сторін, оскільки у гру вступає спеціальний режим правового захисту кредиторів неплатоспроможної сторони, який обмежує можливість проведення транзакцій із цією стороною.

Саме тому, базуючись на підході мінімальної гармонізації, запропонованому у Принципах УНІДРУА, сфера дії договорів нетінгу була обмежена конкретними типами зобов'язань, щоб зберегти розумний баланс між імперативними нормами банкрутства та можливістю забезпечити належне управління ризиками платоспроможних сторін.

Принцип 5. Мінімізація формальних вимог та вимог щодо звітування під час укладання договору нетінгу. Цей Принцип передбачає, що укладання та застосування договору нетінгу не має

залежати від будь-яких формальних вимог щодо використання стандартизованих (типових) контрактів конкретних асоціацій (організацій) та виконання будь-яких формальних актів та дій (наприклад, нотаріальне засвідчення, реєстрація у відповідних державних реєстрах), окрім єдиної вимоги про те, що договір нетінгу має бути укладений у письмовій формі або будь-якій іншій формі, що є юридично еквівалентною такій письмовій формі. Цей Принцип також недвозначно закріплює необхідність уникати встановлення будь-яких регуляторних вимог щодо подання звітів у торгіві чи інші репозиторії для забезпечення реалізації договору нетінгу та зобов'язань, які ним покриваються [6].

Основні ідеї, закладені у цьому Принципі, випливають із того, що встановлення будь-яких формальних вимог, які можуть вплинути на можливість реалізації договору нетінгу, призводить до створення правової невизначеності як у національному, так і в транскордонному контексті і, як наслідок, може знівелювати увесь позитивний ефект, що виникає внаслідок застосування цього правового інструменту.

Обмеження використання нетінгу лише у стандартизованих (типових) контрактах та генеральних угодах значною мірою звукує можливість для маневрів сторін щодо погодження індивідуалізованих підходів для врегулювання власних нетипових відносин, які не завжди можуть покриватися та враховуватися такими стандартизованими документами.

Не зважаючи на те, що у деяких юрисдикціях подання звітів з приводу певних категорій зобов'язань у відповідні репозиторії є частиною регуляторного режиму з метою забезпечення пруденційного нагляду, невиконання таких вимог не має створювати невизначеність щодо юридичної обов'язковості нетінгу та можливості його належної реалізації. Якщо все ж такі вимоги існують, то в Принципах УНІДРУА державам рекомендується встановлювати адміністративні, регуляторні або будь-які інші штрафні санкції за порушення вимог, не ставлячи під сумнів дійсність договору нетінгу та тих зобов'язань, які він припиняє.

Принцип 6. Загальні аспекти застосування ліквідаційного нетінгу. У цьому Принципі закріплюється загальний підхід до забезпечення юридичної обов'язковості договорів нетінгу. Основна його вимога полягає в тому, щоб національне законодавство створило необхідний режим для реалізації договору нетінгу згідно з тими умовами, які були погоджені в ньому [6]. У такому аспекті в рамках цього Принципу виділяються два ключові моменти. Перший – необхідно, щоб законодавчі положення не встановлювали жодних додаткових вимог для юридичної обов'язковості договору нетінгу, окрім тих, які прямо зазначені у самому договорі. Другий – у разі, коли одне або декілька зобов'язань, на які спрямована дія договору нетінгу, визнаються недійсними, недопустимими або такими, що не підлягають виконанню, законодавство має гарантувати можливість реалізувати нетінг щодо тих зобов'язань, які залишилися дійсними, допустимими та такими, що підлягають виконанню.

Важливо також зазначити, що розробники Принципів УНІДРУА врахували ті випадки, у яких застосування договорів неттінгу може бути не допустимим у рамках національного законодавства. До таких випадків було віднесено, по-перше, укладання договору неттінгу з метою шахрайства або будь-яких інших недобросовісних намірів, та, по-друге, суперечність такого договору загальним нормам зобов'язального права, які визначають вимоги щодо дійсності та можливості виконання контрактів.

Принцип 7. Застосування ліквідаційного неттінгу в рамках процедури неплатоспроможності. У зв'язку із тим, що основні проблеми застосування ліквідаційного неттінгу виникають саме в контексті неплатоспроможності однієї зі сторін, в цьому Принципі передбачається низка вимог, які мають бути чітко відображені у відповідному нормативно-правовому регулюванні. Зокрема, передбачається, що матеріальні норми застосовуваного законодавства мають забезпечити, щоб після початку процедури банкрутства або в рамках режиму санації: 1) виконання договору неттінгу не підлягало мораторію на задоволення вимог кредиторів; 2) арбітражний управляючий, суд або інший розпорядчий орган не мав права вимагати від платоспроможного контрагента виконання будь-яких зобов'язань, що покриваються договором неттінгу, при цьому одночасно відмовляючись від виконання зустрічних зобов'язань неплатоспроможного боржника; 3) виконання умов договору неттінгу не обмежувалось лише на тій підставі, що воно суперечить принципу рівного ставлення до кредиторів боржника; 4) застосування неттінгу не обмежувалось лише у зв'язку із тим, що укладення відповідного договору або включення до нього відповідних допустимих зобов'язань, мало місце під час так званого «підозрілого періоду» або в день ініціювання процедури банкрутства [6].

Як і у випадку з Принципом 6, у цьому Принципі було також передбачено ті виняткові ситуації, в яких держава може обмежувати використання неттінгу. До них були віднесені випадки: 1) коли сторони свідомо уклали відповідний договір неттінгу, знаючи про неплатоспроможність однією зі сторін, або 2) коли таке укладення відбулось з метою вплинути на черговість задоволення вимог кредиторів, що встановлюється в рамках процедури банкрутства, або 3) коли договір неттінгу використовувався лише для цілей шахрайства з метою обману кредиторів та будь-яких інших заінтересованих третіх сторін.

У цілому Принципи 6 та 7 необхідно розглядати у тісному взаємозв'язку, оскільки кожен із них спрямований на створення належного захисного механізму для реалізації договорів неттінгу від дії внутрішніх нормативно-правових актів, які можуть знівелювати всі позитивні ефекти та переваги від використання цього правового інструменту.

Основна ідея кожного із цих Принципів зводиться до того, щоб забезпечити можливість виконання договорів неттінгу згідно з тими умовами, які були погоджені сторонами як до, так і після початку процедури банкрутства (включаючи режим санації). За загальним правилом законотворчі органи держави мають не лише уникати створення перешкод для застосування неттінгу через накладення будь-яких обмежень, але й також ліквідувати ті неточності та невизначеності, які можуть негативно вплинути на його реалізацію. Проте цей обов'язок не поширюється на ті випадки, коли договір неттінгу використовується сторонами в недобросовісних цілях.

Принцип 8. Окремі аспекти застосовування ліквідаційного неттінгу в процедурі санації фінансових установ. Цей Принцип було включено в документ з метою врахування тих засад та стандартів, які були закладені Ключовими атрибутами ефективних режимів врегулювання неспроможності фінансових установ, розробленими Радою фінансової стабільності [7]. Він полягає в тому, що у цілому Принципи УНІДРУА не ставлять собі за мету обмежувати чи забороняти ті правові засоби та механізми (насамперед, йдеться про тимчасовий короткостроковий мораторій на задоволення вимог кредиторів), які використовуються регулятором або іншим уповноваженим органом для швидкої та ефективної санації проблемної фінансової установи. Саме тому у виключних випадках, коли цього вимагають обставини, зокрема суспільний інтерес, компетентні органи можуть відстрочувати на короткий період можливість застосування ліквідаційного неттінгу. Проте такі винятки мають бути прямо визначені у законодавчому регулюванні з метою проведення чіткого розмежування між дозволеними і небажаними засобами впливу на договори неттінгу.

Висновки. Принципи УНІДРУА створили новий еталон для законотворців та регуляторів усіх юрисдикцій, який спрямований на усунення юридичних невідповідностей та неточностей у правовому регулюванні неттінгу з метою систематизації законодавчих підходів до застосування договорів неттінгу.

Одним із основних критеріїв, що був закладений у Принципах УНІДРУА, є підхід мінімальної гармонізації, тобто закріплення тих мінімальних стандартів, які необхідно враховувати державам у разі імплементації відповідних положень у національне законодавство з метою забезпечення належного рівня захисту та юридичної обов'язковості договорів неттінгу.

У рамках процесу розроблення вітчизняного законопроєкту «Про ринки капіталу та регульовані ринки» законодавцям необхідно оцінити рівень ризиків, що виникають у ситуаціях, пов'язаних із застосуванням неттінгу, та врахувати на основі Принципів УНІДРУА відповідні кроки та шляхи вирішення проблем, які можуть негативно впливати на належну реалізацію неттінгу.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Report of the UNIDROIT General Assembly, 67th Session, Rome, 1 December 2010. URL: <https://www.unidroit.org/english/documents/2010/ag67-09rev-e.pdf>.
2. Проект Закону про ринки капіталу та регульовані ринки № 7055 від 01.09.2017. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62443.

3. Draft Principles of the UNIDROIT Study Group on principles and rules on the netting of financial instruments, Third Meeting, Rome, 7–9 February 2012. URL: <https://www.unidroit.org/english/documents/2012/study78c/s-78c-13-e.pdf>
4. Report of the UNIDROIT Committee of governmental experts on the enforceability of close-out netting provisions, Second Session, 4–8 March 2013. URL: <https://www.unidroit.org/english/documents/2013/study78c/cge-02/cge-2-report-e.pdf>.
5. UNIDROIT Governing Council, 92nd Session, Rome, 8–10 May 2013. URL: <https://www.unidroit.org/english/governments/councildocuments/2013session/cd92-misc02-e.pdf>.
6. UNIDROIT Principles on the Operation of Close-Out Netting Provisions of 2013. URL: <https://www.unidroit.org/official-languages-netting/english>.
7. Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions of 2011. URL: <http://www.fsb.org/what-we-do/policy-development/effective-resolution-regimes-and-policies/key-attributes-of-effective-resolution-regimes-for-financial-institutions/#4set-off>.