

ДОГОВОРЫ: ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА

Зачет, взаимозачет, неттинг?*

На практике встречаются ситуации, когда участники хозяйственного оборота совершают друг с другом значительное количество встречных сделок на финансовом рынке, в частности на основании рамочных соглашений. Для оптимизации расчетов и в целях снижения рисков в таких соглашениях предусматриваются процедуры проведения зачета, взаимозачетов и неттинга.

Российское законодательство предусматривает, что обязательства из договоров прекращаются полностью или частично по основаниям, предусмотренным Гражданским кодексом РФ, другими законами, иными правовыми актами или договором (п. 1 ст. 407 ГК РФ). Гражданский кодекс РФ регулирует прекращение обязательств зачетом; взаимозачет и неттинг российским законодательством не закреплены, в связи с этим между сторонами возникают споры, нередко переходящие в разряд судебных. Однако хозяйственный оборот нуждается во взаимозачетах и неттинге, которые служат как для оптимизации расчетов, так и минимизации риска участников финансового рынка.

Зачет

Согласно ст. 410 ГК РФ обязательство прекращается полностью или частично зачетом встречного однородного требования, срок которого наступил либо срок которого не указан или определен моментом востребования. Для зачета достаточно заявления одной стороны.

Участники хозяйственного оборота нередко применяют понятие «зачет» ко многим ситуациям, предполагающим отсутствие денежных расчетов. Недостатки законодательного регулирования восполняет судебная практика, определившая следующие условия, которым должны соответствовать требования для их прекращения зачетом¹: встречный характер — зачету подлежат только встречные требования; предметная однородность; действительность — требования должны быть действительны; бесспорность — в отношении требований нет судебного или арбитражного спора; «зрелость» — срок исполнения по обязательствам уже наступил или речь идет об обязательстве до востребования; допустимость — требование должно допускаться к зачету.

В ходе исполнения договоров на финансовых рынках допустимость зачета рассматривается в трех основных плоскостях: зачет при нормальном ходе событий, зачет при банкротстве одной из сторон договора, зачет при уступке прав (требований) из договора.

В отсутствие возбужденных процедур банкротства одной из сторон договора зачет, как правило, возможен. В последние несколько лет прослеживается тенденция включения финансовыми организациями условий о запрете зачета (ст. 411 ГК РФ) в

* *Индивидуальный исследовательский проект № 08-01-0024 "Рамочные (организационные) договоры на финансовом рынке" выполнен при поддержке Научного фонда ГУ-ВШЭ.*

¹ См.: «Обзор практики разрешения споров, связанных с прекращением обязательств зачетом встречных однородных требований» (Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 29 декабря 2001 года № 65).

право

ключен-
случае
елание
китель-
е в ч. 2
тноше-
путем
е. В на-
доступ-

лучаях,
овором
в соот-
пускала
венной
случаях
(чч. 2, 3

спорт-
следует
отсутст-
у рабо-
юриди-
времен-
ствовать
обстоя-
«вынуж-

ГЛЕБОВ,
жких наук,
ого права
культета
ерситета

становление

договоры с клиентами, которым предоставляется финансирование (кредиты, финансирование под уступку денежных требований, лизинг). Это вызвано желанием финансовых организаций (кредитных организаций, факторинговых и лизинговых компаний) иметь более точный прогноз финансовых потоков, а используемое клиентами «право на зачет» сокращает поступающий финансовый поток и делает его плохо прогнозируемым.

Зачет при ликвидационных процедурах

При процедурах банкротства (несостоятельности) в соответствии со ст. 63 и 81 Федерального закона от 26 октября 2002 года № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (ред. на 19 июля 2009 года) (далее — Закон о банкротстве) не допускается прекращение денежных обязательств должника путем зачета встречного однородного требования, если при этом нарушается установленная ст. 134 Закона очередность удовлетворения требований кредиторов.

Закон о банкротстве (п. 8 ст. 142) содержит одну возможность для зачета: конкурсный управляющий вправе принять решение о зачете требований, если при этом соблюдаются очередность и пропорциональность удовлетворения требований кредиторов банкрота.

Зачет при уступке требования

Статьей 412 ГК РФ установлено, что в случае уступки требования должник вправе зачесть против требования нового кредитора свое встречное требование к первоначальному кредитору. Зачет производится, если требование возникло по основанию, существовавшему к моменту получения должником уведомления об уступке требования, и срок требования наступил до его получения либо этот срок не указан или определен моментом востребования.

Взаимозачет (договорный зачет)

На практике нередко встречается соглашение о так называемом «взаимозачете»² («договоре о зачете» или «договоре о сторнировании»). По такому соглашению стороны прекращают взаимные обязательства, при этом прекращаемые требования не всегда отвечают приведенным условиям (например, не являются однородными или «созревшими»). Таким образом, данное соглашение противоречит правилам, определенным ст. 410 ГК РФ для зачета. Это несоответствие не должно приводить к выводу о недействительности данного соглашения, ибо в силу положений ст. 407 ГК РФ стороны вправе прекратить обязательство своим соглашением. Ввиду отсутствия такого понятия и надлежащего регулирования в гражданском праве при рассмотрении споров, связанных с взаимозачетами, арбитражные суды сталкиваются с серьезными трудностями. Возникает ряд вопросов о правовой природе взаимозачета и, следовательно, о правомерности такого способа прекращения обязательств, прежде всего денежных. Положение усугубляется тем, что волеизъявление сторон оформляется с помощью несовершенной юридической техники, использованной сторонами при подготовке соответствующих соглашений.



Исследованию взаимозачета посвящены многие работы в российской доктрине³. Так, М. Скуратовский определяет взаимозачет как новый, не предусмотренный ГК РФ способ прекращения денежного обязательства, в основе имеющий в различных ва-

² Предметом настоящей статьи является рассмотрение вопросов, касающихся гражданско-правовых, а не налоговых отношений.

³ Макеева Т. И., Кресс В. В. О практике разрешения Арбитражным судом Томской области гражданско-правовых споров, связанных с зачетами и взаимозачетами // Вестник ВАС РФ, 2000, № 11, с. 74–82; Измайлов А. Б. Некоторые вопросы практической реализации законодательства о зачетах // Арбитражная практика, 2002, № 4, с. 8–14; Сарбаш С. Прекращение обязательств зачетом в арбитражной практике // Хозяйство и право, 2001, № 10, с. 80–91; Бабаев А. Зачет // ЭЖ-Юрист, 2001, сентябрь, № 38, с. 4; Скуратовский М. Л. Неденежные расчеты: проблемы рассмотрения споров // Арбитражная практика, 2002, № 6, с. 21–27; Вилесова О., Казакова А. Зачет как способ прекращения обязательств // ЭЖ-Юрист, 2000, декабрь, № 48, с. 2; Драгунов В. Односторонний и договорный зачет: российская практика и международный опыт // Аналитический банковский журнал, 2003, № 8, с. 67–71.

риациях элементы зачета и отступного, уступки прав требования и исполнения обязательств. По его мнению, объяснение правовой природы взаимозачета не должно усложняться до ситуации юридического абсурда⁴.

В отличие от зачета взаимозачет основывается не на положениях закона, а на соглашении сторон, в отсутствие соглашения он невозможен. Взаимозачет не допускается при банкротстве. При уступке он производится на основании соглашения сторон всех обязательств.

Неттинг

В действующих федеральных законах этого понятия нет. В подзаконных актах данный термин употребляется, однако отсутствует единый подход к его толкованию. Он используется в некоторых нормативных актах, как правило, в качестве синонима понятия «зачет» (например, постановление Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг (ФКЦБ) от 14 августа 2002 года № 32/пс «Об утверждении Положения о клиринговой деятельности на рынке ценных бумаг Российской Федерации», инструкция ЦБ РФ от 16 января 2004 года № 110-И «Об обязательных нормативах банков»).

Такой вывод подтверждается использованием термина «неттинг» в типовом межбанковском соглашении об общих условиях проведения операций на внутреннем валютном и финансовых рынках, общепринятом в российской банковской практике. В соглашении под неттингом понимается зачет по платежам, а именно: если в какую-либо дату валютирования обязательств по конверсионным сделкам между сторонами должно быть осуществлено несколько встречных поставок одной валюты, каждая из сторон должна произвести совокупный учет сумм в такой валюте, и сторона, которая должна уплатить другой стороне большую совокупную сумму, учитывает только разницу между совокупными суммами, а если названные совокупные суммы равны, то поставка валюты не осуществляется.

Однако в мировой практике понятие «неттинг» имеет более широкое значение.

В общепринятом смысле под неттингом понимают метод определения размера обязательств путем агрегирования, комбинирования, взаимозачета двух или более обязательств. Некоторые типы неттинга имеют особенности, которые значительно расширяют приведенное определение.

Выделяют несколько видов неттинга.

✓ Платежный (расчетный) неттинг. На дату платежа каждая из сторон агрегирует суммы валют, которые должны быть ими уплачены, и тогда лишь та сторона, у которой агрегированная сумма обязательств выше, должна уплатить разницу между агрегированными суммами (например, генеральное соглашение, содержащее положения о платежном неттинге, отдельное соглашение о платежном неттинге, неформальное, специальное (ad hoc) соглашение). Платежный неттинг схож с зачетом, однако платежный неттинг осуществляется автоматически, независимо от волеизъявления сторон договора, в то время как для зачета необходимо волеизъявление одной из сторон.

✓ Новационный неттинг (неттинг, связанный с заменой обязательств). Если стороны заключают сделку, создающую обязательство на ту же дату и в той же валюте, что и уже существующее обязательство, эти два обязательства прекращаются заменой новым денежным обязательством на «разницу».

✓ Ликвидационный неттинг (в случае прекращения генерального договора) включает в себя следующие этапы: все обязательства считаются прекращенными в дату, которая определяется по установленным соглашением правилам⁵; расчет суммы обязательства при прекращении; сальдирование сумм обязательств при прекраще-

⁴ Скуратовский М. Л. Указ. соч., с. 25.

⁵ Такая дата может обозначаться как конкретный день в прошлом. Например, фактический расчет по обязательствам проведен 10 сентября 1998 года, а соглашение считается прекращенным 14 августа 1998 года.

нии для получения одной чистой суммы; привлечение кредитной поддержки, если она доступна.

Ликвидационный неттинг применяется при наступлении определенных соглашением событий (*events of termination*): событий общеэкономического характера, не зависящих от сторон, а также некоторых действий сторон. Например, генеральные соглашения о совершении срочных сделок, как правило, предполагают следующие действия: предъявление в арбитражный суд заявления о признании стороны соглашения несостоятельной (банкротом); принятие решения о ликвидации стороны соглашения; приостановление действия, отзыв лицензии, иных разрешений государственных, муниципальных органов, необходимых для заключения и исполнения договоров; нарушение обязательств по сделкам с третьими лицами.

Соглашение о неттинге устанавливает, что новое денежное обязательство «взамен» всех ранее возникших определяется в таком порядке: все или некоторые из этих обязательств прекращаются; производится расчет всех денежных сумм, подлежащих уплате между сторонами по прекращенным обязательствам; определяется новое обязательство на «разницу».

Двусторонние соглашения о неттинге могут заключаться в отношении одного из следующих видов неттинга: ликвидационный, новационный или платежный. При многостороннем неттинге достигаются соглашения между тремя и более сторонами, как правило, с использованием клиринговой палаты или центрального контрагента.



Регламентация ликвидационного неттинга, его устойчивость и защищенность находятся в центре внимания международных организаций, законодателей и регуляторов многих стран. Международная ассоциация свопов и деривативов (International Swaps and Derivatives Association — ISDA) приняла Модельный закон о неттинге 2006 года. Он устанавливает основные принципы, необходимые для обеспечения возможности принудительного исполнения двустороннего ликвидационного неттинга, в том числе в рамках конкурсного производства. Модельные законы о неттинге, разработанные ISDA, успешно использовались в качестве образцов для законодательства о неттинге в ряде стран.

В настоящее время положения о неттинге финансовых обязательств действуют практически во всех странах с развитой экономикой. Соответствующие положения нашли отражение в законодательстве почти всех стран Евросоюза, а также Австралии, Бразилии, Канады, США, ЮАР, Японии и др.⁶

Например, законодательство Франции предусматривает в Валютно-финансовом кодексе Франции⁷, что ликвидационный неттинг имеет силу согласно законам Франции, которые четко устанавливают, что законодательство о несостоятельности нельзя использовать для того, чтобы оспорить принцип законности ликвидационного неттинга, за исключением риска неупоминания каких-либо конкретных спорных случаев.

Федеральный закон Швейцарии об исполнении долговых обязательств и банкротстве от 16 декабря 1994 года⁸ устанавливает, что конкурсная администрация не вправе отказаться от исполнения только части обязательств, объединенных единым соглашением.

Положением Германии о несостоятельности от 5 октября 1994 года⁹ также предусмотрен особый порядок определения денежного требования по финансовым срочным сделкам, а также закреплены исключения из права конкурсного управляющего на выбор сделок. Установлено, что если финансовые срочные сделки объединены рамочным договором, предусматривающим, что при нарушении договора эти сделки могут быть прекращены только одновременно, то совокупность этих сделок в рамках конкурсного производства рассматривается как единый двусторонний договор.

⁶ См.: Netting Legislation — Status на сайте <http://www.isda.org/>.

⁷ Code monétaire et financier, http://www.rcb.ru/data/articles_pdf/2006/19/Petrovi4ev.pdf

⁸ Swiss Federal Act on Debt Execution and Bankruptcy (FADER). См.: Нобель П. Швейцарское финансовое право и международные стандарты / Пер. с англ. — М.: Волтерс Клувер, 2007.

⁹ Пале Г. Институт несостоятельности. — М., 2002.

Неттинг в сравнении с зачетом

Неттинг, как и зачет, направлен на сокращение общего количества денежных расчетов, но при этом существенно отличается от зачета по ряду позиций. Обозначим некоторые из различий.

✓ Прежде всего, для применения зачета стороны не должны включать никакие положения в свои соглашения. Право на зачет основано на положениях закона. Стороны вправе установить запрет зачета. Напротив, для применения неттинга сторонам необходимо заключить соответствующее соглашение о неттинге или включить соответствующие положения в соглашение. Без заключения соглашения о неттинге неттинг невозможен.

✓ Зачетом прекращаются существующие требования (требования, срок исполнения по которым наступил или определен моментом востребования). В результате неттинга и «созревшие», и будущие требования (срок исполнения по которым не наступил) трансформируются в одно новое денежное обязательство.

✓ Зачетом прекращаются однородные требования. В результате неттинга прекращению подлежат все требования (как однородные, так и неоднородные). Например, при прекращении генерального соглашения о совершении срочных сделок между банком и компанией прекращаются все обязательства: и о передаче акций, облигаций, и о перечислении средств в рублях, и о перечислении средств в долларах США.

✓ Зачетом прекращаются встречные обязательства. При многостороннем неттинге прекращаются не только встречные обязательства, но и не встречные (например, обязательства с одним из участников многостороннего соглашения).

✓ Любая сторона вправе направить другой стороне заявление о зачете в любое время при наличии необходимых условий для зачета. Соглашением о неттинге определяется, в каких случаях применяется неттинг и как он проводится.

✓ Для прекращения обязательств зачетом необходимо волеизъявление хотя бы одной из сторон, которая реализует его направлением другой стороне заявления о зачете, и это заявление должно быть получено другой стороной. Соглашение о неттинге может предполагать, что обязательства сторон прекращаются автоматически, без дополнительных заявлений, уведомлений и т. п.

Итак, очевидно, что неттинг принципиально отличается от зачета, и отождествление этих понятий¹⁰ ошибочно.

Неттинг в генеральных соглашениях о совершении срочных сделок

Общепризнано, что механизмы неттинга чрезвычайно важны для снижения рисков на рынке производных финансовых инструментов. Поэтому практически каждое генеральное соглашение о совершении срочных сделок на финансовых рынках содержит регулирование «неттинга». Некоторые типовые соглашения российских участников предусматривают положения о проведении неттинга как более детальной процедуры зачета, другие конструируют особый порядок расчета обязательств на агрегированной основе.

По инициативе Ассоциации российских банков при участии Национальной ассоциации участников фондового рынка (НАУФОР) и Национальной валютной ассоциации было разработано стандартное генеральное соглашение о совершении срочных сделок для российского финансового рынка (стандартное генеральное соглашение АРБ). Результаты этой работы опубликованы на сайте Ассоциации российских банков¹¹. В стандартном генеральном соглашении АРБ встречается термин «ликвидационный неттинг», хотя определение не дано. Заявлено, что механизм неттинга выстро-

¹⁰ Такое отождествление встречается постоянно — достаточно обратиться к СПС «КонсультантПлюс» и «Гарант».

¹¹ <http://www.arb.ru/site/v2/simple/gen/index.php> по состоянию на 10.05.09.

ен на основе положений документации ISDA. По моему мнению, процедура прекращения генерального соглашения о совершении срочных сделок и определения размера ликвидационной суммы в стандартном генеральном соглашении АРБ регламентирована недостаточно четко. В результате есть опасения, что при оспаривании «ликвидационного неттинга» по данному соглашению арбитражным судом одновременное прекращение обязательств после начала процедуры банкротства одной из сторон соглашения будет квалифицировано как зачет и, соответственно, признано недействительным.

Проект закона о неттинге

В целях устранения правовой неопределенности относительно применения «ликвидационного неттинга» в Государственную Думу РФ Правительством РФ был внесен 13 апреля 2009 года проект федерального закона № 186832-5 «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (в части введения механизма ликвидационного неттинга) [принят Государственной Думой ФС РФ в первом чтении (постановление № 2240-5)].

В проекте предусмотрены основные требования к порядку определения так называемого «нетто-обязательства», а также порядку расчета денежных обязательств, связанных с неисполнением обязательств по финансовой сделке, поставке товара, ценным бумагам, валюте и т. д. Для определения нетто-обязательства применяется общая процедура, согласно которой определение нетто-обязательства осуществляется кредитором путем заявления соответствующих требований в рамках процедуры банкротства должника либо арбитражным управляющим предъявлением к третьим лицам, имеющим задолженность перед должником, требования о ее взыскании.

А. СЕЛИВАНОВСКИЙ,
доцент кафедры предпринимательского права ГУ-ВШЭ,
старший юрист международной
юридической фирмы Baker & McKenzie,
кандидат юридических наук

О классификации договора страхования риска гражданской ответственности за причинение вреда другим лицам

Договоры страхования риска гражданской¹ ответственности в международной и российской практике классифицируются по нескольким основаниям.



Так, единая европейская классификация страхования предусматривает наличие трех видов страхования ответственности владельцев различных транспортных средств (наземный транспорт, воздушные и водные суда), а также «общее страхование гражданской ответственности» (Casualty Insurance или Liability Insurance), включающее еще несколько подвидов². Отличия в основном зависят от статуса страхователя или иного лица, ответственность которого застрахована (далее — застрахованное лицо), характера его деятельности и объема страховой ответственности.

¹ Далее буду упоминать «страхование ответственности», имея в виду, что по российскому законодательству возможно исключительно страхование риска гражданской ответственности (ст. 929 ГК РФ).

² Шинкаренко И. Э. Страхование ответственности. Справочник. 2-е изд., испр. и доп. — М.: Анкил, 2006, с. 11-12.