

УДК 347.431.5

В. Лютий, асп.

Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ

ОСНОВНІ АСПЕКТИ КЛАСИФІКАЦІЇ НЕТТІНГУ

У статті аналізуються різноманітні підходи до класифікації неттінгу у вітчизняній та зарубіжній науковій доктрині, а також у законодавстві зарубіжних країн. Визначаються основні критерії для проведення класифікації механізму неттінгу. Детально аналізуються окремі види неттінгу, виходячи із встановлених критеріїв класифікації. Особлива увага у статті приділяється практичним питанням, які виникають у процесі класифікації неттінгу. Окреслюються основні розбіжності у підходах до класифікації неттінгу, а також формується комплексне бачення різностороннього характеру неттінгу.

Ключові слова: неттінг, класифікація, ліквідаційний неттінг, новаційний неттінг, розрахунковий неттінг.

Постановка проблеми. Класифікацію можна охарактеризувати як своєрідну сформовану систему знання з виділенням впорядкованих груп, в яких об'єкти досліджуваної предметної сфери розподіляються на основі встановлення схожих та відмінних властивостей. Така система покликана вирішувати два основні завдання: по-перше, чітко та зрозуміло виокремлювати усі об'єкти досліджуваної предметної сфери, по-друге, містити якомога більше суттєвої інформації про них. При цьому класифікація виступає не просто констатацією вже сформованого знання, але виконує важливу методологічну функцію. Систематизуючи знання в певній предметній сфері, вона задає загальний напрямок її подальшого дослідження та стимулює розвиток науки в цілому.

Емпіричну базу класифікації формує два ключових елементи дослідження: ретельний порівняльний аналіз фактичних даних та індуктивні узагальнення. Зокрема, класифікаційні групи виникають на основі порівняльного вивчення множинності об'єктів та їх властивостей шляхом встановлення схожих та відмінних рис. При цьому після виокремлення кожна група піддається спеціальному вивченню та аналізу з метою виділення тих ознак, що належним чином характеризують відповідну групу.

Для того, щоб здійснити повноцінну класифікацію неттінгу насамперед необхідно виділити множинність усіх його досліджуваних видів. Кожен вид в даній множинності повинен представляти собою відокремлений та відносно автономний елемент, який має свої особливості та відрізняється від інших об'єктів, і в той же час наділений певною подібністю. У видах неттінгу, щодо яких здійснюється класифікація, повинні бути помітні їхні чіткі та незмінні властивості, а також ті особливості, за якими вони відрізняються або є схожими з іншими видами.

Здійснюючи класифікацію механізму неттінгу, необхідно пам'ятати, що її зміст полягає не лише в розподілі та групуванні досліджуваних видів неттінгу за різними класифікаційними групами та категоріями, але також у створенні відповідної впорядкованості цих груп та категорій, яка об'єднує їх в єдину систему.

З практичної точки зору, така класифікація дає змогу сформувати систему, що переноситься із теоретичної сфери в реальне життя, та допомагає структурувати поведінку учасників правовідносин щодо здійснення та використання досліджуваних правових інструментів на практиці з метою забезпечення реалізації взаємних домовленостей та захисту існуючих інтересів.

Мета статті – використовуючи кращі зарубіжні доктринальні напрацювання та законодавчі практики, проникнути в глибинну суть механізму неттінгу для здійснення його класифікації, яка б дозволила сформувати комплексне розуміння правової природи даного механізму у вітчизняній науці. Ціллю даної статті залишається посилення уваги українських науковців до необхідності подальшого дослідження неттінгу як ефективного інструменту зниження кредитних та системних ризиків.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. У зв'язку з відносною новизною неттінгу на даному етапі не сформувалися комплексні та систематизовані підходи до класифікації даного механізму. Незважаючи на цей факт, у вітчизняній науці були зроблені перші спроби класифікувати механізм неттінгу у працях О. Виговського та В. Дибі.

З іншого боку, в зарубіжній доктрині можна знайти різноманітні бачення щодо проведення класифікації неттінгу. Зокрема, в когорті зарубіжних науковців варто виділити напрацювання Ф. Вуда, В. Бергмана, Р. Бліса, К. Джонсона, Р. Гуда, Р. Куракіна, Ф. Паеха та А. Селівановського, які інколи формують відмінні один від одного підходи у даному питанні. Проте така різносторонність лише дає можливість сформувати повноцінне бачення правової суті механізму неттінгу. Аналіз даних підходів слугує беззаперечним фундаментом для формування вітчизняних досліджень у питанні проведення класифікації неттінгу. Саме тому, зважаючи на поточний стан речей, необхідність подальших ґрунтовних досліджень в даному напрямку вітчизняної науки не викликає сумнівів.

Основні результати дослідження. Невід'ємним елементом класифікації є використання загального принципу, що виступає стрижнем класифікаційної системи в цілому. Даний принцип визначає як спільність властивостей у об'єктів, що належать до одних і тих же груп, так і характер відносин між різними групами. З таким принципом пов'язаний теоретичний рівень організації класифікації. Зокрема, формування класифікаційних груп на основі подібності та відмінності об'єктів становить емпіричну стадію побудови класифікації, а визначення та дослідження загального принципу – безпосередньо характеризує теоретичну стадію її розробки.

Визначення критеріїв, за яким відбувається об'єднання об'єктів у групи, є найважливішим елементом в процесі класифікації. З ними, як правило, пов'язані найсуттєвіші характеристики класифікації. Від правильності вибору критеріїв залежить успіх формування класифікації та виконання нею своїх функцій.

Саме в цьому напрямку першим та найбільш поширеним критерієм класифікації неттінгу варто виділити його поділ в залежності від способу реалізації на: (1) розрахунковий неттінг (*payment netting*), (2) новаційний неттінг (*novation netting*) та (3) ліквідаційний неттінг (*close-out netting*).

Розрахунковий неттінг полягає в договірному механізмі обчислення та визначення однорідних еквівалентних вимог за договорами, що підлягають виконанню в майбутньому (так званими *executory contracts*, до них відносяться, наприклад, договори на поставку товарів чи контракти щодо операцій з іноземною валютою), відповідно до яких виконання взаємних зобов'язань щодо оплати або здійснення поставки настає в один і той самий день. Основним проблемним питанням, яке, як правило, постає на практиці, є складність здійснення одночасних пла-

тежів. У зв'язку з цим основне завдання розрахункового неттінгу полягає у зменшенні ризику розрахунків (тобто ризику, що розрахунки не здійснюватимуться відповідно до погодженої процедури та у встановлений час), оскільки в результаті застосування даного договірної механізму єдиним зобов'язанням залишається погашення чистої суми боргу (різниця між двома сумами взаємного боргу) стороною з більшою сумою боргу.

В цьому контексті варто зазначити, що розрахунковий неттінг відрізняється від "класичної" процедури зарахування зустрічних однорідних вимог, оскільки використовується у договорах, що підлягають виконанню в майбутньому, в той час як зарахування зустрічних вимог здійснюється за договорами, відповідно до яких наступив строк виконання зобов'язань. Крім цього, сторони використовують зарахування зустрічних вимог для зменшення або усунення так званого "передрозрахункового" ризику (*pre-settlement risk*), який полягає у можливості втрат через невиконання зобов'язань контрагентом до встановленої дати розрахунків, коли розмір втрат залежить від існуючих ставок (курсів) на ринку. В свою чергу розрахунковий неттінг не змінює сукупних зобов'язань сторін, а лише полегшує процес розрахунків між сторонами, зводячи його до оплати чистої суми боргу.

Для кращого розуміння сутності та принципу роботи даного механізму пропонуємо розглянути наступний приклад. Відповідно до договору між комерційними банками Банк-А продає Банку-Б 87 тис. євро за 100 тис. доларів США. Через декілька днів, Банк-А купує у Банку-Б 88 тис. євро за 100 тис. доларів США, які повинні бути виплачені в той же день, що і суми по першому контракту. Якщо у встановлений день Банк-А виплачує 87 тис. євро та 100 тис. доларів США в рамках двох контрактів, а Банк-Б не в змозі виконати свої зобов'язання або стає неплатоспроможним, перш ніж сплатити свої 100 тис. доларів США та 88 тис. євро, в такому випадку Банк-А втрачає ці суми у валовому еквіваленті (*gross amounts*), тобто збитки Банку-А становитимуть 87 тис. євро та 100 тис. доларів США відповідно. Однак при застосуванні розрахункового неттінгу до даних зустрічних зобов'язань в момент укладання другого контракту між банками, ризику Банку-А у даній трансакції будуть зменшені до чистої суми боргу і становитимуть лише 1 тис. євро.

Крім цього, необхідно розуміти, що розрахунковий неттінг сам по собі не призводить до договірної консолідації окремих зустрічних зобов'язань сторін та визначення чистої суми боргу, він здійснюється лише в момент настання строку виконання відповідних зобов'язань, коли платежі за цими зобов'язаннями підлягають погашенню [1, с. 511]. На практиці розрахунковий неттінг міститься в типових стандартизованих договорах таких як, Європейська генеральна угода Європейської банківської асоціації (стаття 3(4)), Генеральна угода ISDA щодо мультивалютних операцій (стаття 2 (с)) тощо.

Здійснення розрахункового неттінгу має особливе значення в ситуаціях, коли сторони договору про неттінг знаходяться в різних часових поясах та немає можливості здійснити одночасний платіж [2, с. 73]. Використання неттінгу усуває ризику, пов'язані з розрахунками із контрагентом (коли одна сторона, яка знаходиться в більш ранній часовій зоні, виконує своє зобов'язання, а сторона, яка знаходиться в більш пізньому часовому поясі, не може або не хоче виконати своє зобов'язання).

Наступним видом неттінгу в залежності від способу реалізації даного правового механізму виступає новаційний неттінг. Його розуміння та тлумачення у науковій доктрині має свої особливості, які полягають у тому, що деякі вчені не відокремлюють даного виду в окрему

категорію, інші ж навпаки – вказують на його якісно відмінні характеристики.

Зокрема, Філіп Паєх визначає новаційний неттінг як особливу форму розрахункового неттінгу. В свою чергу Оненне Партш-Бобрічєфф під новаційним неттінгом розуміє процедуру неттінгу, яка полягає у заміні певної сукупності старих зобов'язань на нові зобов'язання [3, с. 26]. З іншої сторони Рой Гуд пояснює суть новаційного неттінгу через його функціональні характеристики [1, с. 510]. Зокрема, такий вид неттінгу полягає в припиненні двох або більше однорідних договорів (а не лише платіжних зобов'язань, як у випадку з розрахунковим неттінгом) і заміні цих договорів єдиним новим договором такого ж типу, що відображає лише чисту суму взаємних зобов'язань, передбачених у договорах, що припиняються.

Функціональні особливості новаційного неттінгу можна розглянути на наступному прикладі. Банк-А купує у Банку-Б 100 тис. доларів США за 90 тис. євро, які виплачуються 15 червня. Згодом Банк-Б вирішує придбати у Банку-А 150 тис. доларів США за 135 тис. євро. В рамках новаційного неттінгу сторони припиняють обидва договори та замінюють їх єдиним договором, відповідно до якого 15 червня Банк-Б отримає від Банку-А 50 тис. доларів США, а Банк-А отримає 45 тис. євро від Банку-Б.

На практиці такий спосіб проведення неттінгу погоджується сторонами при укладанні основної генеральної угоди. Зокрема, у випадку з укладенням угод "своп", сторони на початку домовляються, що при виникненні зустрічних вимог їхні зобов'язання будуть зводитися до єдиного "чистого" зобов'язання, яке замінюватиме відповідні зустрічні вимоги [4, с. 394]. Загалом новаційний неттінг в основному використовується лише на валютному ринку для зменшення вимог щодо достатності капіталу. Більшість вчених та практиків погоджуються, що застосування новаційного неттінгу є відносно не поширеним явищем в порівнянні із використанням угод про розрахунковий та ліквідаційний неттінг.

Порівнюючи ліквідаційний неттінг з двома попередніми різновидами неттінгу, необхідно зауважити, в першу чергу, про те, що використання та забезпечення реалізації саме даного правового інструменту породжує найбільше правових питань та колізій на практиці.

На відміну від розрахункового неттінгу, який застосовується до договорів, що підлягають виконанню в один і той самий день, ліквідаційний неттінг (*close-out netting*) використовується у договорах з різними датами виконання, припиняючи усі зобов'язання за відповідними договорами у погоджену дату з одночасним визначенням чистої суми боргу між сторонами.

Даний вид неттінгу зазвичай пояснюється через застосування процедури, яка складається з таких послідовних етапів у випадку дефолту або неплатоспроможності сторін: (1) припинення договорів із зустрічними вимогами сторін (автоматично або шляхом повідомлення), (2) оцінка припинених вимог та (3) визначення єдиної чистої суми боргу.

Питанням правового регулювання ліквідаційного неттінгу приділяється значна увага не лише в рамках національного законодавства, але безпосередньо у міжнародних договорах та конвенціях (наприклад, статті 31 та 33 Женевської конвенції УНІДРУА про матеріально-правові норми відносно цінних паперів, що знаходяться у володінні посередника 2009 року), у міжнародній стандартизованій трансакційній документації, яка активно використовуються учасниками фінансового ринку (наприклад, положення статей 6 та 7 Європейської генеральної угоди, розробленої Європейською банківською асоціацією; статті 5 та 6 Генеральної угоди ISDA тощо), а також у міжнародних рекомендаціях що-

до імплементації даного правового інструменту у національні законодавства держав (Принципи УНІДРУА щодо застосування положень про ліквідаційний неттінг 2013 року, Модельний закон ISDA про неттінг, рекомендації 101-107 Керівництва (посібника) ЮНСІТРАЛ для законодавчих органів з питань законодавства про неплатоспроможність тощо).

Суть ліквідаційного неттінгу можна продемонструвати на наступному прикладі. Між Банком-А та Банком-Б укладено безліч фінансових договорів з різного роду зустрічними зобов'язаннями (наприклад, щодо виплати відсотків, поставки іноземної валюти, щодо повернення забезпечення, застави цінних паперів тощо). З метою уникнення ризиків, пов'язаних з контрагентом, сторони укладають договір про ліквідаційний неттінг, який передбачає, що у разі невиконання (дефолту) зобов'язань будь-якою із сторін перед іншою стороною, всі зустрічні права та обов'язки вважаються припиненими. Відповідно до механізму оцінки, попередньо погодженого сторонами у договорі про ліквідаційний неттінг, такі зобов'язання, незалежно від їхньої природи, перетворюються (конвертуються) у грошові зобов'язання. В результаті такого перетворення проводиться обчислення сум усіх зустрічних зобов'язань сторін з метою визначення єдиної чистої суми, яка підлягає сплаті стороною з більшою сумою боргу.

У випадку неплатоспроможності однієї із сторін, чиста сума боргу виплачується наступним чином: якщо відповідну суму повинна сплатити неплатоспроможна сторона, то зазвичай така сума буде виплачуватися із ліквідаційної маси неплатоспроможного боржника відповідно до законодавчо встановленої черговості погашення вимог кредиторів (в такій ситуації платоспроможна сторона виступатиме в якості конкурсного (незабезпеченого) кредитора з досить низькою ймовірністю отримання визначеної суми боргу), у протилежній ситуації така сума підлягатиме сплаті платоспроможною стороною на користь неплатоспроможної сторони.

Варто звернути увагу, що застосування ліквідаційного неттінгу не завжди означає неплатоспроможність однієї із сторін. На практиці сторони досить часто передбачають можливість застосування неттінгу при платоспроможності обох сторін. Виходячи із принципу свободи договору, сторони вправі самостійно визначати, які саме ситуації та події виступають тригером (дефолтом) для ініціювання процедури ліквідаційного неттінгу. Серед них найчастіше передбачають наступні: невиконання одного або декількох зобов'язань однією із сторін за договором, ініціювання органами державної влади будь-якого розслідування щодо діяльності однієї із сторін, прийняття однією із сторін рішення про реструктуризацію боргів, реорганізація однієї із сторін, зниження кредитного рейтингу однієї із сторін нижче погодженого рівня або ж настання визначених форс-мажорних обставин тощо. Всі вище перераховані ситуації, як правило, відбуваються при платоспроможності обох сторін, хоча і можуть безпосередньо передувати неплатоспроможності. З іншої сторони, в рамках неплатоспроможності тригером для запуску ліквідаційного неттінгу може виступати будь-яка із наступних ситуацій: подання заяви про неплатоспроможність однією із сторін, призначення державного адміністратора чи арбітражного керуючого, відкриття процедури банкрутства щодо однієї із сторін тощо.

Виходячи із вищезазначеного, в контексті класифікації в залежності від фінансового стану сторін ліквідаційний неттінг можна поділити на: (1) неттінг, в якому одна із сторін неплатоспроможна (*insolvency netting*), та (2) неттінг, при якому обидві сторони платоспроможні

(*solvent netting*). Таку класифікацію, зокрема, підтримують Вільям Бергман, Роберт Бліс та Крістіан Джонсон [5].

Іншим достатньо поширеним підходом є поділ неттінгу в залежності від кількості його сторін. Зокрема, виділяють двосторонній та багатосторонній неттінг. З першого погляду, така класифікація не повинна була б викликати труднощів у поясненні суті вказаних видів, оскільки двосторонній неттінг відбувається між двома сторонами, а багатосторонній неттінг між трьома і більше. Однак серед дослідників та експертів в даній сфері існують певні розбіжності в поглядах. Зокрема, ряд вчених (серед яких і вітчизняні дослідники), пояснює суть багатостороннього неттінгу через участь центрального контрагента (*central counterparty*) у відповідних фінансових трансакціях сторін в рамках процедури клірингу [6, с. 117; 7, с. 60; 8, с. 476], в той час як інші дослідники відносять такий спосіб неттінгу за участю центрального контрагента до двостороннього неттінгу [9, с. 98].

Для роз'яснення даних розбіжностей необхідно зрозуміти принципи функціонування центрального контрагента. Зокрема, використання центрального контрагента у трансакціях сторін може здійснюватися як на підставі договірних домовленостей між учасниками ринку, так і в силу вимог закону. У випадку використання центрального контрагента ризик розрахунків концентрується саме на відповідному центральному контрагенті та автоматично визначається і дорівнює так званій "чистій" схильності до ризику (*net exposure*). З іншої сторони, внаслідок концентрації розрахунків на центральному контрагенті існує значний операційний ризик (крах операційної системи центрального контрагента може призвести до непоправних наслідків) та ризик ліквідності (недостатня кількість готівкових коштів для проведення розрахунків між сторонами може призвести до неплатоспроможності) [10, с. 98].

Принцип роботи центрального контрагента полягає в його ролі як посередника між учасниками комерційних відносин. Зокрема, у трансакціях між учасниками ринку центральний контрагент виступає "покупцем для кожного продавця та продавцем кожного покупця" [11, с. 6].

В більшості іноземних юрисдикцій використання механізмів неттінгу у роботі центрального контрагента (в тому числі клірингових палат) поширено в авіаційному сегменті ринку, електроенергетиці та в сфері обслуговування платежів. Зокрема, компанії, що бажають здійснювати розрахунки через центрального контрагента стають учасниками відповідної клірингової системи (наприклад, в авіації – це клірингова система IATA з купівлі-продажу квитків (*IATA ticketing clearance system*), в електроенергетиці – система неттінгу електроенергетичних пулів (*electricity pool netting system*) або платіжна клірингова система (*payment clearing system*) тощо). Відповідно до клірингової системи розрахунків учасники можуть погодитись на застосування неттінгу, в результаті якого по відношенню до кожного учасника визначається чиста сума зобов'язання (*net amount*).

Ризик розрахунків для кожного учасника існує винятково по відношенню до центрального контрагента (це актуально як для розрахункового, так і для ліквідаційного неттінгу). Виходячи з ролі центрального контрагента у фінансових трансакціях (де він набуває як статусу продавця для кожного покупця, так і статусу покупця для кожного продавця), можна стверджувати, що він виступає в якості третього учасника відповідних правовідносин. З іншої сторони посередницька роль центрального контрагента робить його неповноцінним незалежним учасником правовідносин. З огляду на це, при здійсненні неттінгу через центрального контрагента, на

нашу думку, домінує двосторонній характер правовідносин між сторонами.

В цілому серед прикладів договірних інструментів, в яких використовується положення про двосторонній неттінг можна виділити Генеральну угоду ISDA щодо мультивалютних операцій, 2002 року (*Multicurrency Master Agreement*), Генеральну угоду щодо міжнародного обміну валют (*International foreign exchange master agreement*) та Глобальну генеральну угоду РЕПО (версії 2000 року та 2011 року), розроблену Міжнародною асоціацією ринків капіталу (*International Capital Market Association*).

Що стосується багатостороннього неттінгу, то його застосування відбувається за окремим сценарієм, в якому беруть участь троє і більше незалежних один від одного учасників фінансового ринку, які здійснюють розрахунки між собою на багатосторонній основі, застосовуючи при цьому механізми, схожі на ті, що використовуються у ліквідаційному неттінгу в поєднанні із взаємними перехресними уступками права вимоги та перехресними гарантіями.

Даний вид неттінгу можна проілюструвати на наступному прикладі. Банк-А, Банк-Б та Банк-В уклали між собою багатосторонню угоду про неттінг, згідно з якою вимоги та зобов'язання, що існують на двосторонній основі між будь-якими із зазначених банків, замінюються відповідними чистими вимогами та зобов'язаннями, розрахованими на багатосторонній основі. Припустимо наступну ситуацію: відповідно до двосторонніх зобов'язань Банк-А повинен сплатити Банку-Б 20 тис. євро, в той час як Банк-Б має заборгованість перед Банком-В у сумі 60 тис. євро, а Банк-В повинен виплатити Банку-А 40 тис. євро. При застосуванні механізму багатостороннього неттінгу у вищевказаній змодельованій ситуації відбувається перехресна уступка права вимоги та здійснюється розрахунок чистої суми зобов'язань, в результаті чого Банк-А не буде сплачувати нічого, Банк-Б повинен буде сплатити 40 тис. євро на користь Банку-В, а Банк-В повинен буде виплатити Банку-А 20 тис. євро.

Багатосторонні договори про неттінг часто використовуються у торгівлі другорядними борговими зобов'язаннями (*secondary debt trading*) та проблемними боргами (*distressed debt*). В цьому напрямку Асоціація учасників кредитного ринку (*Loan Market Association*) розробила систему договорів щодо здійснення неттінгу, що включають багатосторонні договори про неттінг.

В цілому такий механізм багатостороннього неттінгу дозволяє насамперед зменшувати ризики одного учасника ринку одночасно у відносинах з декількома іншими, незалежними учасниками ринку.

З іншої сторони використання даного інструменту зумовлює певні труднощі у його реалізації. По-перше, відповідний багатосторонній договір про неттінг є досить складним з точки зору юридичної техніки, оскільки в ньому використовується комплексна система взаємних перехресних уступок права вимоги та система перехресних гарантій сторін. По-друге, можливість використання багатостороннього договору про неттінг залежить від положень законодавства про неплатоспроможність у кожній окремо взятій юрисдикції (питання полягає в тому, наскільки безпосередньо неттінг та багатосторонній неттінг зокрема визнаються юридично обов'язковими правовими інструментами). По-третє, при застосуванні перехресних уступок права вимоги на спеціальній основі (*ad hoc*) при неплатоспроможності або дефолті однієї із сторін багатостороннього договору про неттінг, тимчасовий адміністратор (або інша

уповноважена особа в залежності від процедури неплатоспроможності) може відмовитись від виконання такого договору, оскільки він створює необґрунтовані переваги для окремих кредиторів. Крім цього, у випадку транскордонних трансакцій законодавство про неплатоспроможність може посилювати вищевказані труднощі застосуванням багатосторонніх договорів про неттінг.

Яскравим прикладом, який зазвичай наводять для ілюстрації проблем, пов'язаних із використанням неттінгу за участю клірингової палати чи центрального контрагента у випадку неплатоспроможності однієї із сторін, є справа *British Eagle International Airlines Ltd v Compagnie Nationale Air France*, в якій Палата лордів постановила, що застосування такого виду неттінгу порушує принцип рівнозначного розподілу активів неплатоспроможного боржника між кредиторами (*pari passu*) та, як наслідок, суперечить публічному порядку [12].

Виходячи з критерію кількості сторін, можна виділити більш вузьку похідну класифікацією неттінгу в залежності від способу врегулювання взаємних позицій (вимог) сторін в системі клірингу. Згідно з цим критерієм неттінг може бути двох видів: (1) без участі центрального контрагента, що виступає стороною в розрахунках між кредиторами та боржниками та (2) за участю центрального контрагента в якості сторони розрахунків.

Зокрема, врегулювання взаємних позицій без участі центрального контрагента здійснюється кліринговою палатою шляхом безпосереднього призначення кожному кредитору відповідного боржника. У випадку здійснення неттінгу через центрального контрагента останній виступає для кожного кредитора боржником, а для кожного боржника відповідно кредитором. В такій ситуації, центральний контрагент стає єдиним кредитором для всіх боржників і єдиним боржником для всіх кредиторів. Проведення розрахунків між відповідними учасниками клірингової палати здійснюється шляхом направлення боржниками платежів на користь центрального контрагента, та розподілом центральним контрагентом отриманих платежів між кредиторами.

Беручи до уваги інші критерії класифікації, на нашу думку, неттінг можна поділяти в залежності від характеру відносин між сторонами договору про неттінг. Зокрема, доцільно виділити наступні види: (1) неттінг між компанією (головним офісом) та її відокремленим підрозділом (представництвом або філією) (*multi-branch netting*), (2) неттінг між материнською компанією та дочірньою компанією (*inter-group netting*) та (3) неттінг між юридично незалежними учасниками ринку.

В контексті першого виду неттінгу, учасники фінансового ринку, як правило, для забезпечення свого належного та ефективного функціонування створюють відокремлені підрозділи як в рамках однієї держави, так і в інших іноземних юрисдикціях. На практиці компанія може укладати із своїми відокремленими підрозділами договори про неттінг, які поширюються на всі зустрічні вимоги та зобов'язання, що виникають між компанією (головним офісом) та її відокремленими підрозділами. Як відомо, останні, на відміну від дочірніх компаній, не можуть виступати в якості окремих юридичних осіб і відповідно є повністю юридично залежними від головного офісу компанії (тобто відокремлені підрозділи та головний офіс є частиною однієї юридичної особи).

До тих пір поки юридична особа і всі її відокремлені підрозділи є платоспроможними і не знаходяться в дефолті, здійснення неттінгу, як правило, не викликати проблем із визнанням та виконанням відповідного договору на практиці. Однак у випадку неплатоспромож-

ності компанії, питання визнання та виконання такого договору нетінгу залежатиме насамперед від того, чи буде застосовуватись до компанії та її відокремлених підрозділів, які знаходяться в інших юрисдикціях, єдина процедура банкрутства (тобто чи буде законодавство про неплатоспроможність держави, в якій знаходиться головний офіс компанії, поширюватись на відокремлені підрозділи компанії), чи навпаки на відокремлені підрозділи буде поширюватись процедура банкрутства, що встановлена в юрисдикції їх місця знаходження [13, 14]. В останньому випадку тимчасовий адміністратор може застосовувати процедуру щодо захисту активів, які знаходяться в іноземній юрисдикції (*ring-fencing*) та забороняти або відмовлятися від вимог та зобов'язань, що існують між головним офісом та його відокремленими підрозділами.

В свою чергу нетінг між материнською компанією та дочірньою компанією характеризується внутрішньо груповими зв'язками між сторонами договору в рамках однієї корпоративної структури. В даному випадку обидві сторони є юридично незалежними учасниками правовідносин, розділеними так званою корпоративною "вуаллю" (*corporate veil*). Як і в ситуації з компанією та її відокремленими підрозділами, аналогічні проблеми з реалізацією нетінгу можуть виникати у випадку неплатоспроможності материнської або дочірньої компанії. Все це значною мірою посилюється транскордонним характером відносин між учасниками ринку. Крім цього, здійснення будь-яких зустрічних трансакцій між материнською та дочірньою компаніями із заниженою вартістю (*undervalue transactions*) або з метою шахрайства автоматично ставить під сумнів визнання договору нетінгу в цілому [10, с. 95].

На відміну від двох попередніх, третій вид нетінгу характеризується повною юридичною незалежністю між учасниками ринку. Він є найбільш поширеним на фінансовому ринку та дозволяє сторонам в значній мірі уникати ризиків пов'язаних із контрагентами.

В залежності від підходів до правового регулювання, що сформувались у національному законодавстві держав, нетінг можна поділити на наступні види: (1) нетінг, що здійснюється на підставі закону, та (2) нетінг, що здійснюється на підставі договору.

На сьогоднішній день близько 50 держав прийняли нормативно-правові акти, які регулюють питання застосування нетінгу. Протягом останнього десятиліття у національному законодавстві багатьох держав сформувались різноманітні підходи до правового регулювання нетінгу. Зокрема, законодавство одних держав чітко регламентує використання договорів про нетінг, встановлюючи чіткі вимоги до застосування положень про нетінг, в той час як законодавство інших держав передбачає лише загальні принципи здійснення нетінгу, залишаючи значне коло питань щодо використання договорів про нетінг на розсуд сторін, виходячи з принципу свободи договору.

Варто зазначити, що застосування нетінгу на підставі договору є значно поширенішим явищем в порівнянні з нетінгом, що здійснюється на основі закону. Останній є відносно рідкісним явищем і застосовується в незначній кількості юрисдикцій.

В якості прикладу нетінгу, що здійснюється в силу закону, можна навести положення законодавства Німеччини, Японії, Південної Африки тощо. Зокрема, у статті 104 Закону Німеччини про неплатоспроможність передбачається, що всі зустрічні невиконані або частково невиконані зобов'язання сторін за фінансовими угодами

припиняються в силу закону після початку процедури банкрутства щодо однією із сторін та трансформуються у єдину вимогу, що дорівнює різниці вартості усіх припинених та заміщених вимог, виходячи з ринкової вартості зобов'язань [15].

Згідно із статтею 2.6 Закону Японії про ліквідаційний нетінг окремих фінансових трансакцій, укладених фінансовими установами, нетінг виникає також в силу закону. Зокрема, передбачено, що кожна фінансова трансакція, котра є частиною генерального договору підлягає оцінці у відповідності з положеннями законодавства, після настання відповідної події, що є підставою для припинення договору [16].

Закон Південно-Африканської Республіки про неплатоспроможність застосовує аналогічний підхід у правовому регулюванні нетінгу. Зокрема, у статті 35В.1 Закону передбачається, що всі невиконані зобов'язання, котрі виникають на основі одного чи декількох генеральних договорів між сторонами, підлягають автоматичному припиненню в день початку процедури банкрутства щодо однієї із сторін. Вартість відповідних зобов'язань оцінюється на основі їх ринкової вартості в день ініціювання процедури банкрутства, в результаті чого визначається чиста вартість зустрічних вимог, яка підлягає сплаті [17].

З іншої сторони, нетінг на основі договору між сторонами передбачається у більшості держав, що імплементували даний правовий інструмент у своє національне законодавство. Серед таких держав можна виділити Бельгію, Англію та Уельс, Францію, США тощо.

Зокрема, бельгійське право відображає концепцію нетінгу шляхом об'єднання традиційного поняття зарахування зустрічних вимог з функціональним описом різних етапів, що передбачені нетінгом. Так, Закон Бельгії про фінансове забезпечення передбачає здійснення нетінгу на основі договору між сторонами [18].

В англійському праві питання застосування нетінгу на основі договору обмежується сферою дії у відносинах, предметом яких є фінансове забезпечення [19]. У всіх інших випадках застосовуються положення про зарахування зустрічних вимог при неплатоспроможності (*insolvency set-off*).

Французький валютно-фінансовий кодекс передбачає використання нетінгу на основі договірних положень сторін, передбачаючи, що фінансові угоди можуть бути припинені сторонами шляхом визначення єдиної чистої суми боргу [20].

Федеральне законодавство США з питань корпоративного права та банкрутства банків гарантує виконання договорів про нетінг, передбачаючи можливість платоспроможної сторони реалізувати свої права (закріплені договором між сторонами) для здійснення нетінгу зустрічних зобов'язань, котрі підлягають припиненню за одним чи декількома генеральними договорами [21].

Крім цього, в залежності від форми закріплення нетінг можна поділити на: (1) нетінг, що оформлюється в окремому договорі, (2) нетінг, що закріплюється у формі окремого положення в договорі, та (3) нетінг, що є частиною генерального договору.

В залежності від об'єктів, що можуть бути предметом договору нетінгу, виділяють: (1) нетінг трансакцій з цінними паперами, (2) нетінг трансакцій з деривативами, (3) нетінг трансакцій щодо поставки валюти, (4) нетінг трансакцій з дорогоцінними металами, (5) нетінг трансакцій щодо окремих видів активів, наділених родовими ознаками, (6) нетінг трансакцій із фінансовим забезпеченням тощо.

Зрештою, виходячи безпосередньо із способу закріплення вимог, неттінг можна поділити на: (1) неттінг вимог (трансакцій), що випливають з одного договору та (2) неттінг вимог (трансакцій), що випливають з різних договорів або (3) з єдиного рамкового договору.

Виходячи з вищевказаного, така різноманітність критеріїв класифікації неттінгу вказує, з однієї сторони, на його якісні характеристики, а з іншої – на не просту правову природу даного механізму, що ще раз підтверджує його відмінність від інших схожих правових інструментів.

Висновки. У класифікаціях, як і в наукових теоріях, формуються поняття досліджуваних об'єктів та визначаються відносини між цими поняттями. Класифікаційні системи виступають свого роду родючими полями, на яких виростає та формується безліч нових понять, що збагачують понятійно-категоріальний апарат науки. Крім цього, класифікація є підґрунтям для прогнозування нових наукових результатів, оскільки дозволяє передбачати існування раніше невідомих об'єктів, їх властивостей та груп, а також відкривати нові зв'язки між уже відомими об'єктами.

Будучи наділеною евристичної цінністю, класифікація схильна до змін та вдосконалення у зв'язку з новими відкриттями. В цьому відношенні вона також досить схожа з науковими теоріями, які, піддаючись перевірці, можуть коригуватися та модифікуватися. При цьому слід мати на увазі, що класифікація, яка будується на основі обмеженого кола ознак, часто призводить до створення штучних угруповань, від яких рано чи пізно відмовляються. Однак та класифікація, яка заснована на множинності істотних властивостей об'єктів та наділена об'єктивною гнучкістю зберігається та укорінюється в науці.

Список використаних джерел:

1. Goode R. Commercial Law (edited by E. McKendrick) / Roy Goode. – London: Penguin, 2010. – 1433 p.
2. Paul C. Banking and Capital Markets Companion / C. Paul, G. Montagu. – London: Bloomsbury Publishing, 2011. – 580 p.
3. Partsch-Bobricheff O. Analysis of the current legal framework for clearing and settlement services in the European Union / Onenne Partsch-Bobricheff // Euredia: Bruxelles. – 2005. – №1. – P. 15–72 p.

В. Лютий, асп.

Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

ОСНОВНЫЕ АСПЕКТЫ КЛАССИФИКАЦИИ НЕТТИНГА

В статье анализируются различные подходы к проведению классификации неттинга в отечественной и зарубежной научной доктрине, а также в законодательстве зарубежных стран. Определяются основные критерии для проведения классификации механизма неттинга. Подробно анализируются отдельные виды неттинга, исходя из установленных критериев классификации. В статье особое внимание уделяется практическим вопросам, возникающим в процессе классификации неттинга. Определяются основные различия в подходах к классификации неттинга, а также формируется комплексное видение разностороннего характера механизма неттинга.

Ключевые слова: неттинг, классификация, ликвидационный неттинг, новационный неттинг, расчетный неттинг.

V. Liutyi, PhD Student

Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

MAIN ASPECTS OF NETTING CLASSIFICATION

This article provides the analysis for various approaches to the classification of netting elaborated in the national and foreign scientific doctrine, as well as in the legislation of foreign countries. It determines the main criteria for classification of netting mechanism. The article also outlines a detailed analysis of various types of netting based on the established criteria for classification. Special attention is paid to the practical questions arising in the process of netting classification. The paper highlights main differences in the approaches to the netting classification, and suggests a comprehensive vision of the wide-ranging nature of netting.

Key words: netting, classification, close-out netting, novation netting, payment netting.

4. Dalhuisen J. Transnational comparative, commercial, financial and trade law / Jan Dalhuisen. – Vol. 3, 4th ed. – Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2010. – 794 p.

5. Netting, Financial Contracts, and Banks: The Economic Implications / W. Bergman, R. Bliss, C. Johnson, G. Kaufman // Federal Reserve Bank of Chicago. – 2004. – [Електронний ресурс] – Режим доступу: https://fraser.stlouisfed.org/files/docs/historical/frbchi/workingpapers/frbchi_workingpaper_2004-02.pdf

6. Куракин П. С. Правовое регулирование биржевого срочного рынка / Роман Сергеевич Куракин. – Москва: Wolters Kluwer, 2010. – 208 с.

7. Селивановский А. С. Зачет, взаимозачет, неттинг? / А. С. Селивановский. // Хозяйство и право. – Москва, 2009. – №9. – С. 57–62.

8. Диба В. М. Неттінг – банківська новація у розрахунках / В. М. Диба, В. С. Котковський // Формування ринкової економіки: зб. наук. пр. / М-во освіти і науки України, ДВНЗ "Київ. нац. екон. ун-т ім. В. Гетьмана". – К.: КНЕУ, 2010. – № 24. – С. 476 (С. 453-468).

9. Paech P. The need for an international instrument on the enforceability of close-out netting in general and in the context of bank resolution. – UNIDROIT, 2011. – 80 p.

10. Wood P. Set-off and Netting, Derivatives, Clearing Systems / Phillip Wood. – London: Sweet & Maxwell, 2007. – 415 p.

11. Löber K. The developing EU legal framework for clearing and settlement // ECB Legal Working Paper Series. – 2006. – No. 1. – P. 6. (65 p.) – [Електронний ресурс] – Режим доступу: <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scplps/ecblwp1.pdf?647f755059c281c38c0e6151404fc232>

12. British Eagle International Airlines Ltd v Cie Nationale Air France [1975] 1 WLR 758 – [Електронний ресурс] – Режим доступу: <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=146878>

13. UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, 1997 – [Електронний ресурс] – Режим доступу: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/1997-Model-Law-Insol-2013-Guide-Enactment-e.pdf>

14. EU Directive on reorganisation and winding up of credit institutions, 2001, in particular Art. 10 – [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32001L0024>

15. Insolvenzordnung, 1994 – [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_inso/

16. Law of Japan on close-out netting of specified financial transactions undertaken by financial institutions, No. 108, 15 June 1998.

17. South Africa Insolvency Act, No. 24 of 1936 – [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.justice.gov.za/legislation/acts/1936-024.pdf>

18. Belgium Financial Collateral Act of 15 December 2004 – [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://www.etaamb.be/fr/loi-du-15-decembre-2004_n2005003036.html

19. Financial Collateral Arrangements (No. 2) Regulations 2003 – [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2003/3226/contents/made>

20. Code monétaire et financier, 2001 – [Електронний ресурс] – Режим доступу: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072026>

21. Title 11 (Bankruptcy) of the United States Code – [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://uscode.house.gov/browse/prelim@title11&edition=prelim>

Надійшла до редколегії 15.08.17