

# Неттинг: понятие и основные черты

Сергей ОВСЕЙКО



Кандидат юридических наук

В практике межбанковских соглашений, прежде всего с иностранными банками, встречаются соглашения о взаимном зачете обязательств — неттинге. На примере законодательства отдельных государств, в том числе Республики Беларусь, проанализируем экономические и юридические характеристики неттинга с учетом различий и вызванные ими правовые риски.

Как правило, неттинг используется в сфере банковских и биржевых расчетных операций. Представляя заимствование из англо-американского права и практики, по мнению английского специалиста Ф. Вуда, “неттинг — часто просто другой термин для обозначения зачета”<sup>1</sup> (неттинг в широком смысле).

Для сравнения рассмотрим и другие определения. “Понятие “неттинг” употребляется иногда в смысле зачета встречных требований, означающего прекращение обязательств, иногда в смысле простого сальдирования расчетных позиций”<sup>2</sup>. “Термин “неттинг” означает получение остатка (англ. *to net* — “получать чистый остаток”) — способ обеспечения кредитных рисков (рисков неисполнения обязательств покупателем, связанных с производными финансовыми инструментами, используемыми банками). При этом принимаются меры, основанные на существующих законодательных постановлениях и договорных обязательствах, с целью сопоставления для зачета друг против друга максимально возможного количества требований. Таким образом, соглашения о неттинге косвенно снижают необходимый уровень собственных средств с условием, что они признаются законом и могут быть исполнены в случае банкротства. Однако неттинг играет важную роль не только при расчете уровня собственных средств, но и при определении связанных рисков в отношении форвардных контрактов и приобретенных опционов. Проще говоря, неттинг подразумевает сопоставление встречных позиций (зачет новацией; *netting by novation*) или при наступлении оговоренного события, например, банкротства, либо в случае заключения мирового соглашения (зачет закрытием; *close-off netting*); “неттинг относится к правовой оценке встречных требований и обязательств, возникающих в результа-

те максимального количества сделок между двумя и более лицами в целях сокращения операционных затрат, а также поддержания надлежащего уровня ликвидности (риск ликвидности) и уровня собственных средств, необходимого для обеспечения рисков”<sup>3</sup>. “Юридически термин “неттинг” — механизм многостороннего зачета (ст. 1291 Французского гражданского кодекса — ФГК), предоставляющий компаниям, участвующим в этой процедуре, возможность экономии на банковских издержках в сфере комиссионных за трансферт и издержек по телексной связи. Снижая объем наличности, бесполезно иммобилизуемой на период *float*, он позволяет в то же время сэкономить на финансовых издержках и оптимизировать распределение ресурсов”<sup>4</sup>.

Но чаще всего неттинг употребляется в узком значении — как зачет в случае неплатежеспособности одной из сторон, тогда меняется цель проведения зачета. Если в обычной ситуации зачет служит для упрощения расчетов и сокращения трансакционных издержек, то при неттинге он приобретает ярко выраженную обеспечительную функцию<sup>5</sup> (позволяет уменьшить кредитные, расчетные, системные и другие виды рисков, избежать “эффекта домино”, когда одна из сторон неплатежеспособна). Например, платежеспособная сторона А имеет одновременно задолженность и право требования по отношению к неплатежеспособной стороне Б. В этом случае зачет встречных требований позволит ей избежать потенциальных убытков (ког-

<sup>1</sup> Wood, P.R. *Principles of netting: a comparative law study*. Amsterdam, 1994. P. 4.

<sup>2</sup> Райнер, Г. *Деривативы и право*. М., 2005. С. 221.

<sup>3</sup> Нобель, П. *Швейцарское финансовое право и международные стандарты*. М., 2008. С. 611.

<sup>4</sup> *Float* — период времени между выдачей платежной инструкции и списанием денег со счета, необходимый для ее обработки и межбанковского урегулирования (*settlement*). См.: Гавальда, К., Стуфле, Ж. *Банковское право*. М., 1996. С. 533.

<sup>5</sup> По этой причине некоторые английские специалисты считают, что если банк комбинирует определенные (активные с пассивными) счета клиентов, он осуществляет право удержания (*lien*). Но все же в настоящее время право банка комбинировать счета клиента квалифицируется как зачет, и точка зрения на него как на удержание отвергается. См.: Ellinger, E.P., Lomnicka, E., Hooley, R.J.L. *Modern Banking Law*. Oxford, 2006. P. 231—233.

да встречные требования равны по сумме либо обязательство больше требования) или свести их к минимуму — сумме, в которой требование больше обязательства. Если же зачет не применять, сторона *A* будет обязана исполнить свое обязательство, не получив встречного исполнения от стороны *B*. В лучшем случае возникшая дебиторская задолженность погасится (мажоритарно, что в полной сумме и всегда с задержкой) в рамках одной из процедур (ликвидации, санации и др.), предусмотренных законодательством о банкротстве.

Таким образом, использование механизма неттинга позволяет:

- уменьшить риски и, следовательно, стоимость кредита;
- защитить интересы кредитора;
- положительно отразить при расчетах некоторые нормы, в частности, достаточности капитала.

Существуют, правда, и негативные последствия, основным из которых является известное ущемление интересов других кредиторов неплатежеспособной стороны (их требования остаются “замороженными”, тогда как кредитор, применяющий неттинг, получает преимущество в удовлетворении своего требования, а кроме того, при наличии привилегированных кредиторов нарушается очередность). Отсюда и неоднозначное отношение к неттингу в законодательствах разных стран.

Следует отметить еще одну важную особенность неттинга: зачет при неплатежеспособности осуществляет кредитор, тогда как в остальных случаях — должник<sup>6</sup>.

Классификация разновидностей неттинга позволяет лучше понять и особенности его применения. Основной является классификация, исходящая из сроков исполнения встречных обязательств между сторонами.

**Расчетный неттинг** (*settlement netting*) применяется в договорах, где к моменту наступления расчетной даты имеются взаимные платежи либо поставки (биржевых товаров, валюты и т. п.), с целью уменьшения расчетных рисков. Иными словами, оба встречных требования подлежат

закрытию (исполнению) одной датой валютирования. Используется в отношении одного класса активов (деньги, иностранная валюта, золото, металлы, кофе, нефтепродукты и т. п.), хотя известна его разновидность — *cross-product netting*, который применяется в отношении различных видов активов.

**Неттинг с закрытием** (*close-out netting*) — отмена нескольких открытых договоров между сторонами (например, при купле-продаже биржевых товаров, валюты или инвестиций) в случае неплатежеспособности контрагента (поэтому еще его называют *default netting*) и зачет получившихся в результате прибыли и убытков. Неттинг с закрытием имеет цель снизить риски неплатежа по открытым контрактам и требует двух последовательных шагов: расторжения неисполненного договора и зачета прибыли и убытков с выводом единого сальдо, причем без расторжения зачет невозможен. Точнее, требуется три последовательных действия: расторжение, калькуляция и зачет. Таким образом, в отличие от расчетного неттинга при *close-out netting* у встречных договоров сроки исполнения не совпадают, что создает дополнительные правовые риски.

В зависимости от вида активов, подлежащих зачету, различают:

- **неттинг контрактных обязательств**, осуществляемый в отношении контрактов на поставку валюты, соглашений об обратной покупке, операций с ценными бумагами и их производными (свопы, опционы, фьючерсы, форвардные контракты), биржевых товаров. Характерный признак таких обязательств — неоднородность встречных требований и отсюда — неопределенность по сумме;
- **неттинг платежей** касается зачета платежей в одной валюте. Законодательства некоторых стран допускают взаимозачет платежей в различных валютах с предварительным пересчетом в национальную валюту (например, § 95(2) немецкого Положения о несостоятельности от 05.10.1994). В

других требуется применение более громоздких договорных процедур (соглашения о новации долга). В целом неттинг платежей использует технику контокоррентного счета с механизмами зачета и/или новации.

Еще одна классификация разновидностей неттинга основана на количестве сторон, участвующих в зачете.

**Двусторонний неттинг.** Самая простая схема с двумя участниками, предъявляющими к зачету встречные требования друг к другу. Практически во всех законодательствах содержится требование о взаимности зачитываемых требований. Поэтому, например, участник *A* не может предъявить к зачету участнику *B* требование, принадлежащее ее дочерней компании *D*. Также в большинстве случаев брокеры, действующие на финансовых рынках, не могут предъявлять к зачету по собственным обязательствам требования, принадлежащие клиентам, в интересах которых они действуют. С другой стороны, как правило, считается допустимой следующая ситуация: участники *A* и *B* имеют взаимные требования, причем требование участника *A* обеспечено банковской гарантией банка *G*. В законодательствах стран, признающих неттинг при неплатежеспособности одной из сторон, требование участника *B* к участнику *A* может быть зачтено против требования участника *A* к банку *G* (согласно ст. 18 Конвенции ООН “О независимых гарантиях и резервных аккредитивах” 1995 г., в которой участвует и Беларусь, гарант имеет право зачесть требование, предъявленное бенефициаром, если только это требование не было уступлено ему принципалом).

Законодательства различных стран по-разному относятся к возможности зачета при уступке требования (цессии) и при других формах правопреемства (например, при обращении взыскания на требование). Законодательства первой группы государств, включающей как страны англосаксонской, так и романо-германской правовой системы (включая Бела-

<sup>6</sup> Wood, P.R. *Law and Practice of Int'l Finance*. London, 2008. P. 19.

рუსь; ст. 382 Гражданского кодекса Республики Беларусь — ГК РБ), исходят из того, что в результате цессии положение сторон не меняется и сторона А (инициатор зачета) может зачесть против стороны Н (нового кредитора в результате цессии) свое требование к стороне П (прежний кредитор, уступивший стороне Н свое встречное требование к стороне А). Законодательство второй группы государств — Франция и страны, избравшие ее Гражданский кодекс в качестве модели для собственного законодательства, в том числе большинство государств Латинской Америки, ограничивают возможность зачета с момента получения уведомления о перемене лиц в обязательстве (ст. 1295 ФКГ).

**Многосторонний неттинг.** Применяется в платежных системах, системах расчетов по биржевым операциям, а также в сфере авиаперевозок и при расчетах за электроэнергию, предусматривая участие более двух сторон. Обычно предполагается участие так называемой центральной стороны (национальный банк в платежных системах, оператор в различных биржевых системах торгов, клиринговые палаты и т. п.), в противном случае, несмотря на наличие более двух сторон, — это всего лишь многократный двусторонний неттинг между участниками (хотя не всегда требования могут быть взаимными).

Юридическая квалификация многостороннего неттинга варьируется в зависимости от того, является ли он неттингом контрактных обязательств либо неттингом платежей. В первом случае, как отмечает швейцарский специалист М. Джованоли, такой неттинг всегда двусторонний по своей сути. Причем одна сторона, как правило, — центральный участник, выступающий в качестве принципала, имеющих двусторонние позиции с другими участниками (агентами). Другое дело, что схемы распределения рисков и убытков в таких платежных (клиринговых, биржевых и т. п.) системах на случай банкротства одного из участников разрабатываются на много-

сторонней основе. В подобных соглашениях, кроме всего прочего, определяются договорные механизмы (зачет, новация, досрочное требование платежа (*acceleration*), закрытие позиции (*close-out*), служащие для того, чтобы при неплатежеспособности одной из сторон различные двусторонние сделки сливались бы в единое сальдо.

В случае неттинга платежей на многосторонней основе правовая квалификация как многостороннего зачета отвергается специалистами. Впрочем, как и предположение о таком неттинге как уступке требований с целью последующего двустороннего зачета. Более предпочтительным считается объяснение данного механизма через перевод долга всеми участниками, совершенный под условием, которым является окончательный расчет чистых дебетовых и кредитовых позиций<sup>7</sup>.

В некоторых государствах действует специальное законодательство о многостороннем неттинге: Канада, Австралия, Новая Зеландия, США (штат Нью-Йорк). Европейский союз (ЕС) в 1998 г. принял Директиву об окончательности расчетов, касающуюся многостороннего неттинга.

На практике важной является еще одна классификация, построенная в зависимости от основания применения неттинга.

**Неттинг в силу закона.** Около 40 стран имеют специальное законодательство о неттинге: Австралия, Бразилия, Канада, Каймановы острова, Япония, Новая Зеландия, Норвегия, ЮАР, Швейцария, США и др. Существует также Директива Европейского союза 2002/47/ЕС “О финансовых обеспечениях”, признающая неттинг с закрытием вопреки другим законодательным запретам. Подходы, избранные законодательствами различных государств о неттинге, можно разделить на две группы. *Первая* — страны, установившие одинаковые нормы для всех участников: от крупного банка до мелкого трейдера: Германия, Голландия, Япония, Швейцария, Швеция. *Вторая* — государства, где

неттинг рассматривается как некая привилегия в отношении отдельных институтов и некоторых типов контрактов: Бельгия, Канада, Франция, США<sup>8</sup>. Так, в США Закон “О реформе финансовых институтов, оздоровлении и принудительном взыскании” (1989 г.) относится к банкам и сберегательным институтам, имеющим федеральные лицензии и подлежащие страхованию вклады в федеральной корпорации. Он распространяется на неттинг в отношении контрактов с товарами, ценные бумаги, форварды и свопы. Кодекс о банкротстве (1978 г.) относится к более широкому кругу лиц, но ограничивается главным образом свопами<sup>9</sup>.

В других государствах, где нет специальных законов о неттинге, его проведение санкционировано законодательством о банкротстве, о компаниях, гражданскими и торговыми кодексами.

**Неттинг в силу договора.** В странах, в которых проведение зачета в случае неплатежеспособности одной из сторон законом не санкционировано, часто заключаются соглашения о проведении неттинга. Сюда же относятся случаи, когда стороны хотят расширить или уточнить законодательные нормы, либо, напротив, попытаться обойти законодательные запреты. В соглашениях о неттинге (обычно именуемых “рамочными” — англ. *master contract*), как правило, оговаривается, что все контракты между сторонами для целей данного договора рассматриваются как единый договор (новация), что облегчает процедуру зачета. Кроме того, определяются процедура расчета чистых дебетовых и кредитовых позиций (особенно если используются разные валюты либо в сделку вовлечены неденежные финансовые активы или биржевые товары); методика расчета требований с разными датами валютирования (при *close-out netting*), включая проценты и убытки, либо может содержаться сумма убытков, заранее рассчитанная сторонами (так называемая *liquidated damages clause*); форму-

<sup>7</sup> Giovanoli, M. *Legal issues regarding payment and netting systems // Cross-border Electronic Banking. London, 1995. P. 220—223.*

<sup>8</sup> Wood, P.R. *Principles of netting: a comparative law study. Amsterdam, 1994. P. 77.*

<sup>9</sup> Cunningham, D.P., Rogers, W.P. *Netting is the law // Butterworths Journal of Int'l Banking Law / August 1990. P. 354—362.*

ла дисконтирования причитающихся платежей при досрочном исполнении обязательства. В нем также содержится запрет на перемену лиц в финансовых обязательствах с целью не позволить третьим лицам воспользоваться преимуществами, которые дает соглашение о неттинге, хотя в некоторых случаях такие запреты не имеют силы (например, ст. 9-318(4) Единого торгового кодекса США — ЕТК). Для законодательств государств, настороженно относящихся к неттингу, разработаны специальные оговорки, в силу которых при неплатежеспособности одной из сторон все заключенные контракты считаются автоматически расторгнутыми (в результате они становятся сделками, заключенными под “отменительным” условием). Во многих случаях стороны стремятся избрать применимое право (особенно если законодательство одной из них или даже обеих содержит ограничения на проведение неттинга), а также (во избежание правовых рисков) избрать альтернативный метод разрешения споров. При этом следует отметить, что неттинг прежде всего (хотя и не исключительно) — предмет законодательства о банкротстве, независимо от применимого права<sup>10</sup>. Таким образом, коллизионные привязки и статуты у них могут быть разные. Однако соглашением сторон можно, как правило, изменять лишь право, регулирующее их отношения по контракту, но не право, применяемое к процедуре банкротства. Для унификации последнего в 1990 г. принята европейская Конвенция о некоторых международных аспектах банкротства.

Возможна и другая классификация неттинга:

- неттинг между платежеспособными сторонами и неттинг в случае неплатежеспособности одной из них;
- неттинг в отношении одного контракта (так называемые связанные требования) и неттинг в отношении нескольких

(всех) контрактов (рамочный договор) между сторонами и некоторые другие.

Данная классификация имеет важное юридическое значение, поскольку во многих странах законодательные нормы в отношении разных видов неттинга достаточно серьезно варьируются.

В зависимости от особенностей законодательства по отношению к зачету можно выделить три группы государств.

*Первая* — законодательство Франции и ориентированных на него стран. Согласно ст. 1290 ФГК “зачет происходит непосредственно в силу закона, даже без ведома должника; оба долга погашаются взаимно в тот момент, когда они оказываются одновременно существующими, в размере той части, в которой они существуют обоюднo”. Автоматизм зачета по французскому праву<sup>11</sup> обуславливает его широкое применение в банковской практике. В случае образования задолженности клиента банк имеет право консолидировать все его счета, открытые в банке (как активные, так и пассивные), и получить тем самым удовлетворение за счет остатка средств на различных депозитных счетах клиента. Аналогичные правила автоматической компенсации балансов в отношении более чем одного счета содержатся и в ст. 1853 Гражданского кодекса Италии: “Если существует более чем один счет или более чем одно отношение между банком и клиентом, дебетовые и кредитовые сальдо, возникающие из таких счетов или отношений, даже в различных валютах подлежат взаимному зачету (ст. 1241 Гражданского кодекса Италии), если нет договоренности об ином”.

Законодательство *второй группы* государств содержит те же требования к зачету, что и белорусское законодательство<sup>12</sup>. Их отличительный признак — необходимость и достаточность для зачета заявления одной из сторон (ст. 381 ГК РБ; ст. 410 Гражданского кодекса Российской Федерации —

ГК РФ; § 388 Германского гражданского уложения — ГГУ; ст. 498 Гражданского кодекса Польши). В то же время в отдельных законодательствах стран этой группы имеются свои отличительные черты. Например, согласно § 390 ГГУ зачет невозможен, если одна из сторон выдвинула возражения против встречного требования. Законодательство России содержит ограничения на зачет применительно к договору банковского счета (если иное не определено договором, он допускается только в отношении требований банка к клиенту, связанных с кредитованием текущего счета и оплатой услуг банка, а также требований клиента к банку об уплате процентов — ст. 853 ГК РФ), факторинга (ст. 832 ГК РФ) и некоторые другие.

В *третьей группе* государств, включающей страны англосаксонского права, в качестве общего правила (в настоящее время отдельные английские специалисты его уже ставят под сомнение) зачет допускается только на основании судебного решения либо двустороннего соглашения. Исключения составляют некоторые специфические случаи, в частности, неплатежеспособность одной из сторон.

Таким образом, зачет представляет собой неоднородное правовое понятие, дифференциация требований к проведению которого обусловлена не только различием в правовых порядках отдельных государств, но и контекстом финансовых и хозяйственных операций.

Все особенные, перечисленные выше юридические требования, применяются и к неттингу, если только законодательство о неплатежеспособности специально не предусматривает иное. А такое законодательство иногда меняет общие предписания о зачете при неплатежеспособности с точностью до наоборот. В качестве примера можно привести английское право: если в обычной ситуации (когда стороны платежеспособны) его проведение затруднено, то при неплатежеспособности оно обяза-

<sup>10</sup> Wood, P.R. *Principles of netting: a comparative law study*. Amsterdam. 1994. P. 4.

<sup>11</sup> Любопытный юридический казус состоит в том, что, как отмечает Л.Ж. де ла Морандьер (*Гражданское право Франции*. Т. 2. М., 1960. С. 568), автоматизм зачета по французскому праву — результат ошибочного толкования интерполированных (то есть восстановленных) положений римского права (*Дигесты Юстиниана*, книга 16, титул II, фрагмент 21), где говорится о том, что зачет происходит *ipso jure* (то есть “в силу закона”, а не по договору).

<sup>12</sup> Об особенностях применения белорусского законодательства о зачете, включая соответствующую судебную практику. См.: Овейко, С. Правила проведения и документального оформления зачета в расчетах // *Вестник Министерства по налогам и сборам Республики Беларусь*. 2004. № 39.

тельно. Обратный пример — законодательство Франции: автоматический зачет в ситуации платежеспособности заменяется почти полным запретом при неплатежеспособности.

Возможность зачета и неттинга при неплатежеспособности в различных странах можно представить следующим образом<sup>13</sup>.

**Англо-американская группа:** почти везде допускается зачет при неплатежеспособности. Причем в Англии, как уже отмечалось, он обязательный. Кроме того, встречные требования необязательно должны быть определенными (*liquidated*). Лишь в последнее время введен запрет на зачет при процедуре санации в США и Новой Зеландии.

**Романо-германская группа:** большинство разрешают зачет в случае неплатежеспособности — Германия, Австрия, Голландия, Швейцария, Польша, Чехия (с 2007 г.), Венгрия (с 2006 г.) и др.

Однако в Германии, согласно § 96 Положения о несостоятельности, зачет не допускается в случаях, когда: обязательство кредитора возникает уже после открытия конкурсного производства; кредитор приобретает свое право требования у другого кредитора после открытия конкурсного производства; возможность зачета достигается кредитором в результате оспоримой сделки; требование кредитора должно быть удовлетворено за счет имущества, находящегося за пределами конкурсной массы.

В Швейцарии ст. 12f постановления “О банковской деятельности” предусматривает осуществление зачета против обязательств для всех сделок, оговариваемых в соглашении о неттинге, по которому банк в случае неисполнения обязательств контрагентом в связи с неплатежеспособностью, банкротством, ликвидацией или аналогичными процедурами имеет право на получение или обязательство об уплате только разницы между нереализованными прибылью и убытками по оговариваемым сделкам (зачет закрытием); любой дебитор-

ской и кредиторской задолженности, подлежащей зачету, с одним сроком погашения и в одной и той же валюте и которые обобщаются на основании соглашения о конверсии долга между банком и контрагентом, предусматривающего, что в результате конверсии долга чистая сумма остается, что означает заключение нового контракта, заменяющего собой все предыдущие (зачет новацией); ликвидируемых сделок при условии наличия соглашения о зачете платежей, в соответствии с которым при наступлении срока погашения подтверждается чистый остаток обязательств по оплате, подлежащих зачету в соответствующей валюте, и выплачивается только указанный чистый остаток<sup>14</sup>.

В Словакии в большинстве случаев, а в России во всех, зачет при неплатежеспособности запрещен (согласно п. 10 ст. 50.40 российского Федерального закона “О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций” “погашение требований кредиторов путем заключения соглашения об отступном, о новации обязательства, а также путем зачета требований в ходе конкурсного производства при банкротстве кредитных организаций не допускается”). Кроме того, в некоторых странах существуют требования к взаимозачитываемым требованиям относительно определенности, а также того, что срок платежа по ним должен уже наступить. Например, в Польше (ст. 498 Гражданского кодекса Польши)<sup>15</sup>, Латвии (ст. 1847 Гражданского кодекса Латвии) и др.

**Группа стран, гражданское законодательство которых основано на ФГК (так называемый Кодекс Наполеона),** в большинстве случаев запрещает зачет при неплатежеспособности (кроме Италии). Во Франции отдельные решения, согласно Закону от 31.12.1993 № 93-1444, касаются биржевых сделок с фьючерсами, процентными и индексными ставками, валютой и т. п. Но даже в государствах, не признающих зачет при неплатежеспособности,

есть, как правило, два исключения из этого запрета: зачет по текущему счету (Франция, Бельгия, Люксембург, Аргентина, Бахрейн); зачет в рамках одной транзакции.

**Смешанные юрисдикции:** признают зачет в случае неплатежеспособности (Китай, Япония, Кувейт, Шотландия).

**Исламские государства:** позиция неясна ввиду неразвитости законодательства о неплатежеспособности.

**Новые юрисдикции (в том числе страны бывшего СССР):** большинство не признают зачет при неплатежеспособности. К этой группе можно отнести и белорусское законодательство. Правда, модельный Закон “О банкротстве банков”, принятый Межпарламентской ассамблеей государств — участников СНГ 18.11.2005, предусматривает, что если кредитор (банк) к моменту назначения временной администрации обладал правом произвести зачет встречного однородного требования, это право не отменяется вследствие назначения временной администрации. После назначения временной администрации не допускается зачет встречного однородного требования, в том числе по одностороннему заявлению одной из сторон, если: долг кредитора перед банком возник после назначения временной администрации; кредитор приобрел свое требование от другого кредитора после назначения временной администрации (при условии, что не доказано иное, предполагается, что по сделке уступки требование приобретено после назначения временной администрации, если извещение об уступке поступило банку после назначения временной администрации); кредитор получил возможность заявить о зачете в результате оспоримого юридического действия (ст. 30 модельного Закона).

Кроме того, применительно к хеджевым соглашениям, несмотря на действие моратория, в тех случаях, когда приемлемое хеджевое соглашение заключается до введе-

<sup>13</sup> Law and Practice of Int'l Finance. 2008. P. 225—228.

<sup>14</sup> Нобель, П. Швейцарское финансовое право и международные стандарты. М., 2008. С. 612—613.

<sup>15</sup> Чтобы облегчить применение зачета при неплатежеспособности, в ст. 93(2) польского Банковского закона от 29.08.1997 специально предусмотрено, что банк имеет право зачесть свое требование, срок исполнения по которому еще не наступил, в случае начала процедуры ликвидации и в некоторых других случаях.

ния временной администрации или до начала производства по делу о банкротстве, разрешается: приемлемому контрагенту использовать любые права, которыми он располагает в соответствии с этим соглашением, для прекращения его действия; зачет обязательств между банком и приемлемым контрагентом согласно положениям данного соглашения; если чистая конечная стоимость, рассчитанная на момент расторжения указанного соглашения, подлежит уплате банком приемлемому контрагенту, необходимо полагать, что приемлемый контрагент является кредитором банка, имеющим требование в отношении банка на сумму названной стоимости (ст. 85 модельного Закона).

Как отмечается в юридической литературе относительно банкротства, логика разрешения или запрещения использования кредиторами зачета в процедурах несостоятельности должна соответствовать общим целям законодательства о несостоятельности конкретного государства. Что наиболее ярко можно увидеть в английском законодательстве (защищает интересы кредиторов и поэтому почти обязывает проводить взаимозачеты) и во французском законодательстве (направлено на оздоровление предприятия должника и поэтому запрещает взаимозачет). Если зачет запрещен, кредитор ущемлен в своих правах, в частности, должник не может исполнять обязательства; кредитор под страхом применения санкций должен исполнять свои обязательства по отношению к несостоятельному лицу<sup>16</sup>. По мнению Ф. Вуда, зачет — один из главных индикаторов прокредиторского либо прокредиторского отношения к неплатежеспособности. Например, в большинстве англосаксонских стран, где зачет ограничен между платежеспособными сторонами, создаются привилегии платежам в адрес кредиторов-банков, страховщиков, арендодателей и продавцов, желающих получить платеж без вычетов, чтобы поддержать денежные

потоки (*cash-flow*), обеспечить определенность платежа, поддерживать принцип *first pay, litigate later* (вначале платить, потом судиться). Тогда как в юрисдикциях, основанных на ФГК, в угоду должникам зачет платежеспособных сторон осуществляется свободно, но запрещен в случае их неплатежеспособности (увеличивает конкурсная масса должника, и тем самым создается для него преимущество)<sup>17</sup>.

Однако и в тех случаях, когда законодательство допускает зачет в случае неплатежеспособности (неттинг), существуют общие правила зачета: двусторонние требования являются взаимными в том смысле, что до наступления неплатежеспособности было только две стороны — должник и кредитор, и каждый имел как обязанность, так и право требования; право требования кредитора возникло до наступления даты неплатежеспособности; требование кредитора должно подлежать взысканию при неплатежеспособности и должно быть действительным; право кредитора должно быть обязательственным, а не вещным; требование не должно подпадать под ограничения, введенные с целью предотвращения получения преимуществ, связанных с зачетом<sup>18</sup>. Примером, когда стороны желают воспользоваться такими незаконными преимуществами, может быть следующая ситуация. У неплатежеспособной стороны *H* имеются кредитор *K* и должник *D*. Не желая дожидаться удовлетворения за счет конкурсной массы, кредитор *K* уступает должнику *D* свое право требования к стороне *H*, а затем *H* и *D* проводят взаимозачет. Чтобы защитить интересы прочих кредиторов, законодательства многих стран (включая Беларусь) предусматривают определенный период времени, в течение которого сделки, заключенные неплатежеспособной стороной, могут признаваться недействительными.

Данный период, иногда называемый “периодом подозрительности”, обычно составляет от трех до

восемнадцати месяцев — до наступления неплатежеспособности, и любая сделка неплатежеспособной стороны в его пределах (в первую очередь зачет, уступка требования и т. п.) может быть признана недействительной. Правда, “период подозрительности” касается в основном *default netting*, не затрагивая *settlement netting*. Считается, что последний не наносит вреда другим кредиторам неплатежеспособной стороны<sup>19</sup>.

В некоторых государствах дополнительными требованиями являются требования определенности (по сумме и по валюте, поскольку встречные требования должны быть денежными и выраженными в одной валюте), а также то, что срок платежа по обоим требованиям должен уже наступить. Следует отметить, что очень многие финансовые контракты (например, контракты на разницу: фьючерсы, опционы, деривативы; процентные кэпы и флоры) имеют неопределенный состав. Часто вводится требование о “связанности” двух требований, в результате чего подлежат зачету только встречные требования в рамках одного контракта (например, в договоре купли-продажи в счет требования уплаты покупной цены зачитываются встречные штрафные санкции за просрочку поставки, так называемый трансактный зачет), тогда как независимый зачет (из нескольких контрактов) невозможен. Именно поэтому в соглашениях о неттинге часто содержится “оговорка о слипании”, использующая механизм новации: несколько требований в случае неплатежеспособности сливаются в одно.

Наконец, неттингу враждебно так называемое “правило выбора вишен” (*cherry-picking*), предусмотренное отдельными законами право управляющего конкурсной массой банкрота выбирать из многих неурегулированных двусторонних сделок только те, которые отвечают его интересам, требуя от другой стороны их исполнения. В то время как по другим сделкам, по ко-

<sup>16</sup> Степанов, В.В. Несостоятельность (банкротство) в России, Франции, Англии, Германии. М., 1999. С. 68—69.

<sup>17</sup> Law and Practice of Int'l Finance. 2008. P. 217.

<sup>18</sup> См. там же. P. 228—229.

<sup>19</sup> Wood, P.R. Principles of netting: a comparative law study. Amsterdam. 1994. P. 7—8.

торым прибыль получила другая сторона, исполнения неплатежеспособной стороны не происходит. В результате контрагенту банкрота будет невозможно, имея по одному контракту убыток в  $n$  единиц, закрыть его прибылью в  $n$  единиц по другому контракту. “Правило выбора вишен” характерно для государств, законодательство которых о банкротстве носит продебиторский характер<sup>20</sup>, так как оно увеличивает конкурсную массу и защищает необеспеченных кредиторов. В то же время на приведенном примере видно, что оно носит явно дискриминационный характер по отношению к кредиторам, лишаясь права на зачет.

Основным видом неттинга при неплатежеспособности одной из сторон является *default (close-out) netting*, условия и юридическая действительность которого зависят от вида контракта. Среди них так называемые:

- *долговые контракты (debt contracts)* с определенным (требования по кредитам и депозитам) либо неопределенным (например, контракты на разницу) составом. Исполнение по таким контрактам обязана осуществлять только одна сторона;
- *контракты, подлежащие исполнению (executory contracts)*, предусматривающие поставку товаров или валюты. В гражданском праве они называются двусторонне обязывающими (синаллагматическими) договорами, то есть они подлежат исполнению как одной, так и другой стороной (например, контракты на продажу товаров, золотых слитков, ценных бумаг и т. п. или же валютно-обменные контракты, процентные свопы, обязательства размещения депозита).

Основные отличия между этими двумя видами *default netting*<sup>21</sup>:

- в случае неисполнения *executory contract* другая сторона вправе требовать возмещения убытков, которые, как правило, составляют небольшую (обычно до 5%) сумму от стоимости контракта. Лишь законо-

дательства некоторых стран требуют полного исполнения обязательства. Напротив, в *debt contract* другая сторона вправе требовать стопроцентного исполнения суммы контракта и неустойки, возмещения убытков и т. д. Например, согласно § 104(3) немецкого Положения о несостоятельности размер убытков определяется как разница между договорной и рыночной (биржевой) ценой, зафиксированной на второй рабочий день после открытия конкурсного производства в месте исполнения договора. При этом требование о возмещении убытков может быть заявлено только в рамках конкурсного производства;

- если *executory contract* еще не исполнен ни одной стороной, он может быть расторгнут в случае неплатежеспособности. Что касается *debt contract*, долг по которому у неплатежеспособной стороны возник в результате исполнения обязательства его контрагентом, тогда после объявления о начале процедуры неплатежеспособности получить активы из имущества неплатежеспособной стороны будет крайне проблематично. Например, согласно § 95(1) немецкого Положения о неплатежеспособности расторжение контракта является необходимым условием для применения зачета. Кроме того, как уже отмечалось, в рамочном договоре часто содержится условие об автоматическом расторжении всех договоров между сторонами в случае неплатежеспособности одной из них. Правда, следует учитывать, что законодательства таких государств, как Франция, США, Канада, Новая Зеландия, признают такие оговорки в отношении *executory contracts* недействительными;
- обязательства по *executory contract* не могут зачитываться в полной сумме, если по валютно-обменной операции 135 долл. США против 100 евро зачету подлежит номинальная

сумма обязательства. После расторжения контракта может быть зачтена только сумма оцененных убытков, и то, как правило, после конверсии в национальную валюту (допустим, 50 бел. руб., исходя из курса заменяющей сделки);

- для *debt contract* и *executory contract* обычно используются курсы конверсии на различные даты. Кроме того, требования по долговым контрактам ввиду досрочного исполнения могут быть дисконтированы;
- в случае неплатежеспособности *debt contract* подлежит досрочному исполнению либо в силу закона, либо по условиям договора. По *executory contract* общая сумма не подлежит досрочному платежу. Такой контракт расторгается, и немедленной выплате подлежит лишь сумма убытков.

Если говорить об особенностях белорусского законодательства, следует отметить, что оно не содержит специального регулирования в отношении неттинга, за исключением некоторых писем Национального банка Республики Беларусь. В частности, согласно письму Национального банка от 31.05.2006 № 21-20/563 “О мерах по предотвращению легализации доходов, полученных незаконным путем, и финансирования террористической деятельности” при проведении валютно-обменных операций на валютном рынке, когда банки производят расчеты по встречным сделкам на сумму нетто этих сделок (в форме неттинга), специальный формуляр заполняется при проведении расчетов по таким сделкам, если сумма нетто равна или превышает 20 000 базовых величин. В остальном подлежат применению как общие нормы ГК РБ о зачете, так и положения Закона Республики Беларусь от 18.07.2000 № 423-З “Об экономической несостоятельности (банкротстве)”. В целом указанные нормы не исключают возможность неттинга и содержат лишь отдельные ограничения:

- для проведения зачета не требуется подписания договора,

<sup>20</sup> См., например § 103 немецкого Положения о несостоятельности.

<sup>21</sup> Wood, P.R. *Principles of netting: a comparative law study*. Amsterdam. 1994. P. 9—12.

поскольку достаточно заявления одной стороны;

- обязательство, подлежащее зачету, должно быть встречным, то есть должник по одному обязательству является кредитором по другому. Из этого правила есть одно исключение — зачет при уступке требования (должник по уступаемому требованию вправе зачесть против нового кредитора свое требование к первоначальному кредитору, если это требование существовало и срок исполнения по нему наступил до получения должником извещения об уступке требования — ст. 382 ГК РБ);
- обязательства должны быть однородными, то есть иметь один предмет (деньги, ценные бумаги одного вида и т. п.). Взаимозачет требований, выраженных в разных валютах, допустим только после новации (регламентировано ст. 384 ГК РБ). Причем с соблюдением норм п. 7—13 Правил проведения валютных операций, утвержденных постановлением Правления Национального банка Республики Беларусь от 30.04.2004 № 72 “Об утверждении Правил проведения валютных операций”. Это несколько усложняет проведение зачета, так как в данном случае заявления одной из сторон недостаточно, необходимо подписание соглашения;
- срок исполнения двух встречных требований уже наступил либо он определен моментом востребования;
- нет никаких нормативно-установленных препятствий, чтобы зачет применялся во взаимоотношениях не только двух, но трех и более сторон. Однако с чисто технической точки зрения такие многосторонние зачеты не могут совершаться по заявлению только одной стороны. Они должны производиться на основании многостороннего соглашения между всеми участниками либо на основании административного акта (так называемые “групповые зачеты” через банковскую систему);
- законодательством могут устанавливаться случаи, когда зачет не допускается. Например,

п. 2 ст. 381 ГК РБ называет следующие: если по заявлению другой стороны к требованию подлежит применению срок исковой давности, который истек; при возмещении вреда, причиненного жизни и здоровью; при взыскании элементов; при пожизненном содержании; в иных случаях, предусмотренных законом или договором. В соответствии с п. 2 ст. 99 ГК РБ не допускается освобождение акционера АО, а согласно п. 2 ст. 89 ГК РБ — участника ООО от обязанности оплаты акций (внесения вклада), в том числе и путем заявления о зачете. Кроме того, отдельные ограничения предусмотрены также внешнеторговым законодательством (в данный момент они сведены к минимуму), законодательством об обороте алкогольных и табачных изделий, законодательством о банкротстве и реструктуризации задолженности по обязательным платежам (п. 2.4 Указа Президента Республики Беларусь от 23.01.2003 № 36 “О реструктуризации задолженности юридических лиц по обязательным платежам в республиканский и местные бюджеты и Фонд социальной защиты населения Министерства труда и социальной защиты и некоторых мерах по обеспечению своевременного поступления указанных платежей”) и др. Следует заметить, что требования Указа Президента Республики Беларусь от 27.03.2008 № 178 “О порядке проведения и контроля внешнеторговых операций” (подпункт 1.2.2) не распространяются на банковские операции, а Указ Президента Республики Беларусь от 15.08.2005 № 373 “О некоторых вопросах заключения договоров и исполнения обязательств на территории Республики Беларусь”, устанавливавший ограничения на неденежные формы прекращения обязательств, с 01.01.2009 утратил силу. Хотя еще в период его действия вышло письмо Министерства экономики Республики Беларусь от 18.09.2006 № 20-01/10-50-62 “О неденежных расчетах в банковской сфере”, которое разъясняло, что банковские опера-

ции (например, многосторонний клиринг, неттинг по результатам сделок на межбанковском валютном, фондовом и денежном рынках, операции межбанковского кредитования, совершаемые на условиях “ролл-овер”, и т. п.) не являются объектами регулирования Указа № 373, поскольку здесь нет зачета в буквальном понимании его как объекта регулирования ГК РБ (ст. 381) и, соответственно, отсутствует прекращение обязательств без поступления денежных средств.

Что касается законодательства о банкротстве, согласно ст. 94 уже упомянутого Закона Республики Беларусь “Об экономической несостоятельности (банкротстве)” “в период с момента открытия конкурсного производства до момента прекращения хозяйственным судом производства по делу о банкротстве или завершения ликвидации производства не допускается зачет взаимных требований должника и кредиторов, не предусмотренный планом санации”. При этом в отношении ранее заключенных сделок ст. 112 данного Закона устанавливает “период подозрительности”, составляющий для разных сделок от шести месяцев до трех лет — до момента открытия в отношении должника конкурсного производства. Такие сделки по заявлению управляющего могут быть признаны хозяйственным судом недействительными. В соответствии со ст. 111 указанного Закона управляющий вправе исполнить обязательства должника, в отношении которого открыто конкурсное производство, или отказаться от исполнения его обязательств (уже упомянутое “правило выбора вишен”). В последнем случае контрагент должника вправе требовать возмещения реального ущерба, причиненного отказом управляющего от исполнения договора, исключая упущенную выгоду.

Таким образом, в целом белорусское законодательство признает неттинг. Однако в тех случаях, когда соответствующее соглашение подчинено его регламентации, следует учитывать все перечисленные ограничения, в первую очередь относящиеся к *close-out netting* при банкротстве.