

УДК 341.96:[339.72:330.131.7]

НЕТІНГ ЯК СПОСІБ ПОДОЛАННЯ ФІНАНСОВИХ РИЗИКІВ

Єпіфанова Ю. С.,

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільно-правових дисциплін
юридичного факультету
Харківського національного університету
імені В.Н. Каразіна

Анотація: У статті здійснюється правовий аналіз міжнародних розрахункових відносин, обтяжених іноземним елементом. Увага приділяється особливостям проведення взаємних розрахунків. Системно розглядаються механізми, що спрямовані на зниження ризиків при проведенні взаємних розрахунків, а саме: зарахування зустрічних однорідних вимог і нетінг.

Визначається співвідношення нетінгу з іншими способами забезпечення виконання зобов'язань. Окремо приділяється увага правовій природі нетінгу, його видам, ознакам, наслідкам застосування.

Ключові слова: міжнародні фінансові зобов'язання, розрахункові відносини, зарахування зустрічних вимог, фінансові ризики, свобода договору, розрахунковий нетінг, ліквідаційний нетінг, новаційний нетінг.

Аннотация: В статье осуществляется правовой анализ международных расчетных отношений, осложненных иностранным элементом. Внимание уделяется особенностям проведения взаимных расчетов. Системно рассматриваются механизмы, направленные на снижение рисков при проведении взаимных расчетов, а именно: зачет встречных однородных требований и неттинг.

Определяется соотношение неттинга с другими способами обеспечения исполнения обязательств. Отдельно уделяется внимание правовой природе неттинга, его видам, признакам, последствиям применения.

Ключевые слова: международные финансовые обязательства, расчетные отношения, зачет встречных требований, финансовые риски, свобода договора, расчетный неттинг, ликвидационный неттинг, новационный неттинг.

Annotation: Systematically examines the mechanisms aimed at reducing risks when conducting mutual settlements, namely: the set-off of homogeneous requirements and netting. Determines the relationship netting with other ways of securing obligations. Separate attention is paid to the legal nature netting, its types, consequences of use.

Key words: international financial liability, settlement of accounts, offsetting financial risks, freedom of contract, settlement netting, liquidation netting, novation cent netting.

Міжнародні фінансові зобов'язання є складовою предмету міжнародного приватного права, що пов'язані, перш за все, із міжнародними розрахунковими відносинами, обтяженими іноземним елементом. В основі вказаних правовідносин лежить право кредитора вимагати здійснення платежу і обов'язок боржника щодо виплати грошової суми.

Учасники міжнародних фінансових відносин часто укладають один з одним значну кількість правочинів із зустрічними грошовими зобов'язаннями, серед яких зобов'язання банків з видачі кредитів іноземним позичальникам, зобов'язання іноземних інвесторів щодо здійснення внеску до статутного капіталу певної компанії, фінансування під відступлення грошової вимоги, сплата суми боргу за векселем, зобов'язання що впливають з поручительства або банківської гарантії, тощо [1, с. 235].

Н.Ю. Єрпілова, вказує на те, що предметом грошового зобов'язання виступають гроші, які не розглядаються в якості товару, а виступають лише як засіб платежу. При цьому гроші передаються у власність кредитора з єдиною метою – сплатити грошовий борг [2, с. 954]. Саме грошові зобов'язання є основою розрахункових відносин.

Таким чином, можна визначити розрахункові відносини, як відносини, що включають у себе певні юридичні або фактичні дії, спрямовані на виконання грошового зобов'язання у готівковій або безготівковій формі [2, с. 972].

Виконання такого зобов'язання призводить до проведення взаємних розрахунків, що «має навантаження на платіжну-розрахункову систему» і підвищує ризики сторін [1, с. 236].

Поняття «ризик» можна визначити як «можлива небезпека чого-небудь». Під ризиком також розуміють відвагу, сміливість, дії на удачу [3, с. 564]. Ризик – це можливість небажаних наслідків будь-якого процесу, явища або факту, яка вимірюється можливою величиною втрат [4, с. 336]. Також популярним є визначення ризику як діяльності у невизначеній ситуації, «деятельности, связанной с преодолением неопределенности в ситуации неизбежного выбора, в процессе которой имеется возможность количественно и качественно оценить вероятность достижения предполагаемого результата, неудачи и отклонения от цели» [5, с. 19].

Ризик у приватному праві можна розглядати як імовірність настання позитивного або негативного результату, що зумовлено професійним чи іншим характером діяльності особи або дорученням до зобов'язання випадкових юридичних фактів [6, с.78].

Отже, можна зробити висновок, що хоча поняття «ризик» й не носить переважно негативного характеру, але безпосередньо пов'язано з нестабільністю та непередбачуваністю наслідків від певних дій особи.

Фінансові установи та інші учасники фінансового ринку в їх повсякденній діяльності використовують ряд механізмів, спрямованих на зниження їхніх ризиків, покликані стимулювати боржника до своєчасного та належного виконання зобов'язання шляхом встановлення невивідних наслідків у разі невиконання чи неналежного виконання останнього.

Такими додатковими правовими заходами є способи забезпечення виконання зобов'язань. Згідно з ЦК України до них належать: неустойка, порука, гарантія, застава, притримання та завдаток. Використання тих чи інших способів забезпечення залежить від сутності забезпечуваного зобов'язання. Зокрема, для зобов'язань, що виникають з договору позики чи кредитного договору, найбільш прийнятними є такі забезпечення, як застава, порука, гарантія [7, с. 32-33]. Якщо ж йдеться про зобов'язання з виконання робіт чи надання послуг, доцільніше використовувати неустойку, оскільки інтерес кредитора полягає не в отриманні від боржника певної суми грошей, а у одержанні певного результату. Учасники зобов'язання можуть передбачити декілька видів забезпечення одночасно (наприклад, застава та неустойку для забезпечення кредитного договору). Забезпечення може надаватися: а) боржником за основним зобов'язанням (неустойка, завдаток); б) третьою особою (порука, гарантія); в) а також чи то боржником, чи то третьою особою (застава).

Слід зазначити, що перелік способів забезпечення виконання зобов'язань, визначений у ЦК України, не є вичерпним. Окрім згаданих вище, законом чи договором можуть бути встановлені й інші способи забезпечення виконання зобов'язань.

Окремо, слід виділити страхування, як спосіб подолання валютних ризиків, що можуть бути викликані змінами реальної вартості платежу, вираженого в іноземній валюті, у зв'язку із змінами курсу.

При здійсненні міжнародних розрахунків, з метою зниження імовірних фінансових ризиків й оптимізації процесу виконання зобов'язань, найчастіше використовують зарахування зустрічних однорідних вимог і неттінг.

Зарахування зустрічних вимог, як правило, регулюється нормами національного законодавства.

Так, зарахування зустрічних вимог, як підстава припинення зобов'язання, здійснюється за наявності сукупності наступних умов, закріплених у ст. 601 ЦК України [8]. По-перше, зарахуванню підлягають лише зустрічні вимоги, тобто ті, що випливають з двох різних зобов'язань, сторонами у котрих є одні й ті особи, кожна з яких в одному зобов'язанні виступає кредитором, а у другому – боржником. По-друге, зустрічні вимоги мають бути однорідними, тобто такими, предмет виконання яких є однаковим (наприклад, сплата певної суми грошей). По-третє, строк виконання зустрічних однорідних вимог повинен настати або є таким, що не був встановлений чи був визначений моментом пред'явлення вимоги. За наявності сукупності цих умов для зарахування достатньо заяви однієї із сторін, тобто згоди іншої сторони для цього не потрібно (хоча вона може й бути). Така заява може бути зроблена однією стороною іншій безпосередньо, а може бути оформленою у вигляді зустрічної позовної заяви.

Зарахування може здійснюватись як на добровільній основі так і бути обов'язковим, наприклад, згідно зі ст. 619 ЦК кредитор не може вимагати задоволення своєї вимоги від особи, яка несе субсидіарну відповідальність, якщо ця вимога

може бути задоволена шляхом зарахування зустрічної вимоги до основного боржника.

Зарахування може бути як повним, так і частковим. Повне зарахування має місце у тому випадку, коли зустрічні вимоги є рівними за обсягом. Як виняток із загального правила, ЦК у ст. 602 передбачає перелік вимог, зарахування щодо яких взагалі не допускається, навіть, якщо вони відповідають сукупності умов. Йдеться, по-перше, про такі вимоги, що мають особистий характер (про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю, про стягнення аліментів та про вимоги щодо довічного утримання). По-друге, не допускається зарахування вимоги у разі спливу щодо неї позовної давності, але при поновленні судом вказаної давності право на зарахування такої вимоги виникає. По-третє, не допускається зарахування вимог, стосовно яких є застереження про це у договорі або у законі.

Законодавче закріплення поняття «неттінг» в Україні знайшло своє відображення у Законі України «Про депозитарну систему України» [9]. Відповідно до його положень, неттінгом є повне або часткове припинення зобов'язань за правочинами щодо цінних паперів та інших фінансових інструментів шляхом зарахування зобов'язань чи іншим способом.

Неттінг (англ. Netting), процес, при якому грошові вимоги клієнта зараховуються проти його грошових зобов'язань (тобто взаємозалік у галузі грошового обороту).

За результатами неттінгу, для кожного клієнта визначається чисте сальдо – залишок на величину грошових вимог, якщо такі перевищували грошові зобов'язання і навпаки.

Неттінг дозволяє проводити взаємозалік зустрічних матеріальних вимог без реального руху грошових коштів, істотно заощаджуючи при цьому на таких супутніх витратах, як комісія банку тощо. Компанія мінімізує обсяг внутрішніх переказів, в першу чергу, за допомогою неттінга міжфіліальних платежів. У цьому випадку платежі між підрозділами проводяться за бухгалтерською звітністю в звичайному порядку, однак реально переводяться лише нетто-суми. Наприклад, підрозділ А продає товари на 1 млн. дол. підрозділу В, а останнє продає першому товари на 2 млн. дол. Фактично, підрозділ А переведе лише 1 млн. дол. на рахунок підрозділу В.

В основі застосування неттінгу лежить принцип свободи договору.

Згідно зі ст. 627 ЦК України, сторони вільні в укладенні договору, виборі контрагентів і визначенні його умов, якщо дотримано вимоги ЦК України, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності і справедливості.

А. В. Луць вважає, що вказаний принцип може включати також:

а) вільний прояв волі особи на вступ у договірні відносини; б) свободу вибору сторонами форми договору; в) право сторін укласти як договори, передбачені законом, так і договори, які законом не передбачені, але йому не суперечать; г) право сторін за своєю домовленістю змінювати, розривати або продовжувати дію укладеного ними договору; д) визначати способи забезпечення договірних зобов'язань; е) право встановлювати форми (міри)

відповідальності за порушення договірних зобов'язань тощо [10, с 47]. Сторони можуть на свій розсуд визначати не лише форми (міри) цивільно-правової відповідальності, а й розмір (обсяг) застосовуваних санкцій [11, с 126].

Таким чином, спираючись на норми закону й доктринальні джерела, слід вказати на те, що сторони вільні у виборі форм й порядку розрахунків за договором, в тому числі й застосування нетінгу.

Виділяють такі види нетінгу:

1) у залежності від кількості сторін у договорі – двосторонній або багатосторонній;

2) у залежності від мети й сфери застосування – розрахунковий, новаційний, ліквідаційний.

Розрахунковий нетінг, здійснюється у разі невиконання однією із сторін грошового зобов'язання або при настанні певної події.

Новаційний нетінг ґрунтується на англійському праві і принципі перекладу зобов'язання шляхом новації. Тобто здійснення заміни кількох колишніх зобов'язань, одним новим, яке буде виконано в майбутньому часі. Таке об'єднання можливе, тільки якщо настане подія, обумовлена в договорі. Особливістю новаційного нетінгу є можливість заліку однотипних зобов'язань, наприклад, грошових.

Ліквідаційний нетінг застосовується при неплатоспроможності однієї зі сторін і спрямований на підрахунок сукупного розміру зобов'язань сторін з метою виходу на певну чисту суму боргу [1, с. 237]. Саме застосування ліквідаційного нетінгу викликає багато дискусій у міжнародному приватному праві й у національних правовідносинах. Потреба в уніфікації норм щодо застосування ліквідаційного нетінгу призвела до прийняття у 2013 році у межах УНІДРУА Принципів реалізації положень про ліквідаційний нетінг, що визначили основні поняття й процедуру його застосування.

Поняття «зарахування зустрічних вимог» і «нетінг» у літературі часто ототожнюють, проте О.І. Виговський категорично заперечує їх однакове тлумачення [1, с. 235]. На погляд вченого, основні відмінності між ними зводяться до таких аспектів: (1) нетінг на відміну від зарахування є договірним інститутом, який існує виключно на підставі договору. Припинення зобов'язань нетінгом може відбуватися виключно на підставі умов визначених у певній угоді; (2) нетінгом можна припинити не тільки зустрічні зобов'язання, на відміну від зарахування; (3) нетінг може припинити як

однорідні так і неоднорідні вимоги, тоді як зарахування застосовується виключно для припинення однорідних вимог; (4) нетінг спрямований на трансформацію, як існуючих, так і майбутніх зобов'язань в одне нове грошове зобов'язання, тоді як зарахування має за мету припинення лише тих зобов'язань, строк виконання яких наступив.

Отже, на перший погляд однорідні поняття мають суттєві відмінності, що виявляються в умовах, порядку, наслідках їх застосування.

Нетінг надає контрагентам при укладанні договору такі переваги, як: відсутність потреби створювати забезпечення і проходити процедуру звернення стягнення на нього; елементарне проведення заліку; чітке визначення грошової суми, що підлягає сплаті, якщо вимоги грошові.

ЛІТЕРАТУРА

1. Міжнародне приватне право. Особлива частина: підручник / за ред. А.С. Довгерта і В.І. Кисіля. – К.: Алерта, 2013. – 400 с.
2. Ерпылева Н.Ю. Международное частное право: учебник / Н.Ю. Ерпылева. – М.: Издательство Юрайт; ИД Юрайт, 2011. – 1308 с. – (Основы наук).
3. Даль В.И. Толковый словарь русского языка. Современная версия. – М.: Изд-во «Эксмо», 2003. – 736 с.
4. Сосунова И., Бабакаев С., Круглова И., Ряжская Т., Чепуров В. Социальная сфера жизнедеятельности государства и стратегические риски // Безопасность Евразии. – 2003. – № 1. – С. 336–442.
5. Альгин А.П. Риск и его роль в общественной жизни. М.: изд-во «Мысль», 1989. – 420 с.
6. Аномалії в цивільному праві України: навч.-практ. посібн. – 2-ге вид., перероб. та доп. / за заг. ред. Р.А. Майданика. – К.: Юстініан, 2010. – 1008с.
7. Цивільне право України: Підручник: У 2 т. / Борисова В. І., Баранова Л. М., Жилінкова І. В. та ін.; За заг. ред. В. І. Бори-сової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – Т. 2. – 552 с.
8. Цивільний кодекс України № 435-IV від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40. – Ст. 356.
9. Про депозитарну систему України. Закон України // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 39. – Ст. 2074.
10. Луць А. В. Свобода договору в цивільному праві України: Навч. посіб. [Текст] / А. В. Луць. – К.: Школа, 2004. – 160 с.
11. Бервено С. М. Проблеми договірного права України [Текст] / С. М. Бервено. – К.: Юрін-ком Інтер, 2006. – 392 с.