

«РЕПОРТИНГ» КАК ОБЯЗАТЕЛЬНОЕ УСЛОВИЕ ЛИКВИДАЦИОННОГО НЕТТИНГА

Е. Абашеева, И. Теплова

(Опубликовано в журнале «Вестник НАУФОР» № 9, 2015)

Использование механизма ликвидационного неттинга в России стало возможным с принятием в 2011 году поправок¹ в Федеральный закон от 26.10.2002 №127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее – Закон о банкротстве). При этом исполнимость данного механизма обусловлена соблюдением ряда формальных требований. Так, согласно п.п. 2 п. 3 ст. 4.1 Закона о банкротстве одним из условий применения ликвидационного неттинга является внесение записи о заключении финансового договора в реестр, ведение которого осуществляется саморегулируемой организацией профессиональных участников рынка ценных бумаг, клиринговой организацией или биржей в порядке, предусмотренном ст. 51.5 Федерального закона от 22.04.1996 №39-ФЗ «О рынке ценных бумаг»² (далее – Закон о рынке ценных бумаг).

Полагаем, что закрепление в законе вышеуказанной нормы было связано с попыткой законодателя предотвратить злоупотребления при банкротстве, в первую очередь, в части заключения сделок «задним числом», путем обеспечения возможности применения ликвидационного неттинга только в отношении сделок, информация о которых предварительно была раскрыта сторонами³.

Одновременно обусловленность возможности совершения гражданско-правовой сделки фактом своевременного направления отчетности о такой сделке в репозиторий является существенным барьером для применения ликвидационного неттинга по российскому праву. При этом анализ заключений ISDA по вопросам применения ликвидационного неттинга позволяет прийти к выводу о том, что подход, при котором регуляторная отчетность рассматривается в качестве обязательного условия ликвидационного неттинга, не характерен для развитых правовых порядков⁴.

¹ Согласно статье 6 Федерального закона от 07.02.2011 № 8-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона "О клиринге и клиринговой деятельности"// СПС Консультант Плюс.

² Появление так называемых «репозитариев» связано с принятыми на Питтсбургском саммите Группы 20-ти (G20) решениями в части определения первоочередных мер в отношении внебиржевых деривативов. Так, среди указанных мер: предоставление обязательной отчетности по всем внебиржевым деривативным сделкам в специальные инфраструктурные организации – торговые репозитории.

³ Подобный подход разделяет, например, Simkovic M., указывая на целесообразность регистрации внебиржевых сделок для целей ликвидационного неттинга: «arguing that creditors seeking priority in bankruptcy need to be forced to disclose publicly their claims in full and that Congress should establish a universal "recordation" system for any instrument that gives a creditor greater priority than that of a general unsecured creditor», Secret Liens and the Financial Crisis of 2008, стр. 289-290, цит. по: Johnson V. «International Financial Law: the Case Against Close-out Netting», Boston University International Law Journal (доступно по адресу: <http://www.bu.edu/ilj/files/2015/04/Johnson-The-Case-against-Close-out-Netting.pdf>).

⁴ См., например: Memorandum of law for the ISDA, Inc on Validity and Enforceability under English Law of Close-out Netting under the 2002, 1992 and 1987 ISDA Master Agreements,

К аналогичному выводу пришли разработчики Принципов УНИДРУА⁵, указав в Принципе 5, что Закон имплементирующего Государства не должен ставить действие положения о ликвидационном неттинге и обязательств, охваченных данным положением, в зависимость от удовлетворения формальных требований, в том числе требования по направлению уведомлений в какой-либо государственный орган или саморегулируемую организацию.

Таким образом, с учетом международного опыта представляется разумным постепенный отказ от «репортинга», как обязательного условия для целей применения ликвидационного неттинга. При этом целесообразно закрепление подхода, согласно которому несоблюдение требования о представлении информации в репозитарий влечет только последствия в виде административно-правовых санкций (например, штрафов), но не влияет на действительность ликвидационного неттинга.

В целях устранения вышеуказанных опасений в части злоупотреблений при банкротстве следует иметь в виду возможность использования гражданско-правовых способов защиты прав, в том числе механизмов по оспариванию сделок. Подобный подход также нашел отражение в Принципе 6 Принципов УНИДРУА⁶.

Возвращаясь к действующему регулированию «репортинга» и ликвидационного неттинга, следует отметить, что дополнительные сложности для участников рынка заключаются в самом механизме «репортинга», установленном Указанием Банка России № 3253-У⁷. Основная проблема состоит в том, что согласно п. 24 Указания Банка России № 3253-У в предусмотренный ст. 4.1 Закона о банкротстве реестр сообщения участников в случае двустороннего «репортинга» попадают только после

prepared by Allen & Overy LLP, 2014 (доступно для членов ISDA по адресу: http://www.isda.org/docproj/netpdf/2014_English_Law_ISDA_Netting_Opinion.pdf); Memorandum of law for the ISDA, Inc on Validity and Enforceability of Close-out Netting under the 2002, 1992 and 1987 ISDA Master Agreements in German Law, prepared by Hengeler Mueller, 2014 (доступно для членов ISDA по адресу: http://www.isda.org/docproj/netpdf/Germany_Netting_July0714_TR_Web.pdf).

⁵ Принципы, которым должен следовать законодатель при разработке положений о ликвидационном неттинге. UNIDROIT, 2013 (доступно по адресу: <http://www.unidroit.org/english/principles/netting/netting-principles2013-e.pdf>.)

⁶ «Principle 6

...

2) *These Principles do not render enforceable a close-out netting provision or an eligible obligation that would otherwise be unenforceable in whole or in part on grounds of fraud or conflict with other requirements of general application affecting the validity or enforceability of contracts»* // (доступно по адресу: <http://www.unidroit.org/english/principles/netting/netting-principles2013-e.pdf>.)

⁷ Указание Банка России № 3253-У от 30.04.2014 «О порядке ведения реестра договоров, заключенных на условиях генерального соглашения (единого договора), сроках предоставления информации, необходимой для ведения указанного реестра, и информации из указанного реестра, а также предоставления реестра договоров, заключенных на условиях генерального соглашения (единого договора), в Центральный банк Российской Федерации (Банк России)»// СПС Консультант Плюс.

надлежащим образом проведенной процедуры «мэтчинга», т.е. совпадения обязательных для сверки полей из сообщений, направленных двумя сторонами договора (информирующими лицами).

Необходимость «мэтчинга» обусловлена регуляторными целями. Однако использование «мэтчинга» применительно к ликвидационному неттингу приводит к тому, что право добросовестной стороны, надлежащим образом направившей отчетность в репозиторий, всегда зависит от действий второй стороны, которая может не представить информацию, либо направить искаженные сведения, тем самым, создав непреодолимое препятствие для реализации механизма ликвидационного неттинга.

Кроме того, указанная процедура опосредованно налагает дополнительное бремя на иностранных участников финансового рынка при трансграничных сделках. Так, согласно п. 1.1 Указания Банка России № 3253-У обязанность по предоставлению информации в репозиторий не распространяется на иностранных участников финансового рынка при трансграничных сделках (при заключении таких сделок с российскими участниками, указанными в п. 1.1 Указания Банка России № 3253-У, соответствующую информацию предоставляет российский участник в одностороннем порядке). Однако в силу наличия прямой связи между регуляторной отчетностью и ликвидационным неттингом иностранные участники для целей снижения потенциальных рисков на контрагента вынуждены самостоятельно в добровольном порядке представлять такую отчетность. При этом временной люфт между моментом заключения сделки и моментом внесения соответствующей записи в реестр накладывает на участников дополнительные правовые риски.

В последнюю редакцию Указания Банка России № 3253-У⁸, в сравнении с ранее действовавшей,⁹ внесены определенные изменения в рассматриваемой части. Из Указания исключены положения о приоритете для целей определения нетто-обязательства при

⁸ На момент подготовки настоящей статьи Указание Банка России от 30.04.2014 № 3253-У действует в редакции Указания Банка России от 16.02.2015 № 3567-У «О внесении изменений в Указание Банка России от 30 апреля 2014 года № 3253-У «О порядке ведения реестра договоров, заключенных на условиях генерального соглашения (единого договора), сроках предоставления информации, необходимой для ведения указанного реестра, и информации из указанного реестра, а также предоставления реестра договоров, заключенных на условиях генерального соглашения (единого договора), в Центральный банк Российской Федерации (Банк России)».

⁹ Указание Банка России от 30.04.2014 № 3253-У в редакции Указания Банка России от 17.09.2014 № 3382-У «О внесении изменений в Указание Банка России от 30 апреля 2014 года № 3253-У «О порядке ведения реестра договоров, заключенных на условиях генерального соглашения (единого договора), сроках предоставления информации, необходимой для ведения указанного реестра, и информации из указанного реестра, а также предоставления реестра договоров, заключенных на условиях генерального соглашения (единого договора), в Центральный банк Российской Федерации (Банк России)». // СПС Консультант Плюс

прекращении обязательств по финансовым договорам сведений, содержащихся в реестре договоров репозитария, над иными (первичными) документами по таким договорам. Кроме того, согласно п. 34 Указания для целей ликвидационного неттинга закреплена необходимость своевременного представления информации только о факте заключения соответствующего договора.

Также необходимо отметить, что в настоящее время принято Указание Банка России от 07.09.2015 № 3776-У¹⁰ о внесении изменений в Указание Банка России № 3253-У, в том числе в части отказа от обязательного «мэтчинга» сообщений для целей ликвидационного неттинга (далее – Указание Банка России № 3776-У). Согласно пункту 35 Указания Банка России № 3253-У в редакции Указания Банка России № 3776-У для целей применения ликвидационного неттинга достаточно, чтобы сообщение, содержащее сведения о заключении договора, было зарегистрировано репозитарием в журнале учета сообщений, который, в свою очередь, является неотъемлемой частью реестра. При этом сообщения попадают в журнал учета сообщений независимо от наличия либо отсутствия встречного сообщения от второй стороны договора (информирующего лица) до процедуры «мэтчинга». Следовательно, такое «попадание» не зависит от совпадения или несовпадения полей из сообщений, направленных двумя сторонами договора. Схематично порядок регистрации сообщений в репозитарий можно изобразить следующим образом:



¹⁰ На момент подготовки настоящей статьи Указание № 3776-У находится на регистрации в Министерстве юстиции РФ.

Таким образом, в качестве промежуточного варианта решения обозначенной проблемы Банком России был избран подход, согласно которому для целей снижения рисков участников из Указания Банка России № 3253-У исключается требование в части необходимости «мэтчинга» сообщений для целей ликвидационного неттинга, что позволит добросовестной стороне, своевременно предоставившей информацию в репозитарий, не зависеть от действий контрагента.

Однако положительный эффект таких изменений в значительной мере нивелируется самим фактом наличия в законе требования о предоставлении репозитарной отчетности для целей ликвидационного неттинга. В связи с чем, представляется целесообразным внесение соответствующих изменений в ст. 4.1 Закона о банкротстве для целей устранения правовой неопределенности в части исключения требования о репортинге как обязательного условия для исполнимости ликвидационного неттинга¹¹.

¹¹ «Необходимость дальнейшего совершенствования действующего регулирования ликвидационного неттинга по российскому праву подтверждается также в опубликованном в феврале 2015 года Заключении ISDA (ISDA netting opinion on Russia), содержащем выводы о возможности применения процедуры ликвидационного неттинга в отношении трансграничных сделок на условиях ISDA Master Agreement. Несмотря на то, что Заключение носит в целом положительный характер, детальный анализ документа позволяет прийти к выводу о том, что действующее законодательное регулирование ликвидационного неттинга требует дальнейшей проработки с учетом международных стандартов и лучшей правоприменительной практики.» Цит. по: Абашеева Е.Н., Теплова И.В. «Договорное обязательство прекращается ликвидационным неттингом. Плюсы и минусы регулирования», Арбитражная практика, № 8, 2015.