

Трансграничный ликвидационный неттинг и выбор применимого права

Научный руководитель – Ерпылева Наталия Юрьевна

Алексей Клементьев Петрович

Аспирант

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Факультет права, Москва, Россия

E-mail: klyoma@rambler.ru

Ликвидационный неттинг (close-out netting) является широко распространенным на международных финансовых рынках юридическим механизмом снижения риска неисполнения контрагентами своих обязательств (Vogel 2013, p. 233). Ликвидационный неттинг состоит из нескольких этапов, среди которых можно выделить прекращение обязательств по финансовым договорам при наступлении события неисполнения, подсчет взаимных требований сторон и сальдирование обязательств (Селивановский 2009, с. 59). Ключевой проблемой применения неттинга является возможность признания его результатов в рамках локального законодательства о банкротстве, а не вопрос о выборе применимого права. Тем не менее, коллизионная проблема в рассматриваемых отношениях также имеет собственную практическую значимость, в том числе в российском контексте, в силу вовлеченности российских компаний и банков в трансграничные финансовые отношения.

Упрощенно ликвидационный неттинг может быть охарактеризован как «расширенный зачет» (Raesch 2014, p. 427), однако применение к нему специальной коллизионной нормы о договорном зачете (1217.2 ГК РФ) представляется спорным. Подведение баланса требований, напоминающее по своей форме взаимозачет, является лишь заключительным этапом всей процедуры неттинга. Поскольку иные стадии данного механизма не могут существовать вне рамок применимого права, более совершенной является квалификация ликвидационного неттинга в качестве самостоятельного способа прекращения договорных обязательств. При выборе права, основанного на данном подходе, следует руководствоваться подпунктом 5 пункта 1 статьи 1215 ГК РФ, согласно которому право, подлежащее применению к ликвидационному неттингу как способу прекращения договора, определяется правом, применимым к самому прекращаемому договору.

В случае осуществления ликвидационного неттинга на бирже выбор применимого права на основе данного подхода осуществляется в соответствии с правилами торгов или следует из места нахождения биржевой площадки. Внебиржевой трансграничный ликвидационный неттинг также не представляет существенных проблем при разрешении коллизионного вопроса, но только в том случае, если сторонами используется стандартная документация для заключения финансовых сделок. Генеральные соглашения, являющиеся основным компонентом такой документации, содержат положения о применимом праве. В силу принципа «единого договора» такой выбор права распространяется на все сделки, заключенные в рамках генеральных соглашений, и, соответственно, на процедуру ликвидационного неттинга.

Коллизионная проблема становится нетривиальной в том случае, если в соглашении о порядке проведения ликвидационного неттинга отсутствуют положения о применимом

праве. В соответствии с подпунктом 5 пункта 1 статьи 1215 ГК РФ в этом случае необходимо определить право, применимое к самим прекращаемым финансовым договорам. В свою очередь, при отсутствии соответствующей договоренности сторон, вопрос об обязательственном статуте в отношении финансовых сделок представляет сложность (James 1999, p. 208) в силу отсутствия критериев для определения стороны, которая осуществляет характерное исполнение по таким сделкам.

Наличие положений о применимом праве в прекращаемых сделках также не снимает остроты проблемы в силу того, что ликвидационный неттинг между двумя контрагентами применяется в отношении целой совокупности сделок, и право, применимое к каждой сделке в отдельности, может отличаться. Представляется, что коллизионный вопрос в отношении неттинга мог бы разрешаться на основе специальной коллизионной нормы, применяемой при отсутствии соглашения между сторонами о выборе применимого права.

Проблемы коллизионного регулирования ликвидационного неттинга обсуждались при подготовке Принципов УНИДРУА об осуществлении ликвидационного неттинга, которые были опубликованы в 2013 году (далее - «Принципы неттинга УНИДРУА»). Данный документ разрабатывался при непосредственном участии всех заинтересованных в гармонизации отношений по неттингу сторон (Baber 2017, p. 46) и в полной мере отражает формирующееся мировое правосознание в сфере неттинга (Вишневский 2014, с. 405). При подготовке Принципов неттинга УНИДРУА предполагалось включить в их текст принцип 9 «Применимое право к положению о ликвидационном неттинге».

Вопреки многообещающему названию принципа, в нем содержалось лишь требование о признании права, избранного в отношении неттинга, самими сторонами, что и так достигается благодаря общепризнанному правилу об автономии воли в регулировании обязательственных отношений с иностранным элементом. Предложение о включении в текст документа модельной коллизионной нормы в отношении неттинга при отсутствии соглашения сторон о выборе права (fallback rule) не получило поддержки у участников подготовки Принципов неттинга УНИДРУА. В конечном итоге принцип 9 не вошел в финальную редакцию документа, состоящую из 8 принципов.

Участниками трансграничных финансовых сделок являются финансовые институты и крупные корпорации, которые либо используют снабженную положениями о применимом праве стандартную документацию, либо при отсутствии таковой позаботятся о наличии положений о применимом праве в самостоятельно разработанных ими соглашениях. По причине отсутствия практической необходимости, в ближайшее время не стоит ожидать появления коллизионной нормы о ликвидационном неттинге в национальных законодательствах.

Источники и литература

- 1) Вишневский П.Н. Правоотношения на международном финансовом рынке // Международное право и международные организации. 2014. № 3. С. 397–420.
- 2) Селивановский А.С. Зачет, взаимозачет, неттинг? // Хозяйство и право. 2009. № 9. С. 57–61.
- 3) Baber G. *Essays on International Law*. Cambridge, 2017. 448 p.

- 4) Böger O. Close-out Netting Provisions in Private International Law and International Insolvency Law (Part I) // Uniform Law Review. 2013. Vol. 18. P. 232–261.
- 5) James S. P. The Law of Derivatives. Oxon, New York, 1999. 348 p.
- 6) Paech P. Close-Out Netting, Insolvency Law and Conflict-of-Laws // Journal of Corporate Law Studies. 2014. Volume14. Part 2. P. 419–452.