



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited

15 July 2003*

Russian

Original: English

Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли

Рабочая группа V (Законодательство о несостоятельности)

Двадцать девятая сессия

Вена, 1–5 сентября 2003 года

Проект руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности

Записка Секретариата

1. Приводимые ниже пункты и рекомендации были выработаны по инициативе Международного валютного фонда в сотрудничестве с группой экспертов по итогам обсуждения Рабочей группой на ее 28-й сессии (Нью-Йорк, 24–28 февраля 2003 года) вопросов зачета, а также финансовых контрактов и взаимозачета. Цель этих пересмотренных пунктов состоит в том, чтобы четко разъяснить соответствующие концепции и вопросы, возникающие в связи с правами на зачет, а также финансовыми контрактами и взаимозачетом, что затем нашло свое отражение в рекомендациях.

2. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности включения в раздел, содержащий комментарий, каких-либо дополнительных материалов пояснительного характера. Вопросы, поставленные в докладе о работе 28-й сессии Рабочей группы, отражены в документе A/CN.9/530, пункты 26–37, а предварительный проект этого раздела приводится в документе A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9, пункты 190–202.

3. Нижеследующие пункты будут включены в часть вторую, глава III, "Режим активов при открытии производства по делу о несостоятельности" проекта руководства для законодательных органов после раздела, касающегося расторжения сделок.

* Настоящий документ был представлен с опозданием, что было вызвано необходимостью дождаться завершения консультаций.



Е. Права на зачет

189. Предусмотренная в законодательстве о несостоятельности реализация прав на зачет взаимных обязательств, возникших в результате сделок или действий должника, совершенных до открытия производства по делу о несостоятельности, имеет важное значение не только потому, что это необходимо для обеспечения коммерческой предсказуемости и наличия кредита, но и потому, что таким образом можно предотвратить целенаправленное злоупотребление процедурами несостоятельности. По этой причине в законодательстве о несостоятельности крайне желательно предусмотреть защиту таких прав на зачет.

190. В правовых системах большинства стран права на зачет не затрагиваются меморандумом, вводимым при наступлении несостоятельности, и они могут быть реализованы после открытия производства по делу о несостоятельности, независимо от того, возникают ли взаимные обязательства по какому-либо одному контракту или по ряду контрактов, и независимо от того, наступает ли срок платежей по взаимным обязательствам до или после открытия производства по делу о несостоятельности. В некоторых правовых системах проводится следующее различие: после открытия производства по делу о несостоятельности разрешается производить зачет обязательств, срок погашения которых наступил до открытия такого производства, однако зачет обязательств, срок погашения которых наступил после начала производства по делу о несостоятельности, ограничивается или запрещается.

191. Альтернативный подход предусматривает сохранение прав на зачет независимо от того, когда наступает срок погашения взаимных обязательств: до или после открытия производства по делу о несостоятельности, но при этом действие моратория распространяется на реализацию этих прав точно так же, как этот мораторий применяется к осуществлению прав обеспеченных кредиторов. В системах, в которых используется этот альтернативный подход, кредитор считается обладающим обеспеченным требованием в объеме своих действительных, но нереализованных прав на зачет, и эти права пользуются такой же защитой, как и обеспечительные интересы¹.

192. Законодательство о несостоятельности почти всегда содержит положения, которые разрешают управляющему в деле о несостоятельности принимать меры для того, чтобы избежать последствий определенных действий кредиторов до открытия производства по делу о несостоятельности, имеющих своей целью расширить свои права на зачет (например, приобретения требований со скидкой с целью создать права на зачет). Характер и сфера действия таких положений могут быть различными.

193. Права на зачет часто возникают при расторжении таких многочисленных открытых договоров, как финансовые контракты. Поэтому режим прав на зачет при наступлении несостоятельности связан с режимом таких контрактов по законодательству о несостоятельности. В случае, если законодательство о несостоятельности не допускает свободного расторжения договоров или вводит мораторий, запрет или другие ограничения в отношении реализации прав на зачет, необходимо бывает предусмотреть исключения, которые соответствующим образом распространялись бы на такие категории договоров,

¹ См. Часть вторую, главу III.B.8.

как финансовые контракты, с тем чтобы подобные ограничения к ним не применялись. Желательно, чтобы исключения в отношении этих категорий контрактов распространялись и на положения о расторжении сделок, которые могут применяться к финансовым контрактам, и на любые препятствия, которые могут ограничивать применение обеспечения в отношении неисполненных обязательств по финансовым контрактам, сохранившихся после завершения зачетов.

Рекомендации

Цель законодательных положений

Цель положений, касающихся зачета, заключается в следующем:

- a) обеспечить определенность в отношении последствий открытия производства по делу о несостоятельности для реализации прав на зачет;
- b) указать виды обязательств, которые могут зачитываться после открытия производства по делу о несостоятельности;
- c) конкретизировать последствия других положений законодательства (например, положений, касающихся расторжения сделок и моратория) для реализации прав на зачет.

Содержание законодательных положений

[(82) Законодательство о несостоятельности должно защищать существующее согласно общим нормам права право на зачет, которое было правомерно реализовано до открытия производства по делу о несостоятельности, с учетом применения положений о расторжении сделок.]²

G. Финансовые контракты и взаимозачет

194. Финансовые контракты стали важной составляющей международных рынков капитала. Они, среди прочего, способствуют расширению наличия кредита и являются важным средством страхования от изменений обменного курса, процентных ставок и других рыночных колебаний. С учетом структуры и документального оформления таких сделок чрезвычайно важно обеспечить определенность в отношении того, что произойдет, когда одна из сторон таких контрактов не исполняет обязательств, в том числе по причинам несостоятельности.

195. Финансовые контракты включают, среди прочего, операции с ценными бумагами, товарные соглашения, форвардные контракты, опционы, свопы, соглашения о выкупе ценных бумаг, генеральные соглашения о взаимозачете и другие аналогичные контракты. Должники зачастую заключают многочисленные финансовые контракты с каким-либо одним контрагентом в рамках операций одной цепи, и наличие кредита для них расширяется, если права по этим

² Решение Рабочей группы, принятое на ее 28-й сессии, см. документ A/CN.9/530, пункт 33.

контрактам имеют полную исковую силу в соответствии с их условиями, что позволяет контрагентам время от времени предоставлять кредиты на основе *чистой суммы обязательств* после учета стоимости всех "открытых" контрактов.

196. После открытия процедуры по делу о несостоятельности контрагенты стремятся "закрыть" открытые позиции и произвести "взаимозачет" всех обязательств, возникших по финансовым контрактам с должником. "Взаимозачет при закрытии" включает два этапа: сначала в результате открытия производства по делу о несостоятельности расторгаются (закрываются) все открытые контракты, а затем на совокупной основе производится зачет (взаимозачет) всех обязательств, возникших при расторжении сделок.

197. Разрешение производить "взаимозачет при закрытии" после открытия производства по делу о несостоятельности является важным фактором уменьшения системных рисков, которые могут представлять угрозу стабильности финансовых рынков. Стоимость финансового контракта или сумма обязательств по нему может ежедневно (а иногда и ежечасно) существенно меняться в зависимости от конъюнктуры финансовых рынков. Т.е. стоимость таких контрактов весьма переменчива. Как правило, контрагенты уменьшают или страхуют риски, связанные с такими контрактами, заключая с третьими сторонами одну или несколько "зеркальных" сделок или договоров "хеджирования", стоимость которых колеблется с обратной амплитудой по отношению к стоимости контракта должника³.

198. Независимо от того, исполняет ли должник свой контракт с контрагентом, контрагент должен исполнять контракт хеджирования, который он заключил с третьими сторонами. Если должник становится несостоятельным и не может исполнять свой контракт с контрагентом, контрагент оказывается подверженным риску рыночных колебаний в силу того, что страховые позиции контрагента уже "не прикрыты" его контрактом с должником. В подобных обстоятельствах контрагент, как правило, стремится "обеспечить покрытие" контрактов хеджирования путем заключения одного или нескольких новых контрактов, с тем чтобы ослабить свою подверженность рискам будущих рыночных колебаний. В то же время контрагент может обеспечивать такое покрытие лишь с того момента, когда он с определенностью установит, что от него не требуется исполнять его контракт с должником. Контрагент полагается на возможность "закрытия" контракта с должником, что позволяет ему обеспечить быстрое "прикрытие" после начала производства по делу о несостоятельности.

199. В случае невозможности произвести "закрытие", зачет и взаимозачет обязательств по неисполняемым контрактам сразу же после открытия производства по делу о несостоятельности, как это было указано выше, неисполнение должником его контракта (или его решения исполнять выгодные и не исполнять невыгодные контракты) может привести к тому, что контрагент будет не в состоянии исполнять свои соответствующие контракты хеджирования с другими участниками рынка. Несостоятельность влиятельного участника рынка может привести к серии неисполнений обязательств по зеркальным сделкам, что потенциально может затронуть других участников рынка, находящихся в неблагоприятном финансовом положении, и в худшем случае

³ Ссылка на "контракт" в настоящем разделе подразумевает возможность заключения одного или нескольких контрактов.

привести к финансовому краху других контрагентов, включая регулируемые финансовые учреждения. Этот эффект "домино" часто называют "системным риском" и приводят в качестве весомого стратегического довода в пользу обеспечения максимальной предсказуемости результатов и уменьшения риска для участников рынка в этой области.

200. Дополнительные системные риски могут возникнуть из опасений в отношении окончательного характера платежей и расчетов по финансовым контрактам, которые производятся в центральных расчетных системах. В этих системах используются методы двустороннего или многостороннего взаимозачета. Чтобы предотвратить системный риск, необходимо обеспечить признание и защиту принципа взаимозачета обязательств по финансовым контрактам с использованием этих систем, а также окончательного характера урегулирования и расчетов, произведенных с помощью этих систем, в случае наступления несостоятельности одного из участников системы.

201. Во многих странах применение норм общего режима несостоятельности позволит обеспечить исполнение финансовых контрактов в соответствии с их условиями после открытия производства по делу о несостоятельности посредством вступления в силу положений о расторжении договоров в случае несостоятельности (см. часть вторую, главу III.D.2 и рекомендацию (53)) и посредством разрешения зачета обязательств, независимо от того, основывается ли требование о расторжении на положении об автоматическом расторжении договора или же оно возникает до открытия производства по делу о несостоятельности. Правовые системы других стран, содержащие положения о несостоятельности, которые ограничивают действие оговорок об автоматическом расторжении договоров или приостанавливают или ограничивают реализацию прав на зачет и применение кредиторами других средств защиты, требуют, чтобы в их законодательстве о несостоятельности были предусмотрены конкретные исключения, допускающие полную реализацию средств защиты в отношении финансовых контрактов.

Рекомендации

Цель законодательных положений

Цель положения о взаимозачете и зачете в контексте финансовых сделок заключается в следующем:

- а) обеспечить определенность в отношении прав сторон финансовых контракта, когда одна из этих сторон не исполняет контракт по причинам несостоятельности;
- б) ослабить системные риски, которые могут создавать угрозу стабильности финансовых рынков.

Содержание законодательных положений

(83) Законодательство должно признавать связанные с финансовыми контрактами права на расторжение договоров, которые позволяют расторгать эти контракты и производить зачет и взаимозачет невыполненных обязательств по

этим контрактам сразу же после открытия производства по делу о несостоятельности. В случаях, когда законодательство устанавливает мораторий на расторжение договоров или ограничивает принудительное исполнение положений об автоматическом расторжении сделок при открытии производства по делу о несостоятельности, такие ограничения не должны распространяться на финансовые контракты⁴.

(84) После того, как контрагентом расторгнуты финансовые контракты с должником, контрагенту следует разрешить произвести зачет или взаимозачет обязательств по этим расторгнутым финансовым контрактам, с тем чтобы установить чистую сумму обязательств должника. Такое расторжение контрактов и зачет в целях установления чистой суммы обязательств следует разрешить независимо от того, происходит ли такое расторжение контрактов до или после открытия производства по делу о несостоятельности. В случаях, когда законодательство устанавливает ограничения или мораторий на реализацию прав на зачет после открытия производства по делу о несостоятельности, такие ограничения не должны распространяться на зачет и взаимозачет обязательств по финансовым контрактам.

(85) После расторжения финансовых контрактов с должником контрагентам следует разрешить произвести принудительное исполнение и применение своего обеспечительного интереса в отношении обязательств, вытекающих из финансовых контрактов. На финансовые контракты не должно распространяться действие моратория, вводимого на основании законодательства о несостоятельности в отношении принудительного исполнения обеспечительного интереса.

(86) На обычные предшествующие банкротству трансферты, которые соответствуют рыночной практике, как например, установление маржи [для покрытия потенциального риска] в отношении финансовых контрактов⁵, и трансферты в порядке урегулирования обязательств по финансовым контрактам⁶ не следует распространять действия применимых положений законодательства о

⁴ Это даст возможность участникам рынка предоставлять кредиты на основе "чистых" позиций и не позволит должнику "снимать сливки", исполняя одни контракты и нарушая другие, что особенно важно в случае финансовых контрактов, учитывая связанный с ними системный риск.

⁵ Установление маржи представляет собой процесс использования дополнительной наличности или ценных бумаг в качестве обеспечения сделок в соответствии с договорной формулой, которая учитывает колебания рыночной стоимости контракта и существующего обеспечения. Например, в случае свопа может потребоваться маржа в размере 105 процентов для сохранения стоимости контракта на случай его расторжения. Если обеспечительная позиция понижается до 100 процентов, то может потребоваться установление дополнительной маржи.

⁶ В некоторых обстоятельствах можно считать предпочтительным платеж в порядке урегулирования требований. В случае свопа платежи в порядке урегулирования требований производятся ежемесячно или при прекращении действия контракта на основе рыночной стоимости этого контракта. Такие платежи не являются трансфертами в порядке компенсации стоимости, а скорее представляют собой оплату возросшего долгового обязательства, срок погашения которого истек. В странах, в которых установлен фиксированный период подозрительного отношения ко всем сделкам, совершенным после открытия производства по делу о несостоятельности, на такой платеж может также распространяться действие положения о расторжении сделок.

несостоятельности, касающихся расторжения сделок [без ущерба для правил, касающихся мошеннических сделок].

(87) Законодательство должно признавать и охранять окончательный характер взаимозачета, зачета и урегулирования обязательств по финансовым контрактам в рамках [многосторонних] систем платежей и расчетов [по сделкам с ценными бумагами] при наступлении несостоятельности одного из участников этой системы.

(88) Рекомендации (83) – (87) применяются ко всем сделкам, которые считаются "финансовыми контрактами", независимо от того, является ли один из контрагентов финансовым учреждением⁷.

(89) Финансовые контракты должны быть определены достаточно широко, чтобы это определение охватывало существующее разнообразие финансовых контрактов и распространялось на новые виды финансовых контрактов, по мере их появления.

⁷ Если одной из сторон какого-либо конкретного финансового контракта не является финансовое учреждение, то несостоятельность какого-либо контрагента может повлечь за собой системный риск.