Становище на Асоциация на банките в България по проекта за Закон за изменение и допълнение на Закона за договорите за финансово обезпечение, публикуван на Портала за обществени консултации на Министерския съвет

17.11.2023г.

Намираме за положително, че в законопроекта, обявен на Портала за обществени консултации на Министерския съвет уредбата на приключващото нетиране ще бъде въведена паралелно със съществуващата уредба на финансовите обезпечения, като се въвеждат нови чл. 12а – чл. 12 б и нов ч. 14а. Съществуват няколко текста от законопроекта, които бихме подложили на коментар или съответно, предлагаме тяхното отпадане или промяна, с оглед постигане на основните цели, с които се въвежда приключващото нетиране: а) бързо извънсъдебно и безспорно уреждане на отношенията между страните, което е б) неатакуемо и защитено от закона при откриване на производство по несъстоятелност на някоя от страните. Също така, предлагаме и редакции, с цел прецизиране.

1. В заглавието на чл. 7 предлагаме, вместо предвидения в законопроекта израз: „по договор за финансово обезпечение“ да се добави изразът: *„за целите на финансовото обезпечение“*, използван в новата редакция на алинея 1 на чл. 7.

Съображенията ни са, че пораждащият финансовите задължения договор обичайно е различен от договора, с който се учредява обезпечението и смятаме, че терминологично е по-коректно да се направи това разграничение, за да се избегнат буквални тълкувания и спорове в бъдеще.

2. По измененията в чл.10

2.1.В заглавието на чл. 10 се предвижда думите „*и клауза за нетиране*“ се заменят с *„на договор за финансово обезпечение“.*

Нашето предложение е вместо в заглавието думите „и клауза за нетиране“ да се заменят с „на договор за финансово обезпечение“, да се допълнят с „*и клауза за нетиране“*, като текста придобие следната редакция:

„Неизпълнение на договор за финансово обезпечение и клауза за нетиране“

2.2. В законопроекта се предвижда ал. 1 точка 2 да се измени така:

„2. може да се извърши приключващо нетиране по чл. 12а, ако в договора е включена разпоредба за приключващо нетиране.“.

Нашето предложение е текстът на сегашната точка 2 да се запази, като предложения нов текст бъде въведен, но като точка 3, както следва:

„3. може да се извърши приключващо нетиране по чл. 12а, ако в договора е включена разпоредба за приключващо нетиране.“

2.3. Предвижда се алинея 2 да се се отмени.

Нашето предложение е ал.2 да не бъде отменяна.

Съображенията ни във връзка с предложенията, направени по-горе, са следните:

Доколкото обхватът на приключващото нетиране е ограничен, от една страна, с оглед страните по договора (участници на финансовите пазари, които имат право съгласно националното си законодателство да сключват определени видове договори) и от друга страна, с оглед предмета на договора (определени видове финансови инструменти, най-често извънборсово търгувани деривати, репо сделки, заеми на ценни книжа и други сделки за финансиране с ценни книжа), то обхватът на клаузата

за нетиране е доста по-широк и намира приложение по отношение на всички финансови задължения, изброени в чл. 7, ал. 1 ЗДФО.

В тази връзка следва да бъде отбелязано, че съгласно чл. 10, ал. 2 ЗДФО, при неизпълнение задълженията на страните: 1. стават незабавно изискуеми и се превръщат в задължения за плащане на сума, равна на изчислената им текуща стойност, или се прекратяват и се заместват от задължение за плащане на такава сума, и/или 2. се погасяват до размера на по-малкото от тях, като страната, дължаща по-голямата сума, остава да дължи на другата страна сума, равна на превишението.

Следва да се има предвид, че при неизпълнение и настъпване на частична предсрочната изискуемост длъжникът губи преимуществото на срока, но само по отношение на съответната част от неговите задължения, като останалата неизискуема част от задълженията продължават да бъдат валидни договорните условия. Следователно, клаузата за нетиране не във всички случаи има за последица прекратяване всички сключени сделки между страните и тяхното заместване от едно нетно задължение.

С оглед на това, приключващото нетиране не следва да заменя или изключва клаузата за нетиране, а да се прилага наред, заедно с нея. Само по този начин би се постигнала целта, посочена в мотивите на законопроекта, а именно по–правилно управление на кредитния риск от страна на кредитните институции. Още повече, че със законопроекта се предлага промяна в наименованието на закона, която да отрази разширяването на предметния му обхват, а не неговото ограничаване, каквото би се случило с предлаганите промени в чл. 10 ЗДФО. Изключването на една от формите за нетиране, а именно – двустранно нетиране при неизпълнение чрез прилагане на клаузата за нетиране, на практика ограничава съществено възможностите на обезпеченото лице по смисъла на чл. 3, ал.1 от ЗДФО да се удовлетвори от учреденото в негова полза финансово обезпечение, в рамките на съответните договорни условия и срокове.

Отделно изключването на клауза за нетиране на практика противоречи на основния принцип на свободата на договаряне, като създава риск и от изкуствено въвеждане в състояние на неплатежоспособност на лицата – обезпечители, предвид императивната разпоредба на новосъздадената ал. 3 на чл. 12а от законопроекта, която предвижда, че:

„ (3) Освен, ако не е уговорено друго, финансовите задължения по чл. 12б, ал.1, които са предмет на отделни договори, но са обхванати от разпоредба за приключващо нетиране, при настъпване на изпълнително събитие се разглеждат като задължения по един общ договор, който се прекратява в цялост, независимо дали към датата на настъпване на събитието отделните договори са били частично или изцяло едностранно изпълнени“.

В този смисъл считаме, че редакцията на разпоредбата на чл.12а, ал.3 ще се отрази негативно върху сигурността на търговския оборот.

3. В чл. 12, ал. 1 се предвижда думите *„при влизане в сила на клаузата за нетиране или”* се заличат, след думата *„след“* да се добави *„извършване на приключващо нетиране по договор за финансово обезпечение“* и да се постави запетая.

Нашето предложение е в чл. 12, ал. 1 думите „при влизане в сила на клаузата за нетиране или” да не се заличават, а вместо това предложените текстове бъдат допълнени и да придобият следната редакция :

„Чл. 12 (1). Ако при влизане в сила на клаузата за нетиране или извършване на приключващо нетиране по договор за финансово обезпечение, или след реализиране на финансовото обезпечение, или погасяване задължението на обезпеченото лице да върне финансовото обезпечение на обезпечителя, се окаже, че получената сума надвишава вземането на обезпеченото лице, разликата незабавно се изплаща на обезпечителя.“

Съображенията ни в подкрепа на така направеното предложение са изложени по-горе в т. 1.

4. Предлагаме в чл. 12а, ал. 2, т. 1 да се заличи думата *„нетна“*:

Съображенията ни са, че задълженията на страните стават незабавно изискуеми и се превръщат в задължения за плащане на парична сума, равна на изчислената им текуща нетна стойност, или се прекратяват и се заместват от задължение за плащане на такава сума.

От систематичното тълкуване на предложените чл. 12а, ал. 2, т. 1 и т. 2 изглежда, че включването на думата „нетна“ в т. 1 от чл. 12а, ал. 2 е резултат от техническа грешка, доколкото погасяването на насрещните задължения на страните чрез тяхното нетиране се урежда в т. 2 от същата разпоредба, докато т. 1 урежда елементи от механизма на приключващо нетиране, които предхождат „нетирането“ в тесен смисъл.

В допълнение, формулировката „текуща нетна стойност“ противоречи на съответстващата формулировка в дефиницията за „разпоредба за приключващо нетиране“ в чл. 2, пара. 1, б. „н“, подточка (i) от Директива 2002/47/ЕО. Това създава съмнения относно правилното транспониране на посочената директива в българското законодателство.

5. В законопроекта се предлага нов чл.12б, в който т.2 на ал. 1 гласи следното:

„т. 2 задължения по финансови инструменти по чл. 4, т. 4 – 10 от Закона за пазарите на финансови инструменти, без значение дали се търгуват на място на търговия;“

Нашето предложение и в чл.12б, ал. 1, т. 2 думите *„финансови инструменти“* да се заменят с ***„договори за деривати“***.

Съображенията ни са, доколкото част от договорите за деривати, посочени в чл. 4, т. 4 до 10 от ЗПФИ, не представляват финансови инструменти, когато не се търгуват на място на търговия (напр. чл. 4, т. 6 от ЗПФИ), е по-прецизно препратката към основанието за задълженията в чл. 12б, ал. 1, т. 2 да бъде към родовото понятие „договори за деривати“, което се използва в чл. 4, т. 4 до 10 от ЗПФИ, вместо към техническото понятие „финансови инструменти“.

6. По измененията в чл.13

6.1.В законопроекта се предлага заглавието на чл. 13 да се измени, както следва:

„Извършване на приключващо нетиране“.

Нашето предложение е заглавието се измени така: ***„Прилагане на клауза за нетиране и извършване на приключващо нетиране“.***

Съображения ни в подкрепа на така направеното предложение са изложени в коментарите по т.1 .

6.2. Предлага се основният текст на ал. 2 да се измени, както следва:

„(2) Освен ако е уговорено друго, при настъпване на изпълнително събитие може да се извърши приключващо нетиране независимо от:“;

Нашето предложение е основният текст на ал.2, да бъде изменен така:

„2) Освен ако е уговорено друго, при настъпване на изпълнително събитие клаузата за нетиране или приключващо нетиране може да се извърши независимо от:“

6.3. В ал. 3 се предлага думите *„клаузата за нетиране“* се заменят с *„разпоредба за приключващо нетиране, която е част от договор за финансово обезпечение“* и се поставя запетая.

Нашето предложение е в ал. 3 думите „клаузата за нетиране“ да останат, като към тях се добави *„разпоредба за приключващо нетиране, която е част от договор за финансово обезпечение“,* като текста придобие следната редакция:

„(3) Действието на клаузата за нетиране и разпоредба за приключващо нетиране, която е част от договор за финансово обезпечение не зависи от изпълнението на изискванията по чл. 11, ал. 3 , освен ако е уговорено друго.“

Съображенията ни за предложението са, че по подобие на договорите за финансово обезпечение и за разпоредбите за приключващо нетиране по договорите с разпоредба за приключващо нетиране следва да бъдат създадена възможност за тяхното извънсъдебно извършване при условията на чл. 11, ал. 3. По този начин се дава завършена защита на тези споразумения, каквато законът е предвидил и за финансовите обезпечения, с цел сигурност на оборота и безусловното, безспорно и окончателно уреждане на конкретно определените задължения по чл. 12б от проекта.

7. Предлагаме ***отпадане на новопредложения текст на 14а, ал. 3 и ал. 4*** от проекта, от които се създава несигурност на договора с разпоредба за приключващо нетиране и извършеното по него нетиране при несъстоятелност и създаване на нова т. 3 към § 23 от проекта. Предлагаме, също така, редакция на ***ал. 5 на чл.14а.***

Съображенията ни са, че защитата на договорите с разпоредба за приключващо нетиране следва да бъде безусловна при несъстоятелност. Това е тяхната най-силна характеристика, която ги прави стабилни и сигурни средства за уреждане на отношенията на страните по конкретни сделки. Не случайно предметът на договорите за финансови обезпечения е силно лимитиран, има ограничения за субектите, които могат да бъдат страна по договорите с разпоредба за приключващо нетиране, както и за задълженията, които могат да бъдат предмет на такъв договор. Този подход е възприет в законопроекта и за задълженията, които могат да бъдат предмет на уговорка за приключващо нетиране, съгласно чл. 12б от законопроекта. Затова смятаме, че нетирането на такива задължения трябва да бъде безусловно защитено при несъстоятелност и да не се въвеждат критерии или обстоятелства, при които да може да бъде атакувано сключването на договорите с разпоредба за приключващо нетиране или извършено с тях приключващо нетиране, основаващи се на знание на кредитора за неплатежоспособността/ свръхзадължеността на насрещната страна. Целта на приключващото нетиране е да защити кредитора при неплатежоспособност/ свръхзадълженост на насрещната страна. Създаването на несигурност в това отношение не следва да се допуска, както при договори за финансови обезпечения, така и на основание сключен договор с разпоредба за приключващо нетиране.

Текстът на ал. 3 на новопредложения чл. 14а на практика възпроизвежда правилото и логиката на чл. 645, ал. 3 от ТЗ, която в действителност създава несигурност на прихващането и от там и на нетирането при несъстоятелност на длъжника, срещу когото се извършва прихващането и нетирането. Смятаме, че целта на разпоредбите на специалния закон – ЗДФО е да се изключи приложението на чл. 645, ал. 3 от ТЗ. Това се доказва и от действащото правило чл. 13, ал. 2, т. 1 от ЗДФО, което е: „клаузата за нетиране се прилага независимо от започването или продължаването на прекратителна процедура или оздравителни мерки по отношение на обезпечителя и/или обезпеченото лице“.

Тъй като чл. 13, ал. 2, т. 1 от ЗДФО се запазва в новия проект и важи и за договорите с разпоредба за приключващо нетиране, сме на мнение, че въвеждането на чл. 14а, ал. 3 от проекта му противоречи и го обезсмисля.

Смятаме, че следва да отпадне и ал.4 на чл.14а, тъй като, макар текстът да е структуриран като диспозитивна норма, е спорно доколко в производство по несъстоятелност такава норма би била приета и била гласувана в този вид. Откриването на производство по несъстоятелност е типичен и задължително предвидим случай на неизпълнение във всички договори за предоставяне на финансови услуги. Това обстоятелство безспорно трябва да бъде третирано като изпълнително събитие и по този специален закон. Още повече, че целта на закона е защита и

неоспоримост при несъстоятелност на финансовите обезпечения и на разпоредбите за приключващо нетиране.

Предлагаме чл. 14а, ал. 5 да се редактира,както следва:

(5) *Страна или орган в прекратителна процедура и оздравителна мярка* ~~***При упражняването на правомощията си в производство по несъстоятелност синдикът***~~ *не може да прехвърля частично права и задължения по договори в обхвата на* ~~***е***~~ *разпоредба за приключващо нетиране, нито да изменя или прекратява такива договори на основание, предвидено в съответната процедура или мярка* ~~***единствено на основание откритото производство по несъстоятелност***~~.

Производствата за несъстоятелност не са единствените в българската правна система, които предвиждат правомощия за прехвърляне на права и задължения и правомощия за прекратяване на двустранно неприключени договори (т.нар. „cherry-picking“). Така например, чл. 777, ал. 1-3 от ТЗ в производството по стабилизация по Част пета от ТЗ предвижда cherry-picking право в полза на съда по стабилизация, което може да бъде използвано, за да отдели определени договори, включени в обхвата на разпоредба за приключващо нетиране от останалите, от останалите договори и по този начин да се намеси в постигнатата от страните уговорка за управление на кредитен риск на нетна база. В допълнение, възможността за прехвърляне на определени активи и задължения в производството по стабилизация, без да бъде защитен обхватът на разпоредбите за приключващо нетиране, е в противоречие със съответните правила и защити, предоставени на разпоредбите за нетиране в секторните режими за оздравяване (напр. чл. 109 от Закона за възстановяване и преструктуриране на кредитни институции и инвестиционни посредници). Поради това, обхватът на защитата в чл. 14а, ал. 5 от предложението следва да бъде изрично допълнен, така че да предоставя защита срещу правомощия за частично прехвърляне, изменение и прекратяване на договори с разпоредба за приключващо нетиране, както в прекратителни процедури, така и в оздравителни мерки.

8. Предлагаме да се направи по-ясно разграничение между хипотезите на чл. 14 (Неприложимост на определени разпоредби относно договорите за финансово обезпечение) и чл. 14а (Неприложимост на определени разпоредби относно приключващото нетиране), като за яснота да се допълни заглавието на чл. 14а, както следва: ***„Неприложимост на определени разпоредби относно приключващото нетиране при липса на договор за финансово обезпечение“.***

Предвид обстоятелството, че обичайно договорите за финансово обезпечение включват и разпоредби за приключващо нетиране има припокриване на хипотезите на двете разпоредби. Според нас, в случай на наличие на разпоредба за приключващо нетиране по договор за финансово обезпечение следва да се прилага чл. 14, а не чл. 14а.

9. В законопроекта се предлага в чл. 16, ал. 2 думите *„чл. 8, 10 и 11“* се заменят с *„чл. 8, 10, 11 и 13“,* думите „*клауза за“* се заменят с *„разпоредба за приключващо“*, а думите *„по силата на глава“* се заменят с *„по силата на чл. 152 от Закона за публичните финанси и на глава шеста“* и се поставя запетая.

Нашето предложение е към думите „клауза за нетиране“ да се добавят думите ***„или разпоредба за приключващо приключване“.***

10. По измененията в Допълнителните разпоредби

10.1. В законопроекта се предлага в т.2 думите *„влиза в сила клауза за“* се заменят с *„да извърши приключващо“.*

С цел прецизиране, нашето предложение е след думите „влиза в сила клауза за нетиране“ се добавят „*или бъде приложена разпоредба за приключващо нетиране*“, като разпоредбата придобие следната редакция:

"Неизпълнение" е неизпълнение на финансово задължение или друго подобно събитие, уговорено между страните, при настъпването на което по

силата на договор за финансово обезпечение или по силата на закон, обезпеченият има право да реализира или да придобие финансовото обезпечение, или влиза в сила клауза за нетиране, или бъде приложена разпоредба за приключващо нетиране.“

10.2. Отново, с цел прецизиране и разширяване на релевантните случаи на неизпълнение, предлагаме да се допълни дефиницията за „Изпълнително събитие" в § 1, т. 7 и да придобие следната редакция:

7. „Изпълнително събитие“ е всяко неизпълнение на финансово задължение по чл. 12б, включително така както е дефинирано в договора или документа, от който възниква финансовото задължение, откриване на прекратителна процедура, налагането на оздравителни мерки или друго подобно събитие, уговорено между страните или предвидено в закон, при настъпването на което обезпеченият има право да реализира или да усвои финансовото обезпечение по договор за финансово обезпечение и/или при настъпването на което се извършва приключващо нетиране по договор с разпоредба за приключващо нетиране.

11. Във връзка с коментарите ни по т. 7 от настоящото становище за отпадане на ал.3 и ал. 4 на новия чл.14а предлагаме в допълнение да бъде създадена нова ал. 5 към чл. 645 от Търговския закон (ТЗ), като допълнение към предвиденото в § 23 от законопроекта относно изменения в ТЗ, както следва:

„т. 3 В чл. 645 се създава ал. 5:

„(6) Алинея 3 и 4 не се прилагат по отношение на договор с разпоредба за приключващо нетиране по смисъла на Закона за договорите за финансово обезпечение и за приключващото нетиране“

12. Извън горното, би могло да се помисли и за изрични текстове в производството по стабилизация (паралелно на изричните разпоредби в Закона за банковата несъстоятелност), които да препращат към защитата на приключващото нетиране по този законопроект. Такъв текст би могло да гласи:

„Приключващо нетиране по смисъла на Закона за договорите за финансово обезпечение и за приключващото нетиране се извършва съгласно уговореното от страните, независимо от започването или продължаването на производството по стабилизация.“

13. Считаме, че е допусната техническа грешка в § 19 от ЗР на проекта на ЗИД на ЗДФО, предвиждащ допълнения в Закона за банковата несъстоятелност (ЗБН). Според нас, с предложения текст би следвало да се създава нова ал. 3 в чл. 22 от ЗБН, а не, както е понастоящем в проекта, нова ал. 2. Ето защо, текстът смятаме, че следва да бъде коригиран.
