

УДК 347.434

О. І. Виговський

ІНСТИТУТ НЕТТІНГУ В ПРИВАТНОМУ ПРАВІ: ПРАВОВА ПРИРОДА ТА ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ ЗАСТОСУВАННЯ

Інститут неттінгу у фінансовому праві з'явився порівняно нещодавно, однак уже став поширеним механізмом урегулювання заборгованості між учасниками фінансових правовідносин, особливо на міжнародних фінансових ринках. На практиці нерідко виникають ситуації, коли учасники комерційного обігу укладають один з одним значну кількість правочинів із зустрічними зобов'язаннями, коли в одному зобов'язанні одна сторона є кредитором, а інша – боржником, а в другому – навпаки. Для оптимізації розрахунків та з метою зниження ризиків під час виконання таких правочинів сторони й послуговуються процедурами проведення неттінгу.

Найчастіше неттінг застосовується під час проведення розрахунків за правочинами щодо цінних паперів. В Україні цей інститут уперше був закріплений на законодавчому рівні саме в Законі України «Про депозитарну систему України» від 06.07.2012 р. № 5178-VI, який набрав чинності 12.10.2013 р. Як постає з п. 17 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про депозитарну систему України», урегулювання взаємних зобов'язань за правочинами щодо цінних паперів може здійснюватися, зокрема, шляхом припинення зобов'язань за результатами неттінгу. Цим же законом передбачається внесення змін до Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» від 23.02.2006 р., зокрема доповнення ст. 1 визначенням поняття неттінгу, під яким розуміється повне або часткове припинення зобов'язань за правочинами щодо цінних паперів та інших фінансових інструментів шляхом заліку зобов'язань або іншим способом. При цьому зазначається, що на момент здійснення неттінгу строк виконання зобов'язань, за якими здійснюється неттінг, вважається таким, що настав (п. 16 ч. 4 розділу VI Закону України «Про депозитарну систему України»).

На жаль, окрім включення зазначених положень до законодавства, інститут неттінгу не отримав належного розвитку на нормативному рівні. Ефективність його практичного застосування багато в чому залежить від подолання існуючої прогалини в законодавстві, і в цьому контексті важливе значення має аналіз неттінгу на доктринальному рівні з метою вироблення науково обґрунтованих пропозицій щодо вдосконалення відповідної нормативної бази. Актуальність дослідження цієї проблематики пов'язана також із нещодавнім завершенням проекту УНІДРУА з уніфікації норм щодо ліквідаційного неттінгу, результатом якого стало прийняття на 92 сесії Керівної ради УНІДРУА, що проходила 8–10 травня 2013 р., Принципів застосування положень про ліквідаційний неттінг [1] (далі – Принципи УНІДРУА про неттінг).

Метою статті є розкриття суті та специфіки інституту неттінгу шляхом його порівняння із суміжним інститутом зарахування зустрічних однорідних вимог, висвітлення питань, пов'язаних з регулюванням ліквідаційного неттінгу та уніфікацією відповідних норм на міжнародному рівні. Усе це має важливе значення

для реалізації завдання з аналізу новітніх способів припинення зобов'язань, що стоїть перед сучасною наукою приватного права.

На сьогоднішній день питання правової природи нетінгу та особливості його застосування у фінансових правочинах, на жаль, залишаються практично недослідженими у вітчизняній доктрині приватного права та взагалі на пострадянському просторі. Винятками в цьому відношенні є поодинокі статті, які час від часу з'являються у науковій періодиці юридичного та економічного напрямку, зокрема А. Буркової, С. Овсейко, А. Селівановського, В. Диби та В. Котковського, М. Ясус. У зарубіжній доктрині питання нетінгу висвітлювалися, зокрема, у працях О. Бюгера, П. Вернера, Ф. Вуда та інших. Ця стаття, безумовно, не може претендувати на заповнення зазначеної прогалини та вирішення всіх проблемних аспектів, що виникають у цій сфері; необхідне системне наукове опрацювання широкого кола питань, пов'язаних із цим специфічним інститутом фінансового права з метою розробки адекватної моделі правового регулювання нетінгу.

Аналіз правової природи нетінгу та формулювання його поняття неможливі без розмежування нетінгу та врахування зустрічних однорідних вимог. Доволі часто ці поняття повністю ототожнюються або нетінг розглядається як одна з форм зарахування зустрічних однорідних вимог. Як зазначається в передмові до Принципів УНІДРУА про нетінг, ліквідаційний нетінг часто розуміється як щось подібне до класичної концепції зарахування, що застосовується після дефолту чи неспроможності однієї зі сторін. Дійсно, з економічної точки зору й нетінг, і зарахування дозволяють сторонам під час виконання зустрічних фінансових правочинів «вийти» на певний залишок, «чисту суму боргу» (англ. net amount of debt), що зменшує обсяги фактичних платежів, знижує рівень кредитного ризику та захищає інтереси кредитора. Проте з юридичної точки зору ці два інститути є абсолютно різними.

Відповідно до ст. 601 Цивільного кодексу України зобов'язання припиняється зарахуванням зустрічних однорідних вимог, строк виконання яких настав, а також вимог, строк виконання яких не встановлений або визначений моментом пред'явлення вимоги. При цьому зарахування зустрічних вимог може здійснюватися за заявою однієї зі сторін.

Концептуальні відмінності між нетінгом та зарахуванням зустрічних однорідних вимог проявляються в таких аспектах:

1) за своєю правовою природою зарахуванням є спосіб припинення зобов'язань, який існує за законом. Для зарахування вимог сторони можуть не включати жодні спеціальні положення до договору. Право на зарахування ґрунтується на положеннях закону. На відміну від зарахування, нетінг є виключно договірним інститутом, який застосовується виключно на підставі договору. Для його використання сторонам потрібно укласти угоду про нетінг або включити відповідні положення до основного договору, інакше проведення нетінгу буде неможливим;

2) зарахуванням можуть припинятися виключно однорідні вимоги (їх предметом мають виступати речі одного роду, зокрема гроші), тоді як нетінг може застосовуватися для припинення й неоднорідних вимог (наприклад, зобов'язання про передачу акцій та грошових зобов'язань, що постають з договору купівлі-продажу акцій);

3) зарахування може застосовуватися лише щодо «зрілих» вимог (строк виконання таких вимог має настати або не бути встановленим чи визначатися моментом пред'явлення вимоги). У результаті нетінгу й вимоги, строк виконання яких настав, і майбутні вимоги утворюють єдине нове грошове зобов'язання;

4) для припинення шляхом зарахування вимоги завжди мають бути зустрічними, коли кредитор за одним зобов'язанням виступає боржником за іншим, а боржник за першим зобов'язанням є кредитором за другим. Однак за так званого багатостороннього нетінгу можуть припинятися зобов'язання лише з одним з учасників багатосторонньої угоди;

5) заяви однієї сторони буде достатньо, щоб припинити зобов'язання зарахуванням вимог. Будь-яка сторона може направити іншій стороні таку заяву за настання необхідних умов. Це пояснюється тим, що зарахування є одностороннім правочином, для нього достатньо заяви однієї сторони [2, с. 99]. Водночас момент виникнення можливості та механізм здійснення нетінгу, як правило, чітко визначаються у відповідній угоді. Угода про нетінг може передбачати припинення зобов'язання за настання заздалегідь визначеної події (наприклад, дефолту іншої сторони, зниження кредитного рейтингу чи відкликання ліцензії) за заявою однієї зі сторін чи автоматично, без будь-яких додаткових заяв чи повідомлень.

Крім того, як зазначають українські дослідники, якщо у звичайній ситуації залік слугує спрощенню розрахунків і скороченню трансакційних витрат, нетінг надає події яскраво вираженої забезпечувальної функції (дозволяє зменшити кредитні, розрахункові, системні та інші види ризиків, уникнути «ефекту доміно», коли одна зі сторін є неплатоспроможною) [3, с. 471].

Класифікація нетінгу зазвичай представлена його дихотомією на розрахунковий нетінг (англ. *settlement netting*), новаційний нетінг (англ. *netting by novation*) та ліквідаційний нетінг (англ. *close-out netting*).

Розрахунковий нетінг застосовується для зменшення розрахункових ризиків за правочинами, що встановлюють взаємні зобов'язання. У результаті нетінгу взаємні зобов'язання обох сторін правочину замінюються одним зобов'язанням однієї сторони щодо сплати різниці боргу іншій стороні. Як зазначає Ф. Вуд, розрахунковий нетінг є зарахуванням взаємних зобов'язань з поставки рухомих речей, цінних паперів чи валютних цінностей, здійснення платежів за деривативами, якщо зобов'язання підлягають виконанню в один і той самий день [4, с. 47]. За допомогою механізму нетінгу можуть одночасно припинятися декілька (навіть сотні) фінансових правочинів, які уклалися в межах певної генеральної угоди (англ. *master agreement*). У таких угодах про нетінг, як правило, обумовлюється, що всі контракти між сторонами для цілей цього договору розглядаються як єдиний договір (новація), що полегшує процедуру зарахування [5, с. 63]. Саме в генеральній угоді передбачається подія, з настанням якої пов'язується припинення всіх зобов'язань, які охоплюються генеральною угодою, та розрахунок єдиної компенсаційної виплати.

Новаційний нетінг передбачає трансформацію кількох, як правило, однорідних зобов'язань в одне нове зобов'язання, яке повинно бути виконане в майбутньому. На практиці він застосовується доволі рідко.

Натомість ліквідаційний неттінг являє собою припинення ряду зобов'язань у випадку неспроможності контрагента шляхом зарахування таких зобов'язань. Він включає три етапи: припинення договорів, підрахунок сукупних розмірів зобов'язань сторін та їх зарахування, що мають здійснюватися послідовно.

Саме з ліквідаційним неттінгом пов'язаний ряд правових ризиків, що ставлять під загрозу можливість реалізації договірних положень про неттінг.

По-перше, законодавства про банкрутство ряду юрисдикцій не визнають договірних положень, які дозволяють платоспроможному контрагенту припинити договір через порушення процедури неспроможності та провести зарахування зустрічних вимог. Такі положення можуть кваліфікуватися як привілей, що надається одному кредитору переважно перед іншим у випадку неспроможності (англ. *insolvency preference*). Визнання недійсними таких положень зумовлює неможливість проведення неттінгу, який, як зазначалося вище, існує виключно на підставі договору.

Законодавства про банкрутство багатьох країн світу передбачають можливість арбітражного керуючого відмовитися від виконання чи припинити ті договори, які є вочевидь не вигідними для боржника, і залишити чинними ті договори, за якими очікується певний прибуток. У конкурсному праві такі повноваження іменуються «правами на зняття вершків» (англ. *cherry-picking rights*). Користуючись ними, арбітражний керуючий може вимагати виконання договірних відносин, які припиняються шляхом неттінгу.

По-друге, загальновизнаним положенням у законодавствах про банкрутство є норма про можливість задоволення вимог кредиторів після порушення процедури про банкрутство лише в межах такої процедури. Як постає зі ст. 19 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», одночасно з порушенням провадження в справі про банкрутство вводиться мораторій на задоволення вимог кредиторів, що передбачає зупинення виконання боржником грошових зобов'язань і зобов'язань щодо сплати податків і зборів (обов'язкових платежів), термін виконання яких настав до дня введення мораторію. Відповідно, суд може розглядати неттінг як спосіб задоволення вимог кредиторів, що здійснюється поза межами процедури банкрутства, і не визнати результати неттінгу.

По-третє, ряд законодавств передбачає пряму заборону на проведення зарахування чи неттінгу після відкриття процедури банкрутства. Так, відповідно до п. 1 ст. 63 Федерального закону РФ «Про неспроможність» від 26.10.2002 р. № 127-ФЗ не допускається припинення грошових зобов'язань боржника шляхом зарахування зустрічних однорідних вимог, якщо при цьому порушується черговість задоволення вимог кредиторів, встановлена законом. Український законодавець прямо не забороняє проведення неттінгу чи зарахування під час банкрутства, проте ч. 8 ст. 45 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» передбачає, що погашення вимог кредиторів шляхом заліку зустрічних однорідних вимог проводиться за згодою кредитора (кредиторів) у випадках, якщо це не порушує майнові права інших кредиторів. Це означає, що суд може визнати неттінг недійсним на тій підставі, що він порушує інтереси інших кредиторів.

Незважаючи на те, що в наведеному вище положенні закону мова йде про зарахування, а не про неттінг, на практиці ці два інститути часто змішуються, оскільки не існує чітких критеріїв їх розмежування ні в законодавстві, ні в судовій практиці. Відповідно, виникає ризик перекваліфікації неттінгу як зарахування із застосуванням усіх обмежень, які для нього передбачені. Як зазначають вітчизняні фахівці, у зв'язку з відсутністю засад регулювання неттінгу у вітчизняному законодавстві існує ризик, що у випадку банкрутства одного з контрагентів неттінг не буде захищатися українським судом, оскільки суди можуть розглядати такий неттінг як звичайний залік, тобто договірний залік [3, с. 481]. Вибір іноземного правопорядку в цьому випадку не буде панацеєю: норми законодавства про банкрутство будуть визначені судом як імперативні, що підлягають застосуванню не залежно від вибору сторін. Якщо ж угода про неттінг буде визнана судом недійсною, інша сторона може зіткнутися з серйозними фінансовими труднощами і сама стати банкрутом.

Саме з метою подолання цих та інших перешкод на шляху застосування ліквідаційного неттінгу, які можуть існувати в національних законодавствах, і були прийняті вищезгадані Принципи УНІДРУА про неттінг. У ст. 2 цього документа представлено визначення поняття положення про ліквідаційний неттінг, під яким розуміється договірне положення, на підставі якого після настання визначеної події зобов'язання сторін, що охоплюються таким положенням, незалежно від настання на той момент строку їх виконання, автоматично чи за заявою однієї зі сторін підлягають зменшенню чи заміні єдиним чистим зобов'язанням шляхом новації, припинення чи іншим чином, яке й підлягатиме виконанню однією стороною на користь іншої.

У Принципах УНІДРУА про неттінг встановлені чіткі обмеження щодо перешкод, які держави можуть запроваджувати щодо ліквідаційного неттінгу. Як постає зі ст. 5, законодавство держави, яка імплементувала ці принципи, не повинно зумовлювати можливість реалізації положень про ліквідаційний неттінг здійсненням будь-якої формальної дії, окрім вимоги щодо письмової чи іншої подібної форми такого положення, а також застосуванням стандартних умов, розроблених спеціалізованими об'єднаннями. Основний принцип установлений у ст. 6, де зазначається, що законодавство держави, яка імплементувала ці принципи, має забезпечити можливість реалізації положення про ліквідаційний неттінг відповідно до його умов. При цьому не повинні встановлюватися додаткові вимоги щодо реалізації цих положень, а визнання недійсними одного чи більше зобов'язань, які охоплюються положенням про ліквідаційний неттінг, не впливатиме на дійсність такого положення відносно інших зобов'язань.

З огляду на необхідність усунення тих правових ризиків, що виникають у зв'язку з порушенням процедури банкрутства, про які йшла мова вище, автори Принципів УНІДРУА про неттінг включили ряд істотних положень у ст. 7 такого змісту:

- застосування положення про ліквідаційний неттінг не повинно зупинятися у зв'язку з порушенням процедури неспроможності;
- арбітражний керуючий чи суд не повинні вимагати виконання будь-яких зобов'язань, що охоплюються положенням про ліквідаційний неттінг, одночасно з відмовою від виконання інших відповідних зобов'язань;

- застосування положення про ліквідаційний неттінг само по собі не повинно розглядатися як порушення принципу рівності кредиторів у процедурі неспроможності;
- застосування положення про ліквідаційний неттінг не повинно обмежуватися виключно на тій підставі, що таке положення було створене в межах певного строку, що передував початку процедури неспроможності.

На завершення цього короткого огляду правових питань, що виникають під час застосування неттінгу, можна зробити висновок про необхідність принципового розмежування неттінгу та зарахування зустрічних однорідних вимог, які є абсолютно різними інститутами зобов'язального права. Практика свідчить, що найбільше проблем виникає під час застосування ліквідаційного неттінгу, який може не визнаватися чи істотно обмежуватися імперативними нормами національних законодавств про банкрутство. Ефективне розв'язання цих проблем можливе лише на рівні міжнародної уніфікації норм щодо ліквідаційного неттінгу, яка була здійснена в межах Принципів УНІДРУА про неттінг. Урахування цих принципів у контексті законотворчої роботи є важливою передумовою створення нормативного масиву у вітчизняному законодавстві, який би повністю відповідав кращим зарубіжним моделям правового регулювання неттінгу.

Література

1. UNIDROIT Principles on the Operation of Close-Out Netting Provisions. Published by International Institute for the Unification of Private Law [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.unidroit.org/english/principles/netting/netting-principles2013-e.pdf>.
2. Цивільний кодекс України : [постатейний коментар] у 2 ч. / кер. авт. кол. та відп. ред. проф. А.С. Довгерт, проф. Н.С. Кузнецова. – К. : Юстініан, 2006 – . – Ч. 2. – 2006. – 1008 с.
3. Діба В.М. Неттінг – банківська новація у розрахунках / В.М. Діба, В.С. Котковський // Формування ринкової економіки. – 2010. – № 24. – С. 467–482.
4. Wood Ph.R. Set-Off and Netting, Derivatives, Clearing Systems / Ph.R. Wood. – 2nd edition. – London : Sweet & Maxwell, 2007. – 232 p.
5. Овсейко С. Неттинг: понятие и основные черты / С. Овсейко // Банкаўскі веснік. – 2010. – № 2. – С. 61–68.

Анотація

Выговський О. І. Інститут неттінгу в приватному праві: правова природа та проблемні аспекти застосування. – Стаття.

У статті аналізуються питання правової природи неттінгу та його співвідношення із зарахуванням зустрічних однорідних вимог. Представлено класифікацію видів неттінгу, що застосовуються в міжнародних фінансових трансакціях. Визначено основні проблеми, що виникають під час застосування ліквідаційного неттінгу. Подається характеристика Принципів УНІДРУА щодо застосування положень про ліквідаційний неттінг 2013 р.

Ключові слова: неттінг, зарахування зустрічних однорідних вимог, фінансовий правочин, банкрутство, ліквідаційний неттінг.

Аннотация

Выговский А. И. Институт неттинга в частном праве: правовая природа и проблемные аспекты применения. – Статья.

В статье анализируются вопросы правовой природы неттинга и его соотношения с учетом встречных однородных требований. Представлена классификация видов неттинга, применяемых в международных финансовых трансакциях. Определены основные проблемы, возникающие при применении ликвидационного неттинга. Дается характеристика Принципов УНИДРУА о применении положений о ликвидационном неттинге 2013 г.

Ключевые слова: неттинг, зачет встречных однородных требований, финансовая сделка, банкрутство, ликвидационный неттинг.

Summary

Vygovskyy A. I. Netting in private law: legal nature and problem aspects of application. – Article.

The article deals with the issues of legal nature of netting in its comparison with set-off. Classification of types of netting used in international financial transactions is presented in the article. Main problems arising in respect of close-out netting are determined. The article provides a brief outline of the UNIDROIT Principles 2013 on the Operation of Close-Out Netting Provisions.

Key words: netting, set-off, financial transaction, bankruptcy, close-out netting.

УДК 347.788

А. В. Кирилюк

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ПОРУШЕННЯ АВТОРСЬКИХ ПРАВ У МЕРЕЖІ ІНТЕРНЕТ

Постановка проблеми. Сучасний світ переживає фундаментальні й динамічні зміни, пов'язані з бурхливим розвитком новітніх інформаційних технологій. В економіках розвинених держав світу з кожним роком збільшується питома вага галузей виробництва інтелектуальних продуктів, зокрема об'єктів авторського права. В Україні на державному рівні проголошено стратегічний курс на формування інтелектуально орієнтованої економіки, зокрема збільшення обсягів надання високотехнологічних послуг. Це підвищує роль авторського права як галузі, що забезпечує правову охорону результатів творчої діяльності. Разом із тим стрімкий розвиток інформаційних технологій у світі загострив існуючі та виявив нові проблеми в авторському праві – проблеми охорони авторських прав у цифрових мережах, недопущення обходу технічних засобів захисту авторського права, притягнення осіб до відповідальності за порушення авторських прав, які вимагають негайного вирішення.

Стан дослідження проблеми. Ця тематика досліджується в працях вітчизняних та зарубіжних учених-юристів Ю.Л. Бошицького, О.В. Дзери, О.А. Підпригори, З.В. Ромовської, Я.М. Шевченко, Ю.С. Шемшученка, М.І. Штефана та інших. Науково-дослідницька база цієї тематики є досить великою, проте, враховуючи велику швидкість розвитку сучасних технологій, постійно потребує оновлення та розширення.

Виклад основних положень. Цивільно-правова відповідальність є одним із видів юридичної відповідальності, яка наділена низкою ознак, притаманних саме юридичній відповідальності в цілому. Спільним для всіх видів юридичної відповідальності є те, що до порушника чужих прав застосовуються санкції.

Цивільно-правова відповідальність полягає або в позбавленні особи певного суб'єктивного права, або в накладенні на неї додаткових юридичних обов'язків поза еквівалентних обов'язків майнового характеру.

У цивілістичній науці існує досить багато точок зору щодо самого визначення поняття цивільно-правової відповідальності. Досить часто поняття відповідальності ототожнюється з такими поняттями, як примус, обов'язок, негативні наслідки, санкція тощо.

Один із відомих цивілістів В.А. Тарханов розглядає цивільно-правову відповідальність як обов'язок особи давати звіт про свої дії [1, с. 10]. Досить