

МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО

УДК 347.431.5

ЛЮТИЙ В. Р.,

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

СПІВВІДНОШЕННЯ НЕТТІНГУ ТА ЗАРАХУВАННЯ ЗУСТРІЧНИХ ВИМОГ

Анотація. У статті аналізуються підходи до співвідношення неттінгу та зарахування зустрічних вимог у науковій доктрині й законодавчому регулюванні. Розкриваються характерні ознаки неттінгу та зарахування зустрічних вимог, а також виділяються спільні й відмінні риси обох механізмів.

Ключові слова: неттінг, зарахування зустрічних вимог, фінансові трансакції, договір неттінгу.

Постановка проблеми. Поява механізму неттінгу в практиці розрахунків і врегулювання заборгованості між учасниками фінансових правовідносин розширила інструментарій правових засобів, які використовуються для припинення зустрічних зобов'язань. Однією з найбільших перешкод на шляху забезпечення належного здійснення неттінгу виступає ризик його ототожнення з інститутом зарахування зустрічних вимог, що в результаті може призвести до застосування діаметрально протилежного нормативного регулювання, яке не відповідає правовій природі механізму неттінгу.

На законодавчому рівні інститут зарахування зустрічних вимог є більш обмеженим порівняно з неттінгом (під час застосування якого домінує принцип свободи договору й автономії волі сторін), оскільки його дійсність, процедура та способи здійснення, як правило, чітко регламентуються положеннями нормативних актів.

У зв'язку із цим унаслідок відсутності чіткого нормативно-правового регулювання та належної судової практики з питань використання нет-

тінгу в наукових колах існують обґрунтовані побоювання з приводу можливості перекваліфікації цього механізму та застосування до нього нормативних положень і вимог, які регулюють зарахування зустрічних вимог. Такий підхід безумовно деформує правову природу й режим захисту, який виникає внаслідок здійснення нетінгу, а також не сприяє забезпеченню юридичної обов'язковості цього механізму.

Мета статті – дослідити та проаналізувати питання співвідношення нетінгу й зарахування зустрічних вимог як на доктринальному рівні, так і в практиці вітчизняного та зарубіжного правового регулювання з метою виявлення ключових проблем і перешкод, які можуть негативно впливати на визнання та здійснення нетінгу в приватних правовідносинах.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. На сьогодні у вітчизняній юридичній науці відсутні комплексні дослідження, що стосуються питання нетінгу та його співвідношення з інститутом зарахування зустрічних вимог. Винятком є окремі праці й статті українських науковців О. Виговського, В. Диби, Ю. Єпіфанової, які були опубліковані в науковій періодиці юридичного та економічного спрямування. Саме в такій ситуації виникає потреба в ґрунтовних дослідженнях щодо цієї тематики у вітчизняній юридичній науці.

Серед праць зарубіжних науковців варто виділити роботи Дж. Бенджамін, О. Богера, Ф. Вуда, Р. Гуда, Я. Далхусейна, Р. Дерхама та Ф. Паеха, у яких досліджуються різноманітні підходи до правового регулювання нетінгу, визначається його місце в процедурі врегулювання заборгованості у фінансових транзакціях, аналізуються правова природа нетінгу та основні проблемні питання, що виникають під час застосування цього механізму на практиці.

Виклад основного матеріалу дослідження. Ситуація, що склалася сьогодні в різних юрисдикціях у зв'язку із законодавчим закріпленням нетінгу, має неоднозначний характер. Зокрема, більшість країн визнають можливість використання нетінгу, проте сфера застосування й правові наслідки такого використання досить часто відрізняються. В окремих юрисдикціях взагалі відсутня чітка позиція щодо визнання й правового захисту механізму нетінгу. Як правило, у таких державах на практиці до нетінгу застосовуються принципи, які регулюють зарахування зустрічних вимог, ототожнюючи обидва механізми. Така неоднозначність у підходах до правового регулювання нетінгу на національному рівні зумовлює значні юридичні проблеми в межах транскордонних транзакцій.

Термін «зарахування зустрічних вимог» досить часто використовують як одну зі складових частин нетінгу, яка пояснює й описує особливості та функції цього механізму для цілей законодавчого регулювання (зокрема, такий підхід застосовується під час тлумачення функції розрахунку чистої суми боргу).

Зарахування зустрічних вимог – класичний спосіб припинення взаємних зобов'язань, відповідно до якого боржник здійснює зарахування вимог кредитора (як правило, грошових вимог) зі своїми вимогами до цього кредитора, у результаті чого формується одне зобов'язання, що дорівнює різниці між обома вимогами.

Положення щодо застосування зарахування зустрічних вимог містяться в законодавстві більшості держав і мають переважно імперативний характер (тобто сторонам забороняється відходити від процедури, передбаченої нормативно-правовими актами). Проте в окремих випадках сторони можуть змінювати або розширювати функціональний механізм зарахування зустрічних вимог.

З огляду на практику правового регулювання можна виділити такі ознаки, що характеризують процедуру здійснення зарахування зустрічних вимог: 1) зустрічний характер вимог (сторони повинні бути як кредиторами, так і боржниками у відносинах одна з одною); 2) предметна однорідність (вимоги повинні мати спільні родові ознаки); 3) безспірний характер вимог (вимоги не можуть бути предметом судового чи будь-якого іншого спору); 4) настання терміна погашення вимог; 5) дійсність вимог (правочини, на основі яких виникають вимоги, повинні бути чинними й відповідати законодавчо встановленим умовам дійсності); 6) допустимість вимог (вимоги повинні виникати на законних підставах і підлягати процедурі зарахування).

У свою чергу неттінг має власні функціональні особливості, а також більш широку сферу застосування порівняно із зарахуванням зустрічних вимог. Механізм неттінгу дає змогу сторонам вирішувати низку трансакційних проблем, оскільки зникає необхідність вимагати оформлення забезпечення для виконання обов'язків сторін та, відповідно, проходити процедуру стягнення забезпечення (у тому числі через судові процедури чи процедуру банкрутства). Крім цього, перевагами неттінгу для учасників ринку вважаються можливість більш доцільного використання кредитних коштів та виділення менших резервів для покриття потенційних ризиків. На відміну від зарахування зустрічних вимог сторони неттінгу мають змогу узгодити в договірному порядку чіткий механізм оцінки зобов'язань, що полегшує процедуру обрахунку чистої (нетто) суми боргу. У макроекономічному контексті застосування неттінгу дає змогу більш ефективно захищати інтереси як вітчизняних, так і іноземних інвесторів на фінансовому ринку.

На нашу думку, співвідношення зарахування зустрічних вимог і неттінгу потрібно розглядати в трьох площинах: крізь призму практики, що сформувалась на фінансових ринках (оскільки першочергово саме в процесі ринкових відносин цей механізм знайшов своє практичне втілення), у зв'язку з усталеними науковими тлумаченнями, визначеними в правовій доктрині, та з позиції договірних відносин і нормативно-правового закріплення неттінгу в національних законодавствах держав.

На фінансових ринках неттінг визначається через функціональні особливості. Зокрема, під цим механізмом розуміється процедура припинення зустрічних зобов'язань сторін, передбачених конкретними правочинами, що покриваються договором неттінгу, оцінка відповідних зобов'язань та визначення чистої суми боргу, що підлягає погашенню стороною з більшою сумою заборгованості. Такий підхід базується на виділенні основних процедурних моментів і дає змогу сформувати загальне уявлення про цей механізм у цілому.

У доктринальній площині більшість науковців погоджуються з тим, що механізм нетінгу відрізняється від зарахування зустрічних вимог і являє собою особливий самостійний договір (*sui generis*), незважаючи на те, що елементи нетінгу (зокрема, положення про процедуру об'єднання вимог, відповідно до якого зобов'язання сторін зменшуються або замінюються однією сумою зобов'язання, що становить їх чисту сукупну вартість) мають певну схожість із класичним інститутом зарахування зустрічних вимог [1, с. 269; 2, с. 56; 3, с. 347].

Зокрема, на думку Ф. Вуда та Я. Далхусейна, нетінг відрізняється від зарахування зустрічних вимог насамперед наявністю додаткових процедурних елементів, таких як припинення, перетворення всіх непогашених зобов'язань на зобов'язання, строк виконання яких настав (*acceleration*), та оцінка зустрічних зобов'язань у разі настання попередньо узгоджених подій. Крім того, на відміну від зарахування зустрічних вимог нетінг не вимагає наявності тісного зв'язку між зустрічними вимогами, настання їх строку погашення, а також умови, щоб об'єкти зобов'язань були родовими чи еквівалентними за своєю природою [4, с. 9].

У роботі «Принципи права, що регулює неплатоспроможність компаній» Р. Гуд зазначає, що терміни «нетінг» і «зарахування зустрічних однорідних вимог» інколи розглядаються як взаємозамінні чи рівнозначні поняття, проте у фінансових колах термін «нетінг» використовують для позначення договірної механізми, відповідно до якого зустрічні вимоги різних сторін зменшуються до єдиного залишку (сальдо). Більше того, зарахування зустрічних вимог у правовому сенсі обмежується лише грошовими вимогами, тоді як нетінг поширюється на зобов'язання щодо поставки активів, які виникають на товарних, фондових і ф'ючерсних ринках. Таким чином, Р. Гуд пропонує розглядати нетінг водночас як процедуру та результат завершеного зарахування зустрічних вимог, що базується на договірній основі [5, с. 282].

Фінський учений П. Мантісаарі виділяє одну з ключових відмінностей між нетінгом і зарахуванням зустрічних вимог, яка полягає в тому, що зарахування зустрічних вимог застосовується на основі принципів права, законодавчих норм та договірних положень, тоді як нетінг базується переважно на договірних положеннях [6, с. 379].

Дещо іншої думки дотримується Дж. Хуанг, який, порівнюючи нетінг із зарахуванням зустрічних вимог, зазначає, що дійсно існує тісний зв'язок між цими концепціями, оскільки механізм нетінгу фактично виник на основі концепції зарахування зустрічних вимог [7, с. 109].

У свою чергу О. Богер звертає увагу на те, що порівняно із зарахуванням зустрічних вимог під час здійснення нетінгу сторони користуються набагато ширшою автономією, якою вони наділяються відповідно до принципу свободи договору (залежно від того, наскільки цей принцип превалює в національному законодавстві), щоб адаптувати договір нетінгу до своїх потреб (з огляду на характер відповідних правовідносин),

а також мати змогу належним чином управляти ризиками. Питання застосування імперативних національних положень, що регулюють зарахування зустрічних вимог, до механізму неттінгу залежить від того, яким чином судові та інші державні органи (у тому числі фінансові регулятори) будуть тлумачити ці національні норми [8, с. 235–236].

У законодавчій площині варто звернути увагу на загальну тенденцію до використання функціональних особливостей у нормативно-правовому регулюванні неттінгу. Проте підходи законодавців у кожній юрисдикції мають свої особливості, що не дає змогу говорити про наявність універсальної позиції щодо аналізованого питання.

Наприклад, у законодавстві держав, які відносно нещодавно прийняли нормативно-правові акти, що регулюють неттінг (Малайзія, Об'єднані Арабські Емірати тощо), застосовується підхід, розроблений практикою фінансового ринку, тобто виділяються основні функціональні (процедурні) особливості неттінгу, що дає змогу чітко відмежувати цей механізм від інших способів урегулювання заборгованості. Схожий підхід, хоч і з певними особливостями (оскільки законодавство не містить чіткого визначення неттінгу, а лише вказує на процедурні моменти цього механізму), застосовується в нормативно-правовому регулюванні Франції та Німеччини. В англійському праві виокремлення неттінгу базується на підході, відповідно до якого робиться акцент на результаті, який досягається за допомогою такого механізму (тобто визначенні чистої суми (net amount) заборгованості). У законодавстві держав пострадянського простору (України, Росії тощо) підхід до правового регулювання неттінгу формується через широке узагальнення цього механізму, відповідно до якого припинення зобов'язань відбувається шляхом здійснення заліку або іншим способом.

У праві Європейського Союзу в процесі імплементації державами-членами Регламенту ЄС про здійснення процедури банкрутства (2000 р.) виникла значна плутанина з використанням терміна «зарахування зустрічних вимог» [9]. Проблема полягала в тому, що законодавчі органи по-різному тлумачили правову природу цього механізму, у результаті чого поставало питання про те, чи поширюється правовий режим зарахування зустрічних вимог на неттінг.

У межах нашого дослідження доцільно систематизувати та виокремити спільні й відмінні риси неттінгу і зарахування зустрічних вимог.

Беручи до уваги особливості кожного з інститутів, можна виділити такі їх спільні ознаки: 1) обидва механізми є способами припинення зобов'язань і засобами врегулювання заборгованості; 2) вони є правочинами та залежно від обставин можуть бути як односторонніми, так і двосторонніми (за винятком того, що неттінг може бути також багатостороннім); 3) зарахування зустрічних вимог і неттінг сприяють скороченню трансакційних витрат та спрощують способи розрахунків між сторонами (при цьому економічний ефект від застосування неттінгу набагато більший, оскільки цей механізм зменшує кредитний (ризик дефолту), розрахунковий і систем-

ний ризику та за своєю природою виконує функцію квазізабезпечення); 4) за видами правочинів залежно від моменту укладення обидва інститути є консенсуальними правочинами; 5) залежно від значення підстав для дійсності правочину обидва інститути є каузальними правочинами.

Незважаючи на наявність певних спільних ознак, неттінг істотно відрізняється від зарахування зустрічних вимог низкою характерних особливостей. Серед відмінних ознак обох інститутів виділяються такі:

1) *сфера дії за предметом правового регулювання (ratione materiae)*. Як правило, об'єктом неттінгу виступають правочини, пов'язані з похідними фінансовими інструментами (деривативами), операціями РЕПО, кредитуванням цінними паперами, а також із купівлею-продажем іноземної валюти, цінних паперів, дорогоцінних металів та іншими видами операцій, які мають тенденцію до несення високого ринкового ризику й ризику неплатоспроможності контрагента. Натомість об'єктом зарахування зустрічних вимог виступають будь-які правочини, у результаті яких виникають грошові або інші вимоги, щодо яких можна було б провести зарахування;

2) *сфера дії за колом осіб (ratione personae)*. Законодавство більшості держав, які визнають неттінг на законодавчому рівні, дає можливість здійснювати цю процедуру лише обмеженому колу правомочних осіб (*eligible parties*). До суб'єктів неттінгу, як правило, належать банківські й кредитні установи, страхові компанії, інвестиційні компанії та партнерства, інвестиційні фонди, хедж-фонди, брокерські компанії, пенсійні фонди, центральні банки, органи державної влади, міжнародні фінансові інституції тощо. Із суб'єктів неттінгу завжди виключаються фізичні особи. Такий підхід пояснюється тим, що неттінг є частиною більш широкого інструменту в законодавстві фінансового ринку (кодексу, практики діяльності на фінансових ринках тощо), який не поширюється на фізичних осіб. У свою чергу суб'єктами зарахування зустрічних вимог можуть бути як фізичні, так і юридичні особи, у яких виникають зустрічні зобов'язання на основі відповідних правочинів;

3) *нормативне регулювання процедури*. Для здійснення зарахування зустрічних вимог сторонам не потрібно прописувати процедуру застосування цього механізму в договорі. Право на здійснення зарахування, як правило, передбачається у відповідних законодавчих актах. Натомість неттінг здійснюється лише на підставі угоди про неттінг. Для його застосування сторонам необхідно укласти відповідну угоду або включити положення про неттінг у конкретний договір;

4) *способи припинення зустрічних зобов'язань*. Для припинення зобов'язань шляхом зарахування зустрічних вимог достатньо волевиявлення однієї сторони, яка має направити повідомлення контрагенту, за умови, що таке повідомлення було належним чином отримано. Щодо неттінгу в договорі передбачається, як правило, автоматичне припинення зобов'язань сторін (без додаткових повідомлень) за настання конкретно визначених обставин;

5) *метод правового регулювання*. Законодавчі норми, що регулюють зарахування зустрічних вимог, за своєю природою мають переважно імперативний характер. Натомість нормативно-правові акти, які застосовуються до неттінгу, характеризуються переважно диспозитивною природою;

6) *характер вимог, що погашаються*. Інститут зарахування припиняє лише існуючі вимоги (термін виконання яких настав або визначається моментом пред'явлення відповідної вимоги). У свою чергу в результаті здійснення неттінгу припиняються як існуючі, так і майбутні вимоги, термін виконання яких не настав або виконання яких передбачене в майбутньому (executory contracts);

7) *зустрічність вимог*. Здійснення зарахування вимог можливе лише в разі їх зустрічності для сторін правочину. Під час застосування неттінгу (у разі багатостороннього неттінгу) припиняються не лише зустрічні зобов'язання, а й вимоги, що не є зустрічними (наприклад, вимоги щодо одного з учасників багатосторонньої угоди);

8) *однорідність вимог*. Відповідно до положень законодавства зарахуванню підлягають лише однорідні вимоги, тоді як у результаті неттінгу припиненню можуть підлягати як однорідні, так і неоднорідні вимоги (наприклад, щодо передачі акцій, облігацій та інших цінних паперів, а також щодо перерахування грошових коштів у різних іноземних валютах тощо);

9) *заборона проведення операцій*. Щодо зарахування зустрічних вимог законодавство, як правило, передбачає ситуації, у яких зарахування зустрічних вимог не допускається (наприклад, у разі відшкодування шкоди, завданої ушкодженням здоров'я або смертю, стягнення аліментів, довічного утримання (догляду), у разі спливу позовної давності, за зобов'язаннями, під час оплати акцій чи інших корпоративних прав тощо). Натомість у контексті законодавчого закріплення неттінгу, як правило, заборони мають дещо інший характер (дозвіл на здійснення обмежується конкретними видами й типами правочинів, які можуть бути об'єктом неттінгу);

10) *кількість учасників правовідносин*. Зарахування зустрічних вимог можливе лише між двома сторонами (боржником і кредитором). У механізмі неттінгу можуть брати участь декілька сторін (багатосторонній неттінг), які в одних правовідносинах виступають боржниками, а в інших – кредиторами.

Таким чином, наведений аналіз чітко демонструє концептуальні відмінності обох способів припинення зобов'язань.

Висновки. Основна проблема в питанні співвідношення неттінгу й зарахування зустрічних вимог полягає у відмінності правової природи та функціональних можливостей обох інститутів. У разі застосування законодавцями, суддями та іншими уповноваженими особами до договорів неттінгу законодавчих обмежень, передбачених для зарахування зустрічних вимог, без будь-якого уточнення чи виділення спеціального правового режиму це може негативно деформувати правову природу неттінгу та вплинути на певні функціональні елементи цього механізму, зокрема:

– зарахування зустрічних вимог застосовується лише до зобов'язань, строк виконання яких настав. Використання такого підходу до режиму нетінгу, який поширюється переважно на зобов'язання, що підлягають виконанню в майбутньому, не даватиме можливість здійснювати виконання й припинення зобов'язань, передбачених у фінансових контрактах, які покриваються механізмом нетінгу;

– зарахування зустрічних вимог застосовується лише до зобов'язань, що тісно пов'язані між собою або постають з однорідних договірних відносин. Використання такого принципу в процесі здійснення нетінгу означатиме, що лише обмежене коло правовідносин буде об'єктом здійснення цього механізму, а всі правочини, зв'язок яких встановити не вдасться, не підпадатимуть під застосування нетінгу, що в результаті може завдати незапланованих збитків сторонам трансакції;

– зарахування зустрічних вимог застосовується переважно до грошових зобов'язань. Використання такого підходу до нетінгу виключатиме елемент оцінки відповідних правочинів (один з основних складників), на які поширюється нетінг, а також процедуру трансформації зобов'язань, передбачених у таких правочинах, у єдине зобов'язання сплатити чисту суму боргу.

Література:

1. Annetts I. Set-Off, Netting and Alternatives to Security / I. Annetts, E. Murray // Corporate Finance Law in the UK and EU / I. Annetts, E. Murray. – Oxford : Oxford University Press, 2011. – P. 269–295.
2. Benzler M. Nettingvereinbarungen im außerbörslichen Derivatehandel / M. Benzler. – Herzberg, 1999. – 409 p.
3. Dalhuisen J. Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law / J. Dalhuisen. – Oxford ; Portland : Hart Publishing, 2016. – 814 p.
4. Wood Ph. Set-off and Netting, Derivatives, Clearing Systems / Ph. Wood. – London : Sweet & Maxwell, 2007. – 415 p.
5. Goode R. Principles of Corporate Insolvency Law / R. Goode. – London : Sweet & Maxwell, 2011. – 682 p.
6. Mäntysaari P. The Law of Corporate Finance: General Principles and EU Law / P. Mäntysaari. – Berlin : Springer, 2010. – 425 p.
7. Huang J. The Law and Regulation of Central Counterparties / J. Huang. – Oxford ; Portland, Oregon : Hart Publishing, 2010. – 217 p.
8. Böger O. Close-out Netting Provisions in Private International Law and International Insolvency Law (Part I) / O. Böger // UNIF. L. REV. – 2013. – № 18. – P. 232–261.
9. Council regulation (EC) on insolvency proceedings № 1346/2000 of 29 May 2000 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A32000R1346>.

Лютий В. Р. Соотношение неттинга и зачета встречных требований

Аннотация. В статье анализируются подходы к соотношению неттинга и зачета встречных требований в научной доктрине и законодательном регулировании. Раскрываются характерные признаки неттинга и зачета встречных требований, а также выделяются общие и отличительные черты обоих механизмов.

Ключевые слова: неттинг, зачет встречных требований, финансовые трансакции, договор неттинга.

Liutyi V. Interrelations between netting and set-off

Summary. This article analyses approaches to comparison of netting and set-off developed by scientific doctrine and legislative regulation. It reveals specific features of netting and set-off and highlights common and distinctive features of both mechanisms. The author outlines the main issues related to identification of netting with a set-off procedure.

The interrelations between netting and set-off are considered in three dimensions: within the practice established in the financial markets, in legal doctrine developed by law experts and in terms of regulation of netting procedures in national law of different states.

The foreign academics and law experts generally agree that netting and set-off are two separate legal instruments that significantly differ from each other. However, based on the market practice the risk of identification of netting with set-off is extremely high. This situation can be explained by the fact that the concept of netting is relatively new mechanism which has not been fully tested by regulatory bodies and courts yet. The foreign states apply various approaches to qualify and determine the legal nature of netting and its interrelation with set-off in their legislation.

The author believes that application of specific restrictions applicable to set-off by statutory requirements to the netting mechanism may have an adverse effect on interpretation of netting in general and can deprive parties of financial transactions from the benefits of netting procedure.

Key words: netting, set-off, financial transactions, netting agreement.