# Практика заключения договоров в переходный период

5-я ежегодная Международная Конференция «Москва как международный финансовый центр, рынок деривативов в 2011: прорыв"

8 сентября 2011 г.

Москва

Макс Гутброд «Бейкер и Макензи»

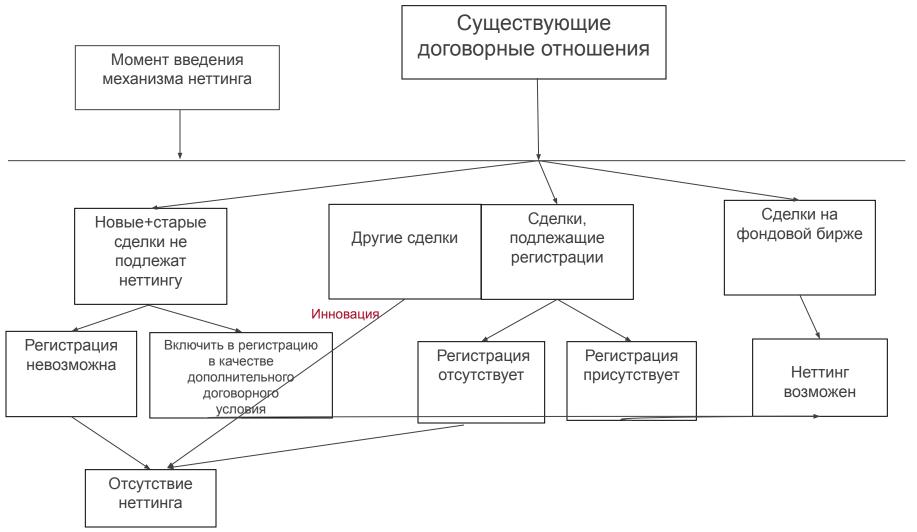
## Причины полномасштабного пересмотра договоров

- Обязательство изменять действующие договоры отсутствует
- Может быть согласовано положение, обязывающее стороны добросовестно пересмотреть условия договоров
- Позиции по пересмотру условий договоров могут быть различными (Примечание: будут ли готовы стороны, получающие больше преимуществ от неттинга, пойти на уступки ради достижения согласия?)
- В России более вероятно, что изменения в регулировании повлияют на договор, чем в других странах
- Возможен отказ от регистрации договоров

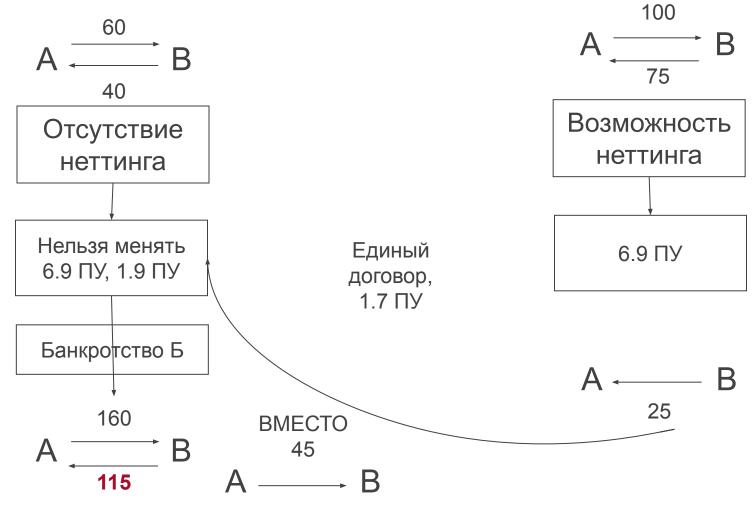
## Варианты внедрения механизма неттинга в ранее заключенные договоры в соответствии с недавно принятым законом



### Варианты внедрения механизма неттинга в ранее заключенные договоры в соответствии с недавно принятым законом



#### Неттинг – нет неттинга



**Лучше** два договора?

Возможно ли будет применить «договорное хеджирование» (т.е. выбрать, какой договор применять в зависимости от ситуации)?

- Если допустить, что
  - ISDA не вносит изменения в условия своих сделок, и договор ISDA одобряется
  - Российская ISDA одобряется только в измененной форме

—— Избежание

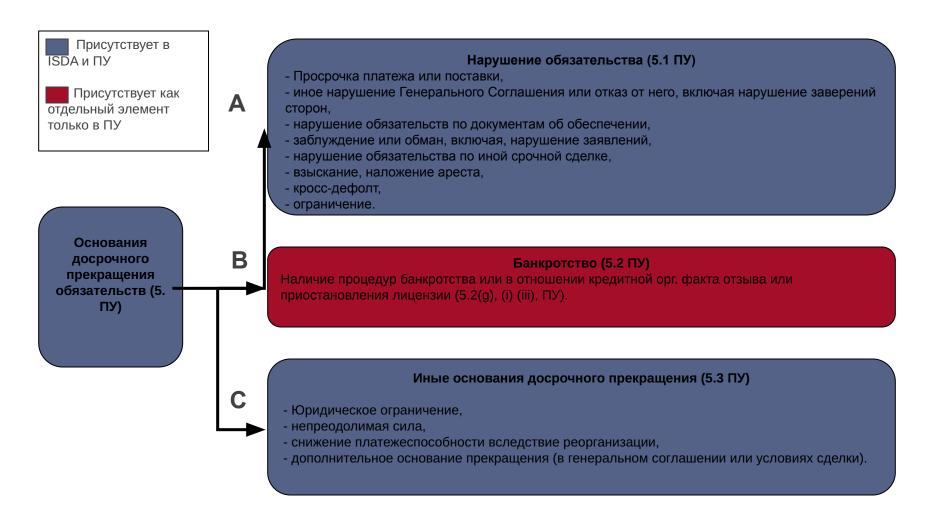
- регистрации (согласно 2.2 ПУ)
- необходимости дублирования через ISDA?

Ситуация	Последствия	Для сравнения	Рекомендации			
Заключение договора						
Изменение ПУ для улучшения обеспечения	Изменение договора о предоставлении обеспечения изменяет сроки изучения в случае банкротства	Не существует договоров, которые могут быть изменены без участия сторон	Ограничение ссылки на стандартную документацию			
Форма договора в ПУ	«Использование эл. средств связи признается сторонами соблюдением письменной формы.» (2.3 ПУ)	«Стороны могут заключать сделки без соблюдения каких-либо формальностей. После заключения сделки Расчетный Агент подготовит подтверждение (ст. 1 швейцарского соглашения)	Включить обязательство обеих сторон подтверждать заключение сделки  Изучать действительность			
Форма договора в Генеральном Соглашении (ГС)	«Сторона А направляет Стороне Б посредством факсимильной связи подписанное подтверждение, содержащее все существенные и иные условия сделки.» (2.2 ГС)	«Отсутствие Подтверждения одной из Сторон не должно влиять на действительность Сделки. В случае несогласия с условиями Подтверждения, о таком несогласии должно быть незамедлительно сообщено другой Стороне» (ст. 4.1 французского соглашения)	использования конкретного средства связи Учесть требования процессуального права			
Разногласия между сторонами	«Сделка считается заключенной с момента достижения сторонами соглашения по всем ее существенным условия.» (2.4 ПУ)	Нет похожего правила - по немецкому праву достаточно договоренности относительно того, что стороны хотят	Не ограничивать свободу сторон  Вакег & McKenzie   7			

Ситуация Последствия Для сравнения Рекоменд						
		Pro openion				
	Договорная техника					
Заявления и заверения сторон (4. ПУ)	Нет заявлений и заверений в немецком, швей "В случае заключения и неисполнения Сделом может прекращено любой из сторон только Существенная причина включает в себя слу подлежащего выплате платежа…" (ст. 7 нем на законодательном определении существенн					
Изменение законодательного регулирования передачи ценных бумаг в виде обеспечения при сделке репо	Нарушение заявления (4.4 ПУ), прекращение всех отношений (5.1 b) ПУ)		Исключит	Ь		
Отсутствие лицензии у дочерних компаний	«Сторона имеет лицензиии соблюдает все лицензионные требования и условия.» (4.6 ПУ)		Разработать стандартное генеральное			
Отсутствие точных критериев «необходимости» лицензий в «целом» и для заключения и исполнения ГС и Сделок	«Сторона имеет все лицензии, необходимые для осуществления деятельности в целом и для заключения и исполнения генерального соглашения и документа об обеспечении.» (4.6 ПУ)		соглашен	ие		
Банкротство	«Обязательство осуществления платежа или поставки возникает при отсутствии: а) нарушения обязательства, тех. дефолта, настоящего или потенциального банкротства; b) иного основания досрочного прекращения, по которому было направлено уведомление; c) иного обстоятельства, указанного в ген. соглашении. Условие, установленное настоящим пунктом, является отлагательным.» (3.3 ПУ) = Неосновательное обогащение?	Нет параллелей	Исключить  Вакег & McKenzie   8			

Ситуация Последствия			Для сравнения		Рекоменда
	Условия нарушения			•	
Последствия разногласий	«Наступление любого из следующих событий является основанием досрочного прекращения обязательств сторон Отрицание стороной факта заключения генерального соглашения или сделки, отказ от их исполнения, оспаривание их действительности». (5.1. b) ii) ПУ)	Дублирование		Исключи	ТЬ
Процесс против стороны по договору	«Против стороны, не подано никаких исковых или иных заявлений в суд или иной орган, которые могут привести к недействительности или невозможности принудительного исполнения генерального соглашения или документа об обеспечении или существенно повлиять на способность стороны исполнить обязательства по ним.» (4.9 ПУ)	Нет к	онкретного направления	Разработ стандарт генераль соглашен	ное ное

#### Прекращение

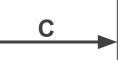




- Ненарушившая сторона вправе досрочно прекратить обязательства <u>по всем сделкам</u> (6.2 ПУ);
- Дата досрочного прекращения: не позднее 20 дней со дня направления уведомления;
- Направление в дату досрочного прекращения или макс. короткий срок уведомления, содержащего размер денежного обязательства при прекращении;
- Дата платежа: день получения уведомления о сумме денежного обязательства.



- Обязательства сторон прекращаются <u>автоматически по всем сделкам (6.3 ПУ);</u>
- Дата досрочного прекращения: рабочий день, предшествующий дню наступления банкротства;
- Направление в дату досрочного прекращения или макс. короткий срок уведомления, содержащего размер денежного обязательства при прекращении;
- Дата платежа: день получения уведомления о сумме денежного обязательства.



- <u>Затронутая</u> сторона <u>обязана</u> немедленно направить уведомление с указанием затронутых сделок (6.4 ПУ);
- Любая из сторон либо только незатронутая сторона (при снижении платежеспособности вследствие реорганизации или наступления дополнительного основания прекращения при наличии одной затронутой стороны) вправе досрочно прекратить обязательства по всем затронутым сделкам направив уведомление, если иное основание досрочного прекращения продолжает иметь место (6.6 ПУ);
- Затронутые сделки:
  - -при снижении платежеспособности вследствие реорганизации или дополнительном основании прекращения – все сделки;
  - -при юридическом ограничении и непреодолимой силе только затронутые этим основанием сделки;
- Дата досрочного прекращения: не позднее 20 дней со дня направления уведомления;
- Направление в дату досрочного прекращения или макс. короткий срок уведомления, содержащего размер денежного обязательства при прекращении;
- Дата платежа: в течение трех р. дней после получения уведомления о сумме денежного обязательства.

Ситуация	Последствия	Для сравнения	Рекомендации
Банкротство при обеспечении требования залогом	«При прекращенииОпределяющая сторонаопределяет текущую рыночную стоимость путем определения суммы, которая подлежала бы уплате при заключении Определяющей стороной замещающей Сделки, то есть Сделки на условиях, аналогичных условиям Прекращаемой Сделки, имеющим значение для определения ее рыночной стоимости, с той же датой (датами) платежа или поставки, что и Прекращаемая сделка (далее в совокупности стоимость замещения всех Прекращаемых сделок — «Ликвидационная сумма».» (6.9 ПУ)	"Невыплаченные суммы и любые иные неисполненные обязательства, и подлежащие возмещению убытки должны быть объединены <u>в одно компенсационное требование</u> " (ст. 9 немецкого соглашения)	Использовать новацию
Разрешить прекращение договора в случае смены руководителей определенных юр. лиц	Генеральное Соглашение может предусматривать дополнительные положения к следующим положениям ПУ: Досрочное прекращение об-в: а) Нарушение об-в (5.1 ПУ): - просрочка платежа или поставки, - иное нарушение ГС или отказ, - нарушение об-в по документам об обеспечении, - заблуждение или обман (misrepresentation), - нарушение об-ва по иной срочной сделке, - взыскание, наложение ареста, - кросс-дефолт, - ограничение проведения банковских операций.	"В случае заключения и неисполнения Сделок в полном объеме, Соглашение может прекращено любой из сторон только по существенной причине. Существенная причина включает в себя случаи неосуществления подлежащего выплате платежа или неисполнения иного обязательства по какой—либо причине Стороной, обязанной произвести такой платеж или исполнить такое обязательство, в течение 5 Рабочих дней с даты уведомления такой Стороны о неполучении платежа или иного неисполнения В случае банкротства Договор должен быть прекращен без уведомления. Случай банкротства возникает в случае обращения в суд с требованием о начале банкротства или иной процедуры несостоятельности в отношении активов любой стороны, и такая сторона либо сама подала заявление или такая сторона в общем неспособна оплатить свои долги по мере их возникновения, или в любой иной ситуации, оправдывающей введение таких процедур». (ст. 7.1, 7.2 немецкого соглашения)	Для уменьшения неопределенности относительно даты платежа (с дня уведомления vs. в течении трех рабочих дней с момента уведомления) включить данное основание как нарушение обязательства.

Ситуация	Последствия	Для сравнения	Рекомендаці	
	<ul> <li>b) Банкротство (5.2 ПУ),</li> <li>c) Иные основания (5.3 ПУ):</li> <li>- юридическое ограничение,</li> <li>- непреодолимая сила,</li> <li>- снижение платежеспособности</li> <li>вследствие реорганизации,</li> <li>- дополнительные основания прекращения (в ГС или усл. Сделки).</li> <li>Заявления (4.2 ПУ):</li> <li>- статус ю л.,</li> <li>- правоспособность и полномочия,</li> <li>- отсутствие нарушения или</li> <li>противоправности,</li> <li>- разрешения гос. органов,</li> <li>- лицензии,</li> <li>- судебная защита,</li> <li>- отсутствие нар. обязательства, тех. дефолта, банкротства,</li> <li>- отсутствие судебных разбирательств,</li> <li>- достоверность представленной информации.</li> <li>Включение в соглашение (5.3 d ПУ).</li> </ul>			
Термины, используемые в договоре определенны в конце договора (в ст.12).	«Термины, используемые в Примерных условиях договора с заглавной буквы, имеют значение, указанное в статье 12 Примерных условий договора.» (1.8 ПУ)	Перечисление терминов отсутствует во многих договорах		

Ситуация	Последствия		Для сравнения		Рекомендаци	
Одна из сторон не осуществляет регистрацию	Нарушение договора (см. 2.2), но последствия (прекращение, убытки) не установлены				ить в льном цении	
Частичная недействительность	Отсутствует статья о частичной недействительности	Согл нед иско сох нед быт соо	и какое-либо положение пашения является ействительным или не имеющим рвой силы, остальные положения раняют силу. Такое ействительное положение должно в заменено положением, которое тветствующим образом отражает ерения сторон (ст. 11.1 немецкого пашения)	частичной недействительное Генеральном Соглашении положение должно пожением, которое образом отражает		

Ситуация	Последствия	Для сравнения	Рекомендаці
обязательство о ведению переговоров по внесению	Вероятность оплаты одной стороной издержек другой стороны по внесению изменений, в случае, если контракт оказался невыгодным одной из сторон	измене законо сущест измене практи обязук предпрусилия соглаш чтобы резуль соглаш соотве	шение: в случаях ений дательства или гвенных ений судебной ки, стороны отся инять все для изменения ения с тем, экономический гат такого вения тствовал целям при его