



# 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

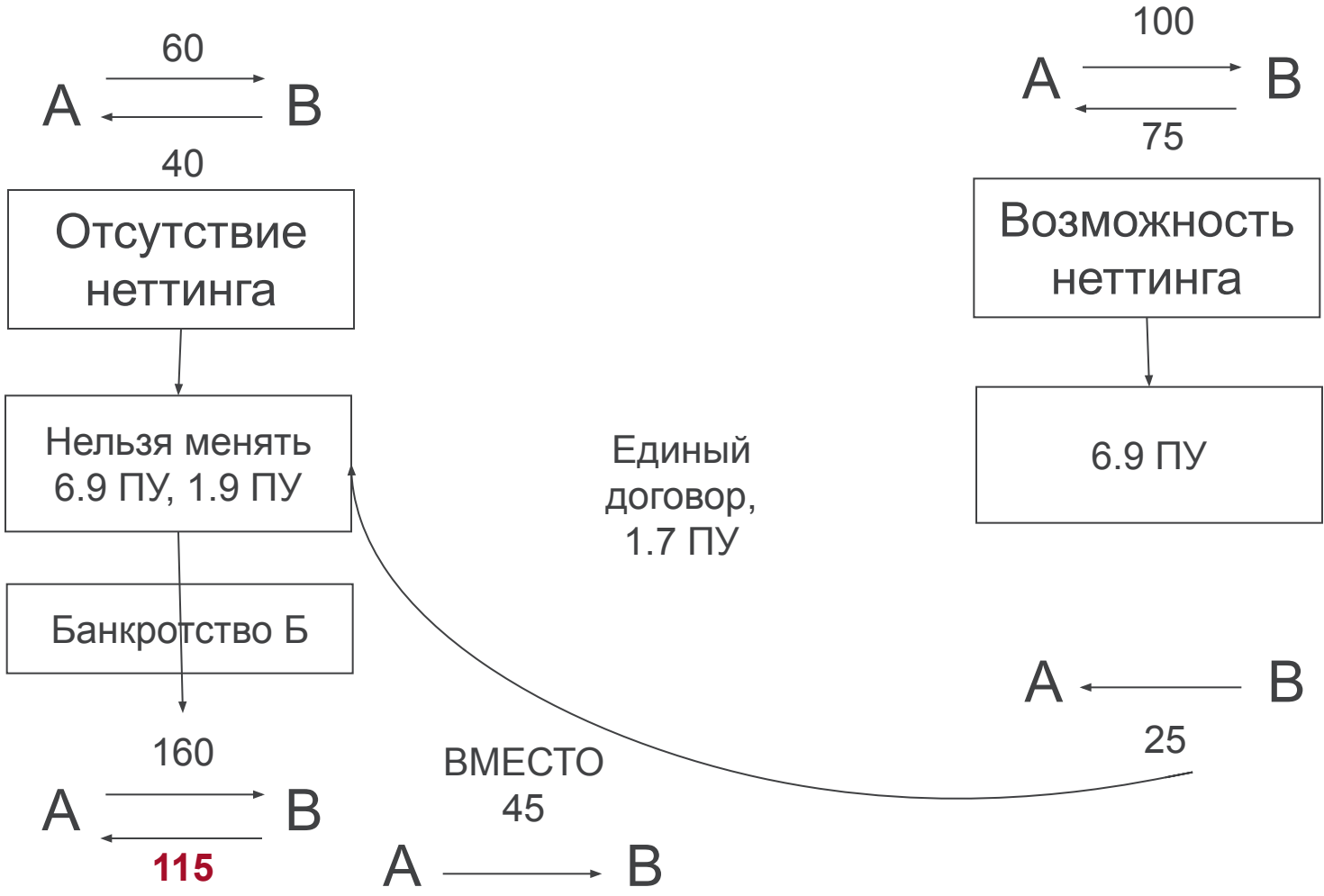
## Варианты внедрения механизма неттинга в ранее заключенные договоры в соответствии с недавно принятым законом



## 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
Заклучение 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	<i>«Использование эл. средств связи признается сторонами соблюдением письменной формы.» (2.3 ПУ)</i>	<i>«Стороны могут заключать сделки без соблюдения каких-либо формальностей. После заключения сделки Расчетный Агент подготовит подтверждение (ст. 1 швейцарского соглашения)</i>	Включить обязательство обеих сторон подтверждать заключение сделки
Форма договора в Генеральном Соглашении (ГС)	<i>«Сторона А направляет Стороне Б посредством факсимильной связи подписанное подтверждение, содержащее все существенные и иные условия сделки.» (2.2 ГС)</i>	<i>«...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)</i>	Изучать действительность использования конкретного средства связи  Учесть требования процессуального права
Разногласия между сторонами	<i>«Сделка считается заключенной с момента достижения сторонами соглашения по всем ее существенным условиям.» (2.4 ПУ)</i>	Нет похожего правила - по немецкому праву достаточно договоренности относительно того, что стороны хотят	Не ограничивать свободу сторон

Ситуация	Последствия	Для сравнения	Рекоменда
Договорная техника			
Заявления и заверения сторон (4. ПУ)	Нет заявлений и заверений в немецком, швейцарском договорах „В случае заключения и неисполнения Сделок в полном объеме, Соглашение может прекращено любой из сторон только по <b>существенной причине</b> . Существенная причина включает в себя случаи неосуществления подлежащего выплате платежа...” (ст. 7 немецкого соглашения) (основывается на законодательном определении существенности)		
Изменение законодательного регулирования передачи ценных бумаг в виде обеспечения при сделке репо	Нарушение заявления (4.4 ПУ), прекращение всех отношений (5.1 b) ПУ)		Исключить
Отсутствие лицензии у дочерних компаний	«Сторона имеет лицензии...и соблюдает все лицензионные требования и условия.» (4.6 ПУ)		Разработать стандартное генеральное соглашение
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)		
Банкротство	«Обязательство осуществления платежа или поставки возникает при отсутствии: а) нарушения обязательства, тех. дефолта, настоящего или потенциального банкротства; б) иного основания досрочного прекращения, по которому было направлено уведомление; с) иного обстоятельства, указанного в ген. соглашении. Условие, установленное настоящим пунктом, является отлагательным.» (3.3 ПУ) = Неосновательное обогащение?	Нет параллелей	Исключить



Ситуация	Последствия	Для сравнения	Рекомендации
Условия нарушения			
Последствия разногласий	<p><i>«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».</i> (5.1. b) ii) ПУ)</p>	Дублирование	Исключить
Процесс против стороны по договору	<p><i>«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.»</i> (4.9 ПУ)</p>	Нет конкретного направления	Разработать стандартное генеральное соглашение

## Прекращение

■ Присутствует в ISDA и ПУ

■ Присутствует как отдельный элемент только в ПУ

Основания досрочного прекращения обязательств (5. ПУ)

A

### Нарушение обязательства (5.1 ПУ)

- Просрочка платежа или поставки,
- иное нарушение Генерального Соглашения или отказ от него, включая нарушение заверений сторон,
- нарушение обязательств по документам об обеспечении,
- заблуждение или обман, включая, нарушение заявлений,
- нарушение обязательства по иной срочной сделке,
- взыскание, наложение ареста,
- кросс-дефолт,
- ограничение.

B

### Банкротство (5.2 ПУ)

Наличие процедур банкротства или в отношении кредитной орг. факта отзыва или приостановления лицензии (5.2(g), (i) (iii), ПУ).

C

### Иные основания досрочного прекращения (5.3 ПУ)

- Юридическое ограничение,
- непреодолимая сила,
- снижение платежеспособности вследствие реорганизации,
- дополнительное основание прекращения (в генеральном соглашении или условиях сделки).

**A**

- Ненарушившая сторона вправе досрочно прекратить обязательства по всем сделкам (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.

**B**

- Обязательства сторон прекращаются автоматически по всем сделкам (6.3 ПУ);
- 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.

**C**

- Затронутая сторона обязана 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
<p>Банкротство при обеспечении требования залогом</p>	<p>«При прекращении... Определяющая сторона ...определяет 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 — <b>«Ликвидационная сумма».</b>» (6.9 ПУ)</p>	<p>“Невыплаченные суммы и любые иные неисполненные обязательства, и подлежащие возмещению убытки должны быть объединены... <u>в одно компенсационное требование</u>” (ст. 9 немецкого соглашения)</p>	<p>Использовать новацию</p>
<p>Разрешить прекращение договора в случае смены руководителей определенных юр. лиц</p>	<p>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.</p>	<p>„В случае заключения и неисполнения Сделок в полном объеме, Соглашение может прекращено любой из сторон только по <b>существенной причине</b>. 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)</p>	<p>Для уменьшения неопределенности относительно даты платежа (с дня уведомления vs. в течении трех рабочих дней с момента уведомления) включить данное основание как нарушение обязательства.</p>

Ситуация	Последствия	Для сравнения	Рекомендации
	<p>b) Банкротство (5.2 ПУ),  c) Иные основания (5.3 ПУ):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- юридическое ограничение,</li> <li>- непреодолимая сила,</li> <li>- снижение платежеспособности вследствие реорганизации,</li> <li>- дополнительные основания прекращения (в ГС или усл. Сделки).</li> </ul> <p>Заявления (4.2 ПУ):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- статус ю л.,</li> <li>- правоспособность и полномочия,</li> <li>- отсутствие нарушения или 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> </ul> <p>Включение в соглашение (5.3 d ПУ).</p>		
<p>Термины, используемые в договоре определены в конце договора (в ст.12).</p>	<p>«Термины, используемые в Примерных условиях договора с заглавной буквы, имеют значение, указанное в статье 12 Примерных условий договора.» (1.8 ПУ)</p>	<p>Перечисление терминов отсутствует во многих договорах</p>	

Ситуация	Последствия	Для сравнения	Рекомендации
Одна из сторон не осуществляет регистрацию	Нарушение договора (см. 2.2), но последствия (прекращение, убытки) не установлены		Прояснить в Генеральном Соглашении
Частичная недействительность	Отсутствует статья о частичной недействительности	Если какое-либо положение Соглашения является недействительным или не имеющим исковой силы, остальные положения сохраняют силу. Такое недействительное положение должно быть заменено положением, которое соответствующим образом отражает намерения сторон (ст. 11.1 немецкого соглашения)	Включить условие о частичной недействительности в Генеральном Соглашении

Ситуация	Последствия	Для сравнения	Рекомендации
Отсутствует обязательство о ведении переговоров по внесению изменений	Вероятность оплаты одной стороной издержек другой стороны по внесению изменений, в случае, если контракт оказался невыгодным одной из сторон		Генеральное Соглашение: в случаях изменений законодательства или существенных изменений судебной практики, стороны обязуются предпринять все усилия для изменения соглашения с тем, чтобы экономический результат такого соглашения соответствовал целям сторон при его заключении.