



Luật Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Ròng Mẫu 2018 của ISDA và Tài Liệu Hướng Dẫn

Copyright © 2018 by
International Swaps and Derivatives Association, Inc.
10 E 53rd Street
9th Floor
New York, NY 10022

Phiên bản 1.0
Ngày phát hành: Ngày 15 tháng 10 năm 2018

MỤC LỤC

LỜI MỞ ĐẦU	i
1. TẦM QUAN TRỌNG VÀ LỢI ÍCH CỦA CƠ CHẾ XÁC ĐỊNH NGHĨA VỤ THANH TOÁN RÒNG KHI CHẤM DỨT TRƯỚC THỜI HẠN.....	1
2. MỤC TIÊU CỦA PHÁP LUẬT VỀ XÁC ĐỊNH NGHĨA VỤ THANH TOÁN RÒNG.....	8
3. XÁC ĐỊNH PHẠM VI CỦA PHÁP LUẬT VỀ XÁC ĐỊNH NGHĨA VỤ THANH TOÁN RÒNG	10
Xác định phạm vi sản phẩm được áp dụng pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng	11
Xác định phạm vi bên ký kết hợp đồng của pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng	12
Xác định “thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng” và “xác định nghĩa vụ thanh toán ròng”	13
4. XÁC NHẬN KHẢ NĂNG THỰC THI CÁC THỎA THUẬN CÓ ĐIỀU KHOẢN XÁC ĐỊNH NGHĨA VỤ THANH TOÁN RÒNG	17
Khả năng thực thi khi chưa có các thủ tục liên quan tới mất khả năng thanh toán	19
Khả năng thi hành trong trường hợp có thủ tục tuyên bố mất khả năng thanh toán	20
Khả năng thi hành trong trường hợp có kiểm soát đặc biệt đối với tổ chức tài chính	24
5. XÁC ĐỊNH NGHĨA VỤ THANH TOÁN RÒNG LIÊN QUAN ĐẾN NHIỀU CHI NHÁNH	24
6. MÔ HÌNH LUẬT ĐIỀU CHỈNH ĐỂ BẢO ĐẢM KHẢ NĂNG THI HÀNH CỦA CƠ CHẾ XÁC ĐỊNH NGHĨA VỤ THANH TOÁN RÒNG KHI CHẤM DỨT TRƯỚC HẠN.....	25
7. BÌNH LUẬN CHO TỪNG QUY ĐỊNH	29
Soạn thảo mô hình và cơ cấu Luật XĐNVTTTRM 2018.....	29
Phần I (Xác định nghĩa vụ thanh toán ròng): mục 1 (Định nghĩa).....	30
Phần I (Xác định nghĩa vụ thanh toán ròng): mục 2 (Quyền hạn của Cơ Quan Có Thẩm Quyền).....	31
Phần I (Xác định nghĩa vụ thanh toán ròng): mục 3 (Khả năng thi hành của hợp đồng tài chính đủ điều kiện).....	32
Phần I (Xác định nghĩa vụ thanh toán ròng): mục 4 (Khả năng thi hành của thỏa thuận có điều	33

khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng).....	
Phần II Tùy chọn (Xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến nhiều chi nhánh): mục 1 (Định nghĩa bổ sung).....	37
Phần II Tùy chọn (Xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến nhiều chi nhánh): mục 2 (Khả năng thi hành của thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến nhiều chi nhánh đối với chi nhánh sở tại mất khả năng thanh toán).....	39
Phần II Tùy chọn (Xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến nhiều chi nhánh): mục 3 (Tài sản bảo đảm cho thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến nhiều chi nhánh).....	40
PHỤ LỤC A Luật Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Ròng Mẫu 2018.....	41
PHỤ LỤC B Các Nguyên Tắc Unidroit về Việc Vận Dụng Các Quy Định về Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Ròng Khi Chấm Dứt Trước Thời Hạn Năm 2013.....	51
PHỤ LỤC C Ý Kiến Pháp Lý của ISDA về Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Ròng Và Tài Sản Bảo Đảm.....	55
PHỤ LỤC D Tình Trạng của Các Pháp Luật về Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Ròng	59
PHỤ LỤC E Những Điểm Khác Nhau Giữa Phiên Bản Năm 2018 Và Phiên Bản Năm 2006 Của Luật Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Ròng Mẫu	74

LỜI MỞ ĐẦU

Hiệp Hội Hoán Đổi và Phái Sinh Quốc Tế (“ISDA”) phát hành Luật Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Ròng Mẫu 2018 (“**Luật XĐNVTTTRM 2018**”) tại Phụ Đính A của Tài Liệu Hướng Dẫn này. Luật XĐNVTTTRM 2018 là một luật mẫu có chủ ý đưa ra, bằng cách đưa ra ví dụ, các nguyên tắc cơ bản cần thiết để đảm bảo tính thực thi của cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn song phương, kể cả xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn song phương trên cơ sở nhiều chi nhánh, cũng như khả năng thực thi của các thỏa thuận về tài sản bảo đảm tài chính hoặc các thỏa thuận về ký quỹ có liên quan.¹

Luật XĐNVTTTRM 2018 là phiên bản được cập nhật của Luật Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Ròng Mẫu 2006 của chúng tôi,² mà phiên bản 2006 đó là bản được cập nhật từ Luật Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Ròng Mẫu 2002 của chúng tôi,³ và bản thân phiên bản 2002 đó là bản cập nhật từ Luật Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Ròng Mẫu chính gốc của chúng tôi được phát hành năm 1996. Mỗi phiên bản năm 1996, 2002 và 2006 của Luật Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Ròng Mẫu đều đã được sử dụng làm mẫu một cách thành công cho pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng tại một số lãnh thổ tài phán và làm hướng dẫn cho những nhà hoạch định ban hành chính sách và những người làm công tác giáo dục về những nguyên tắc cơ bản làm nền tảng cho cơ chế luật định toàn diện cho việc xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn.

Các bản sửa đổi Luật Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Ròng Mẫu vào năm 2002 và sau đó vào năm 2006 đã tính đến các diễn biến tại các thị trường tài chính bằng cách mở rộng tầm bao quát của Luật Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Ròng Mẫu để phản ánh sự tiến hóa của các sản phẩm mới và mở rộng phạm vi bảo hộ tới các thỏa thuận về tài sản bảo đảm tài chính được ký kết cùng với một thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng.⁴ Mặc dù đã có cuộc khủng hoảng tài chính diễn ra vào năm 2008, Luật Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Ròng Mẫu 2006 gần đây mới được xem là cần sửa đổi, và tiếp tục là một bản luật mẫu vững chắc cho một cơ chế pháp lý bao quát và hiệu quả cho việc xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn.

Phiên bản mới này của Luật Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Ròng Mẫu phản ánh những phát triển mới gần đây trong các thị trường tài chính, đặc biệt là trong mười năm qua với việc ban hành rộng rãi các thủ tục kiểm soát đặc biệt ngân hàng và các tổ chức tài chính khác, việc ban hành các quy định

¹ Trong Tài Liệu Hướng Dẫn, chúng tôi dẫn chiếu tới “luật xác định nghĩa vụ thanh toán ròng” hoặc “pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng” và tới “xác định nghĩa vụ thanh toán ròng” hoặc “xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn” cho quý vị để tham khảo. Tất cả những dẫn chiếu này có chủ ý để bao gồm cả các khía cạnh của pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn và tài sản bảo đảm tài chính. Trừ khi ngữ cảnh có yêu cầu khác, các cụm từ “tài sản bảo đảm tài chính” và “đặt cọc” được sử dụng thay thế cho nhau trong Tài Liệu Hướng Dẫn này.

² Cùng với Luật Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Ròng Mẫu 2006, ISDA đã phát hành “Biên Bản về Việc Áp Dụng Pháp Luật về Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Ròng: Tài Liệu Hướng Dẫn cho Nhà Lập Pháp và Những Bên Ban Hành Chính Sách Khác” vào tháng Ba năm 2006. Tài Liệu Hướng Dẫn này tích hợp, cập nhật và mở rộng văn bản hướng dẫn đó, và áp dụng văn bản hướng dẫn đó cho Luật XĐNVTTTRM 2018.

³ Xem “Luật Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Ròng Mẫu 2002: Giải Pháp Cho Sự Bất Ổn Khi Mất Khả Năng Thanh Toán” của Thomas J Werlen và Sean M Flanagan, *Tạp Chí Butterworths về Luật Ngân Hàng và Tài Chính Quốc Tế* (tháng Tư năm 2002), trang 154-164, để xem thảo luận chi tiết về Luật Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Ròng Mẫu 2002, bao gồm bối cảnh việc phát triển phiên bản Luật Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Ròng Mẫu đó và của bản gốc phát hành năm 1996.

⁴ Lưu ý rằng thuật ngữ “thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng” và “hợp đồng khung” có cùng một ý nghĩa. Trong Tài Liệu Hướng Dẫn này và trong Luật XĐNVTTTRM 2018 tại Phụ Đính A, thuật ngữ “thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng” được sử dụng cho thống nhất. Mỗi phiên bản của Hợp Đồng Chính ISDA là một ví dụ cho một thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng, như được định nghĩa tại Luật XĐNVTTTRM 2018. Chi tiết hơn, vui lòng xem phần thảo luận tại phần 3 và tại khoản 7.6 của Tài Liệu Hướng Dẫn này.

về ký quỹ ban đầu và ký quỹ sửa đổi bắt buộc theo giai đoạn áp dụng cho hầu hết các thị trường phái sinh bán buôn và việc phát triển không ngừng của các sản phẩm phái sinh tài chính Hồi Giáo.

ISDA đã phát hiện ra rằng càng ngày càng có nhiều lãnh thổ tài phán tìm sự hướng dẫn về việc áp dụng một cơ chế pháp lý toàn diện cho việc xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn và các thỏa thuận về tài sản bảo đảm tài chính có liên quan để tăng cường sự an toàn, hiệu quả và tính cạnh tranh toàn cầu của các thị trường tài chính trong nước của các lãnh thổ tài phán đó và để tăng khả năng tiếp cận các thị trường tài chính quốc tế cho các tổ chức tài chính dẫn đầu và người dùng cuối quy mô lớn tại các lãnh thổ tài phán đó. ISDA đã chuẩn bị văn bản hướng dẫn được cập nhật này để đáp ứng nhu cầu đó.

Mục đích của Tài Liệu Hướng Dẫn này là để cung cấp tư vấn thực tiễn và hướng dẫn cho các viên chức chính phủ và những nhà hoạch định chính sách khác tại những nước đang cân nhắc áp dụng pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng. Khi chuẩn bị văn bản hướng dẫn này, chúng tôi đã tận dụng:

- Kinh nghiệm 30 năm qua của chúng tôi trong việc đối thoại với những cơ quan lập pháp, cơ quan quản lý và các viên chức chính phủ khác tại các nước trên thế giới, đến từ nhiều truyền thống pháp lý, đang có mong muốn áp dụng pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng trong nước để củng cố và hiện đại hóa các thị trường tài chính trong nước của mình và để đảm bảo tính cạnh tranh của các tổ chức tài chính dẫn đầu của mình và của các thành viên tham gia thị trường chuyên nghiệp khác trên thị trường toàn cầu
- Tập hợp các ý kiến pháp lý với căn cứ chi tiết mà chúng tôi đã thu thập được, được cập nhật hàng năm, về cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn theo các Hợp Đồng Chính ISDA từ hơn sáu mươi lãnh thổ tài phán.⁵

Khi chuẩn bị Tài Liệu Hướng Dẫn này, chúng tôi đã quan tâm đến kinh nghiệm và các quan ngại của cả những lãnh thổ tài phán theo hệ thống dân luật cũng như theo hệ thống thông luật. Chúng tôi dự kiến những nguyên tắc chung được trình bày trong Tài Liệu Hướng Dẫn này có thể hỗ trợ những cơ quan quốc gia của mọi lãnh thổ tài phán thuộc mọi truyền thống pháp luật như thế nào. Chúng tôi nhận ra rằng, về mặt lý thuyết hay thực tiễn, việc áp dụng Luật XĐNVTTTRM 2018 *theo đúng nguyên văn* tại mẫu chúng tôi đã phát hành tại Phụ Đính A không nhất thiết khả thi tại nhiều quốc gia. Tài Liệu Hướng Dẫn này hướng dẫn các cơ quan lập pháp của những lãnh thổ tài phán theo hệ thống dân luật có thể, về mặt nguyên tắc, chỉnh sửa pháp luật của mình để các điều khoản cốt lõi của Luật XĐNVTTTRM 2018 có hiệu lực.

Khi soạn thảo Luật XĐNVTTTRM 2018, chúng tôi đã tìm cách tránh sử dụng những khái niệm pháp lý cụ thể cho mỗi văn hóa pháp lý nhất định, ví dụ như hệ thống thông luật so với hệ thống dân luật. Luật XĐNVTTTRM 2018 có tính chất khái quát theo ý nghĩa rằng các điều khoản của Luật XĐNVTTTRM 2018 có hiệu lực riêng biệt và nhìn chung không phụ thuộc vào các khái niệm cụ thể cho các lãnh thổ tài phán.

⁵ Một danh sách các lãnh thổ tài phán mà ISDA đã nhận được các ý kiến về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng và tài sản bảo đảm có thể tìm được trên trang web của ISDA tại www.isda.org, cùng với danh sách các lãnh thổ tài phán trên toàn thế giới đã ban hành hoặc đang cân nhắc ban hành pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng. Xem cả Phụ Đính C và D về tình trạng cho đến ngày phát hành Tài Liệu Hướng Dẫn này. Liên quan đến một số các nước mà ISDA vẫn chưa có được một ý kiến pháp lý về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng đầy đủ, ISDA đã nhận được từ luật sư trong nước một biên bản về những vấn đề pháp lý trong nước đó, biên bản này được ISDA gọi tên là **cập nhật không chính thức về quốc gia**. Một bản cập nhật không chính thức về quốc gia không phải là một ý kiến pháp lý và không thể được dựa vào như một ý kiến pháp lý. Bản cập nhật này chỉ đơn giản là một văn bản hướng dẫn chung, có ý định giúp các thành viên ISDA quan tâm tới việc giao dịch với các thành viên tham gia thị trường phái sinh được tổ chức hoặc hoạt động tại quốc gia có liên quan. Một danh sách các nước mà ISDA đã nhận được cập nhật không chính thức về quốc gia có thể được tìm thấy trên trang web của ISDA tại www.isda.org.

Chúng tôi biết rằng pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng có cùng mục đích với Luật XĐNVTTTRM 2018 thường sẽ có trạng thái cơ bản khác so với mẫu chung được quy định trong Luật XĐNVTTTRM 2018. Có nhiều lý do cho điều này, từ những lý do kỹ thuật (ví dụ như khi xét đến những khái niệm luật trong nước hoặc học thuyết) đến những lý do văn hóa pháp lý (ví dụ, phong cách soạn thảo chi tiết được sử dụng trong Luật XĐNVTTTRM 2018 có thể được xem là không phù hợp tại những lãnh thổ tài phán có truyền thống dân luật).

Dù vậy, trong Tài Liệu Hướng Dẫn này, chúng tôi thể hiện cách Luật XĐNVTTTRM 2018 có thể được áp dụng cả tại những lãnh thổ tài phán theo hệ thống dân luật làm khởi đầu cho việc soạn thảo pháp luật thích hợp. Chúng tôi cũng đưa ra những đề xuất cụ thể về phương pháp luận tạo điều kiện cho việc đưa những điều khoản Luật XĐNVTTTRM 2018 trở thành nội dung chính của các điều khoản đáp ứng các yêu cầu của nước sở tại mà vẫn đạt được mục đích của Luật XĐNVTTTRM 2018 một cách hiệu quả.

Tài Liệu Hướng Dẫn này không nhất thiết xử lý tất cả các vấn đề có thể phát sinh trong một lãnh thổ tài phán cụ thể đang có ý định ban hành pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng đáp ứng được các yêu cầu về kinh tế, xã hội và các yêu cầu chính sách khác trong nước và được sửa đổi phù hợp để thích ứng với các điều kiện trong nước và văn hóa pháp lý trong nước. ISDA luôn sẵn sàng cung cấp sự trợ giúp và hỗ trợ thực tế, bao gồm cung cấp thông tin liên quan tới thông lệ thị trường tài chính toàn cầu, cho các cơ quan lập pháp quốc gia, cơ quan quản lý và các viên chức chính phủ khác tham gia vào quá trình phát triển pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng hoặc các sáng kiến cải cách pháp luật khác liên quan đến các thị trường tài chính. Những yêu cầu hỗ trợ đó có thể được gửi, một cách bảo mật nếu thích hợp, đến Giám Đốc Điều Hành hoặc Trưởng Ban Pháp Chế của ISDA, thông tin chi tiết của các viên chức này có sẵn trên trang web của ISDA tại www.isda.org.

TÀI LIỆU HƯỚNG DẪN NÀY ĐƯỢC DỰ KIẾN ĐỂ SỬ DỤNG NHƯ MỘT VĂN BẢN HƯỚNG DẪN CHUNG CHO VIÊN CHỨC CHÍNH PHỦ VÀ CÁC NHÀ HOẠCH ĐỊNH CHÍNH SÁCH KHÁC, MẠC DÙ TÀI LIỆU HƯỚNG DẪN NÀY CÓ THỂ ĐƯỢC CÁC BÊN KHÁC CÓ THAM GIA VÀ/HOẶC CÓ LỢI ÍCH TRONG CÁC THỊ TRƯỜNG TÀI CHÍNH QUAN TÂM TỚI. TÀI LIỆU HƯỚNG DẪN NÀY KHÔNG ĐƯỢC XEM NHƯ MỘT BẢN TƯ VẤN PHÁP LÝ HOẶC ĐƯỢC DỰA VÀO NHƯ MỘT BẢN TƯ VẤN PHÁP LÝ. CÁC BÊN NÊN THAM KHẢO Ý KIẾN TƯ VẤN CỦA BÊN TƯ VẤN PHÁP LÝ VÀ BẤT KỲ BÊN TƯ VẤN NÀO KHÁC MÌNH CHO LÀ PHÙ HỢP TRƯỚC KHI ĐƯA RA BẤT KỲ QUYẾT ĐỊNH NÀO LIÊN QUAN TỚI BẤT KỲ VẤN ĐỀ NÀO ĐƯỢC ĐƯA RA HOẶC ĐƯỢC CÂN NHẮC TỚI TRONG TÀI LIỆU HƯỚNG DẪN NÀY. NÓI BAO QUÁT HƠN, ISDA KHÔNG NHẬN BẤT KỲ TRÁCH NHIỆM NÀO VỀ VIỆC SỬ DỤNG TÀI LIỆU HƯỚNG DẪN NÀY HOẶC BẤT KỲ TÀI LIỆU, ĐỊNH NGHĨA HOẶC ĐIỀU KHOẢN NÀO KHÁC ĐƯỢC ISDA PHÁT HÀNH.

Bản sao của các tài liệu chuẩn do ISDA phát hành có thể tìm được trên trang web của ISDA, www.isda.org, tại mục “Books” trên trang chủ.

LUẬT XÁC ĐỊNH NGHĨA VỤ THANH TOÁN RÒNG MẪU 2018 CỦA ISDA VÀ TÀI LIỆU HƯỚNG DẪN

1. TẦM QUAN TRỌNG VÀ LỢI ÍCH CỦA CƠ CHẾ XÁC ĐỊNH NGHĨA VỤ THANH TOÁN RÒNG KHI CHẤM DỨT TRƯỚC THỜI HẠN

- 1.1 Cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn cho các giao dịch phái sinh theo thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng, như Hợp Đồng Chính ISDA,⁶ là cơ chế quan trọng nhất để giảm thiểu rủi ro tín dụng trong thị trường phái sinh.
- 1.2 Bản chất và cơ chế của việc xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn được trình bày chi tiết tại các khoản từ 3.18 đến 3.24 của Tài Liệu Hướng Dẫn này. Tuy nhiên, cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn có thể được định nghĩa một cách bao quát là một quy trình được quy định trong thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng, theo đó, khi xảy ra một sự kiện vi phạm hoặc sự kiện chấm dứt,⁷ ba giai đoạn sau sẽ xảy ra:
- (a) Các giao dịch theo thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng bị chấm dứt bằng cách bên không vi phạm đưa ra thông báo hoặc, trong một vài trường hợp cụ thể,⁸ tự động bị chấm dứt.
 - (b) Các giao dịch bị chấm dứt được định giá theo giá trị hạch toán theo giá thị trường hiện thời (còn gọi là giá trị thay thế) đúng vào hoặc gần thời điểm chấm dứt sớm.
 - (c) Số dư thực được tính bằng với khoản chênh lệch giữa (i) tổng giá trị hạch toán theo giá thị trường của các giao dịch ở “trạng thái lãi” bị chấm dứt đối với bên không vi phạm và (ii) tổng giá trị hạch toán theo giá thị trường của các giao dịch ở “trạng thái lỗ” bị chấm dứt đối với bên không vi phạm. Nếu (i) lớn hơn (ii), khoản ròng sẽ được trả cho

⁶ Dẫn chiếu trong Tài Liệu Hướng Dẫn này tới “Hợp Đồng Chính ISDA” được áp dụng như nhau với tất cả các phiên bản của Hợp Đồng Chính ISDA được phát hành vào các năm 1987, 1992 and 2002, trừ khi ngữ cảnh quy định khác. Dẫn chiếu tới các điều khoản cụ thể của Hợp Đồng Chính ISDA là dẫn chiếu tới các điều khoản của Hợp Đồng Chính ISDA 2002, nhưng, trừ khi ngữ cảnh quy định khác, những dẫn chiếu đó được áp dụng như nhau đến tất cả những điều khoản tương ứng của những phiên bản trước của Hợp Đồng Chính ISDA. Một thuật ngữ được viết hoa mà không có định nghĩa trong Tài Liệu Hướng Dẫn này có nghĩa như được quy định tại Hợp Đồng Chính ISDA, trừ khi ngữ cảnh có quy định khác. Ví dụ, khi dẫn chiếu đến “sự kiện chấm dứt”, chúng tôi dẫn chiếu chung đến một sự kiện mà khi xảy ra sự kiện đó một hoặc cả hai bên quyền được chấm dứt các giao dịch có liên quan được điều chỉnh bởi một thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng trong các trường hợp không có vi phạm. Khi dẫn chiếu tới “Sự Kiện Vi Phạm”, chúng tôi dẫn chiếu tới thuật ngữ được định nghĩa tại Mục 14 của Hợp Đồng Chính ISDA.

⁷ Trong Tài Liệu Hướng Dẫn này, khi chúng tôi dẫn chiếu tới một “sự kiện chấm dứt”, thay vì một “sự kiện vi phạm”, chúng tôi muốn nói đến một điều khoản cho phép một bên chấm dứt trước hạn một vài hoặc tất cả các giao dịch theo thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng vì một sự kiện xảy ra mà không được xem là do lỗi của một bên theo thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng. Ví dụ cho sự kiện này bao gồm các Sự Kiện Chấm Dứt được quy định tại Mục 5(b) của Hợp Đồng Chính ISDA 2002, cho phép một hoặc cả hai bên chấm dứt các giao dịch có liên quan khi xảy ra sự kiện bất hợp pháp, sự kiện bất khả kháng, bị áp đặt khấu trừ thuế, vãn vãn.

⁸ Chủ yếu là liên quan tới một vài bước về hình thức cụ thể có thể xảy ra liên quan tới việc mở thủ tục mất khả năng thanh toán đối với bên vi phạm. Trong các phiên bản năm 1992 và 2002 của Hợp Đồng Chính ISDA, tự động chấm dứt trước hạn chỉ được áp dụng nếu các bên có chọn cho điều khoản này có hiệu lực.

bên không vi phạm. Nếu (ii) lớn hơn (i), khoản rỗng sẽ, thông thường,⁹ được trả cho bên vi phạm.

- 1.3 Cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn phải được phân biệt với cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng trong thanh toán. Xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng trong thanh toán được thực hiện trong quy trình hoạt động thông thường của một công ty còn khả năng thanh toán và bao gồm việc bù trừ dòng tiền phải trả giữa hai bên vào một ngày nhất định với một đồng tiền nhất định để tính một khoản phải trả hoặc khoản phải thu thực duy nhất. Mục đích của cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng trong thanh toán là để tạo điều kiện cho việc thanh toán hiệu quả và giảm thiểu rủi ro thanh toán. Vì cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng trong thanh toán vận hành trước khi có sự kiện vi phạm hoặc sự kiện chấm dứt, khả năng thực thi của cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng trong thanh toán thông thường không cần phải được pháp luật bảo hộ. Trong Tài Liệu Hướng Dẫn này, chúng ta sẽ chỉ quan tâm tới cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn chứ không phải cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng trong thanh toán.¹⁰
- 1.4 Con số thống kê được công bố hàng năm bởi Ngân Hàng Thanh Toán Quốc Tế thường xuyên cho thấy rằng cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn giúp giảm giá trị gộp hiện tại trên thị trường của các giao dịch phái sinh đang tồn tại thuộc tất cả các loại tài sản tới hơn 80 phần trăm. Ví dụ, lợi ích của việc xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng, được tính bằng phần chênh lệch giữa giá trị gộp hiện tại trên thị trường và rủi ro tín dụng sau khi xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng cho tới giữa năm 2009 là hơn 85 phần trăm.¹¹ Một tính toán tương tự cho các ngân hàng được thành lập tại Hoa Kỳ còn cho con số thậm chí còn lớn hơn, vào khoảng 90 phần trăm giá trị hiện tại trên thị trường.¹²
- 1.5 Tài sản bảo đảm tài chính (còn được gọi là “ký quỹ”)¹³ cho các sản phẩm phái sinh được sử dụng để bảo đảm cho rủi ro rỗng của bên nhận tài sản bảo đảm theo một thỏa thuận có điều

⁹ Theo Thỏa Thuận Lãi Suất và Quy Đổi Tiền Tệ và, nếu “Phương Thức Đầu Tiên” được các bên lựa chọn, theo Hợp Đồng Chính ISDA 1992, bên không vi phạm không phải trả khoản nào cho bên vi phạm trong trường hợp (ii) lớn hơn (i). Trong bản sửa đổi năm 1994 của Hiệp Định Vốn Basel, Ủy Ban Basel về Giám Sát Ngân Hàng gọi điều khoản này là “điều khoản chối bỏ” và nói rằng cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn theo một thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng có điều khoản như vậy sẽ không được công nhận là phương thức giảm rủi ro khi tính toán vốn phải có yêu cầu của pháp luật. Vì lý do này, điều khoản này không còn thường xuyên được sử dụng trong những thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng.

¹⁰ Có một dạng xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng thứ ba tên là xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng bằng cách chuyên quyền. Dạng này giống với xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng trong thanh toán ở điểm dạng này chỉ được vận hành trước khi có vi phạm và chủ yếu chỉ có ý định nhằm giảm rủi ro thanh toán. Để vận hành, dạng này phức tạp hơn so với xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng trong thanh toán. Dạng này được ban đầu phát triển như một kỹ thuật giảm rủi ro trong thị trường ngoại hối, nhưng bị ít sử dụng đi từ khi xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn theo thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng được công nhận là đủ điều kiện để được công nhận là phương thức giảm rủi ro theo Hiệp Định Vốn Basel như được sửa đổi vào năm 1994, phụ thuộc vào một số điều kiện. Dạng này vẫn được sử dụng trong các thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng đa phương được vận hành bởi các phòng thanh toán bù trừ và các bên đối tác bù trừ tập trung. Bởi vì dạng này được vận hành trước khi có vi phạm, các vấn đề pháp lý nảy sinh liên quan không giống với xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn và do đó không được thảo luận thêm tại Tài Liệu Hướng Dẫn này..

¹¹ Xem “Tầm Quan Trọng của Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Rỗng Khi Chấm Dứt Trước Thời Hạn” bởi David Mengle, (Văn bản Nghiên cứu của, Số 1, năm 2010), có trên trang web của ISDA tại <http://www.isda.org>.

¹² Như trên.

¹³ Xem n 1.

khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng.¹⁴ Do đó, cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn là hình thức giảm thiểu rủi ro tín dụng cơ bản được sử dụng trên thị trường phái sinh toàn cầu. Tài sản bảo đảm tài chính chỉ xử lý phần rủi ro tín dụng ròng còn lại. Khi xảy ra vi phạm, cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn sẽ được áp dụng trước, và chỉ sau đó tài sản bảo đảm tài chính mới được áp dụng. Theo một thỏa thuận về tài sản bảo đảm tài chính dựa trên nguyên tắc chuyển quyền sở hữu, việc xử lý tài sản bảo đảm sẽ được thực hiện thông qua cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn.

- 1.6 Cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn và tài sản bảo đảm tài chính là hai khái niệm có liên hệ mật thiết với nhau và là hai khái niệm phụ thuộc lẫn nhau. Do đó, quan trọng là pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng nên giải quyết không chỉ cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn trên phạm vi hẹp, mà nên xử lý cả các vấn đề liên quan tới tài sản bảo đảm tài chính. Điều này đặc biệt đúng khi tầm quan trọng của tài sản bảo đảm tài chính ngày càng gia tăng đối với các thể chế chính sách đã được phát triển và áp dụng trên toàn cầu kể từ khủng hoảng tài chính, như được thảo luận chi tiết hơn dưới đây.
- 1.7 Tầm quan trọng của việc xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn và tài sản bảo đảm tài chính trong việc bảo đảm sự ổn định, an toàn của hệ thống tài chính đã được nêu rõ và nhấn mạnh bởi các cơ quan quản lý trên toàn thế giới, bao gồm các cơ quan quốc tế như Ủy Ban Basel về Giám Sát Ngân Hàng (BCBS) và Hội Đồng Bình Ổn Tài Chính (FSB).
- 1.8 Vào tháng Ba năm 2010, BCBS đã tuyên bố như sau:

“Đã có nhiều tiến triển trong hai thập niên qua trong việc đạt được sự ổn định về mặt pháp lý cho cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn của các hợp đồng tài chính và thỏa thuận về tài sản bảo đảm. Các nỗ lực cải cách pháp luật đã được áp dụng thành công tại hầu hết các lãnh thổ tài phán lớn, đặc biệt là liên quan đến việc chấm dứt, thanh lý và xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn của các hợp đồng tài chính song phương OTC khi xảy ra sự kiện vi phạm, bao gồm sự kiện mất khả năng thanh toán, tại một tổ chức ngân hàng. Một số thị trường quốc gia đang phát triển khác đã đạt được ít tiến triển hơn. Việc tiếp tục tích hợp và củng cố các khung khổ quốc gia là rất cần thiết.”¹⁵

- 1.9 Vào tháng 10 năm 2011, FSB phát hành “*Các Đặc Điểm Chính của Chế Độ Kiểm Soát Đặc Biệt Hiệu Quả dành cho Các Tổ Chức Tài Chính*” (“**Các Đặc Điểm Chính theo FSB**”), tài liệu này sau đó được chỉnh sửa và phát hành lại vào tháng 10 năm 2014 để giải trình thêm về hướng dẫn của mình nhưng không làm thay đổi nội dung của mười hai Đặc Điểm Chính. *Các Đặc Điểm Chính theo FSB* nêu ra sự đồng thuận của những Người Đứng Đầu Quốc Gia và Chính Phủ các nước G20 về các yếu tố cốt lõi của chế độ kiểm soát hiệu quả dành cho các tổ chức tài chính. Trong *Các Đặc Điểm Chính theo FSB*, FSB nhấn mạnh tầm quan trọng của cơ chế xác

¹⁴ Các thỏa thuận về tài sản bảo đảm tài chính dùng làm bảo đảm cho rủi ro gộp của bên nhận tài sản bảo đảm đối với các giao dịch phái sinh khá hiếm và thường chỉ được dùng khi có nghi ngờ đáng kể về khả năng thực thi của cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn theo các luật của lãnh thổ tài phán nơi bên đưa ra tài sản bảo đảm có thể bị áp dụng các quy định về mất khả năng thanh toán, thường là lãnh thổ tài phán mà bên đó được tổ chức.

¹⁵ *Báo Cáo và Khuyến Nghị của Nhóm Kiểm Soát Đặc Biệt Ngân Hàng Xuyên Biên Giới* của BCBS (tháng Ba năm 2010), khoản 106. Tựu chung, xem Khuyến Nghị số 8 và phần giải thích kèm theo tại khoản 105 đến 114. Văn bản đầy đủ của báo cáo có sẵn trên trang web của BCBS tại: <http://www.bis.org/publ/bcbs169.pdf>.

định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn và thỏa thuận về tài sản bảo đảm và việc hai cơ chế này phải được bảo hộ như thế nào trong trường hợp có kiểm soát đặc biệt. Các Đặc Điểm Chính theo FSB dĩ nhiên cũng nhấn mạnh rằng hai cơ chế này không được làm ảnh hưởng tới việc áp dụng hiệu quả các biện pháp kiểm soát đặc biệt. *Các Đặc Điểm Chính theo FSB* do đó tạo sự cân bằng cân trọng giữa các mục tiêu chính sách mang tính xung đột tiềm tàng. Ở Đặc Điểm Chính thứ 4, FSB nói rằng:

- (a) phụ thuộc vào những bảo hộ phù hợp, việc rơi vào trạng thái kiểm soát đặc biệt hoặc việc sử dụng quyền năng kiểm soát đặc biệt không nên kích hoạt các quyền chấm dứt trước hạn (giai đoạn thiết yếu đầu tiên của quy trình xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn và là một điều kiện tiên đề cần có cho việc xử lý tài sản bảo đảm tài chính); và
- (b) cơ quan kiểm soát đặc biệt nên có quyền hoãn các quyền chấm dứt trước hạn trong các trường hợp khác, nhưng phụ thuộc vào những điều kiện nghiêm ngặt, bao gồm điều kiện việc hoãn không được quá 2 ngày làm việc.

1.10 Những hướng dẫn khác về vấn đề này được nêu tại ở Phụ Đính I – Phụ Lục 5 (Hoãn tạm thời các quyền chấm dứt trước hạn) của *Các Đặc Điểm Chính theo FSB*. *Các Đặc Điểm Chính theo FSB* nêu rõ ràng rằng các thành viên của FSB hiểu tầm quan trọng mang tính hệ thống của việc đảm bảo rằng cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn và thỏa thuận về tài sản bảo đảm tài chính được bảo hộ trong trường hợp có kiểm soát đặc biệt và sau cùng có thể được xử lý một cách hiệu quả.

1.11 Trong một giới hạn nào đó, các chế độ kiểm soát đặc biệt được áp dụng cho tới thời điểm hiện tại bởi các lãnh thổ tài phán G20 phản ánh sự cân bằng đạt được bởi *Các Đặc Điểm Chính của FSB*. Ví dụ, tại Điều 118 của Chỉ Thị Của Cộng Đồng Châu Âu về Phục Hồi và Kiểm Soát Đặc Biệt Ngân Hàng (“**BRRD**”),¹⁶ Chỉ Thị của Cộng Đồng Châu Âu về Thỏa Thuận về Tài Sản Bảo Đảm Tài Chính (“**FCAD**”)¹⁷ phải chịu phụ thuộc vào hiệu lực của BRRD, và bản thân BRRD phản ánh các nguyên tắc của Đặc Điểm Chính thứ 4 được tóm tắt tại khoản 1.9 trên đây.¹⁸

1.12 Nếu không có cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn, các bên đối tác là tổ chức tài chính sẽ phải quản lý rủi ro tín dụng của mình theo giá trị gộp, có nghĩa rằng thanh khoản và khả năng cấp tín dụng của hệ thống sẽ giảm mạnh. Rủi ro thị trường và rủi ro tín dụng liên quan tới các giao dịch phái sinh cũng khó được ước tính và xử lý hơn trên cơ sở gộp.

1.13 Khi có mức độ ổn định pháp lý đủ cao về khả năng thực thi cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn, các nhà giám sát tài chính cho phép công nhận cơ chế

¹⁶ Chỉ Thị 2014/59/EU của Nghị Viện Châu Âu và của Hội Đồng ngày 15 tháng Năm năm 2014 thành lập cơ chế khung cho việc hồi phục và kiểm soát đặc biệt các tổ chức tín dụng và các công ty đầu tư [2014] OJ L173/190.

¹⁷ Chỉ Thị 2002/47/EC của Nghị Viện Châu Âu và Hội Đồng vào ngày 6 tháng Sáu năm 2002 về các thỏa thuận về tài sản bảo đảm tài chính [2002] OJ L168/43.

¹⁸ Điều 68 của BRRD quy định một cách khái quát rằng việc rơi vào trạng thái bị kiểm soát đặc biệt hoặc việc thực thi quyền kiểm soát đặc biệt không kích hoạt các quyền chấm dứt trước hạn. Các Điều 69, 70 và 71 giao quyền cho cơ quan kiểm soát đặc biệt được hoãn một số nghĩa vụ nhất định, nhưng trong mỗi trường hợp phụ thuộc vào giới hạn về thời gian tương tự như thời hạn 48 tiếng được đề cập tới tại Đặc Điểm Chính số 4. Các Điều từ 73 đến 80 đặt ra các chế tài bảo hộ, quan trọng nhất cho mục đích hiện tại là Điều 77, đảm bảo tài sản bảo đảm tài chính, bù trừ và các thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ rỗng được bảo hộ.

này có hiệu ứng giảm rủi ro khi tính toán mức vốn theo quy định của luật định mà các tổ chức tài chính phải đảm bảo có cho trạng thái phái sinh của mình, nâng cao hiệu quả sử dụng vốn phải có theo quy định của luật định và giảm các chi phí liên quan. Đây là một khía cạnh vô cùng quan trọng của việc áp dụng cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn, và do đó việc quan trọng là cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn phải có khả năng thực thi với mức độ chắc chắn cao về mặt pháp lý, kể cả trong trường hợp mất khả năng thanh toán.

- 1.14 Như được lưu ý tại phần 2 của Tài Liệu Hướng Dẫn này, pháp luật truyền thống và các quy tắc được phát triển từ rất lâu trước khi có sự xuất hiện của thị trường phái sinh hiện đại tại nhiều lãnh thổ tài phán thường có bất ổn về khả năng thực thi của các giao dịch phái sinh, cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn hoặc các thỏa thuận về tài sản bảo đảm tài chính có liên quan.¹⁹ Trong suốt ba mươi năm qua, hàng chục các quốc gia đã ban hành pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng dưới một số hình thức nào đó.²⁰ Tài Liệu Hướng Dẫn này, như được chú thích tại Lời Giới Thiệu, nhằm đưa ra hướng dẫn cho những lãnh thổ tài phán đang có kế hoạch ban hành pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng hoặc đang có kế hoạch sửa đổi và cập nhật pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng đang hiện có.

¹⁹ Tại một vài lãnh thổ tài phán, xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn theo truyền thống có thể được vận hành dựa trên các nguyên tắc chung mà không cần phải có pháp luật cụ thể về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng. Ví dụ như trường hợp của Vương Quốc Anh và xứ Wales cho tới khi pháp luật về thủ tục kiểm soát đặc biệt ngân hàng được ban hành thông qua Luật Ngân Hàng 2009 khiến cần phải ban hành một chế tài bảo hộ pháp lý đặc biệt để bảo vệ cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn khỏi bị ngăn cản bởi việc cơ quan kiểm soát đặc biệt ở Vương Quốc Anh thực thi quyền chuyển giao tài sản một phần. Cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn tiếp tục vận hành được đối với một bên đối tác là doanh nghiệp Anh dựa trên các nguyên tắc chung mà không cần phải có pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng cụ thể. Tuy nhiên, có tiềm tàng bất ổn tại nhiều quốc gia, đặc biệt là liên quan tới tác động của cơ chế hoãn bắt buộc theo đạo luật về tổ chức lại trong trường hợp mất khả năng thanh toán (ví dụ như Chương 11 của Bộ Luật Phá Sản Hoa Kỳ) và hiệu lực của một số quyền hạn nhất định của cơ quan kiểm soát đặc biệt theo chế độ kiểm soát đặc biệt tổ chức tài chính, cụ thể là quyền cứu trợ, sửa đổi hợp đồng và chuyển giao tài sản một phần.

²⁰ Xem Phụ Đính D.

1.15 Ở cấp độ quốc tế, những phát triển có liên quan bao gồm:

- (a) Vào ngày 25 tháng 06 năm 2004, Ủy Ban Liên Hiệp Quốc về Luật Thương Mại Quốc Tế (UNCITRAL)²¹ ban hành Hướng dẫn xây dựng Pháp luật về phá sản, trong đó UNCITRAL khẳng định tầm quan trọng trong việc bảo hộ các hợp đồng tài chính, đặc biệt là liên quan tới việc xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn và các thỏa thuận về tài sản bảo đảm liên quan.²²
- (b) Vào ngày 9 tháng 10 năm 2009, Viện Quốc Tế về Nhất Thể Hóa Pháp Luật Tư (UNIDROIT)²³ đã ban hành và mời ký Công Ước về Các Quy Tắc Chủ Yếu cho Chứng Khoán có Trung Gian (thường được biết tới với tên “Công Ước Chứng Khoán Geneva”). Công Ước Chứng Khoán Geneva bao gồm Chương V tự chọn, trong đó quy định các điều khoản đặc biệt liên quan tới các giao dịch tài sản bảo đảm. Dù chưa có hiệu lực, Công Ước này cung cấp một hình mẫu cho pháp luật về các thỏa thuận về tài sản bảo đảm tài chính liên quan tới chứng khoán có trung gian.²⁴ Vì có sự liên hệ mật thiết giữa xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn và thỏa thuận về tài sản bảo đảm tài chính, đã có sự cân nhắc khi Công Ước Chứng Khoán Geneva được soạn thảo để giải quyết vấn đề xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn. Tuy nhiên, cuối cùng thì một công ước về chứng khoán có trung gian không được xem như một phương tiện phù hợp để làm điều này. Thay vào đó, UNIDROIT đã tiến hành một dự án như được thảo luận tại điểm (c) dưới đây.
- (c) Năm 2013, UNIDROIT phát hành các *Các Nguyên Tắc về Các Điều Khoản cho việc Vận Hành Cơ Chế Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Rỗng Khi Chấm Dứt Trước Thời Hạn* (“**Các Nguyên Tắc Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Rỗng Khi Chấm Dứt Trước Thời Hạn theo UNIDRIOT**”), với mục đích đưa ra hướng dẫn cho các cơ quan lập pháp các nước muốn sửa đổi hay ban hành mới pháp luật trong nước liên quan tới

²¹ UNCITRAL là một cơ quan được thành lập bởi Liên Hiệp Quốc (UN) với tư cách là cơ quan pháp lý cốt lõi của UN để thúc đẩy sửa đổi luật trong lĩnh vực luật thương mại quốc tế. UNCITRAL gồm có 60 nước thành viên của UN được tiến cử bởi Đại Hội Đồng Liên Hiệp Quốc cho mỗi nhiệm kỳ sáu năm. ISDA tham gia với tư cách là Quan Sát Viên tại từng thời điểm tại các cuộc họp của Nhóm Công Tác UNCITRAL về những vấn đề liên quan đến các thị trường tài chính. UNCITRAL soạn thảo công ước, luật mẫu và các văn bản hướng dẫn pháp lý và kiến nghị trong việc thực hiện nghĩa vụ hiện đại hóa và hòa hợp các quy tắc kinh doanh quốc tế của mình. Thông tin thêm về UNCITRAL có sẵn tại trang web: www.uncitral.org.

²² Đặc biệt, xem Chương H (Hợp đồng tài chính và xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng) từ trang 156-158 và Các Kiến Nghị 101-107 tại trang 158-159.

²³ UNIDROIT là một tổ chức quốc tế độc lập, có trụ sở ở Rome, được thành lập vào năm 1926 như một cơ quan phụ của Hội Quốc Liên và được tái thành lập vào năm 1940 trên cơ sở hiệp ước liên chính phủ. Mục đích của UNIDROIT là thúc đẩy thay đổi và hòa hợp luật trong lĩnh vực luật tư, tập trung đặc biệt vào luật thương mại, và xây dựng các công cụ, nguyên tắc và quy định luật thống nhất để đạt được mục tiêu đó. Hiện tại có 63 nước là thành viên của UNIDROIT. Thông tin thêm về UNIDROIT có sẵn tại trang web: www.unidroit.org.

²⁴ Do Công Ước Chứng Khoán Geneva chỉ quan tâm đến chứng khoán có trung gian, Chương V tự chọn không bàn luận đến tài sản bảo đảm là tiền mặt. Chương V tự chọn được dựa một phần lớn vào Chỉ Thị Thỏa Thuận về Tài Sản Bảo Đảm Tài Chính của Cộng Đồng Châu Âu. ISDA tham gia các cuộc họp ngoại giao của UNIDROIT với tư cách là Quan Sát Viên, và trong các cuộc họp này bản văn của Công Ước đã được cái phái đoàn các nước thành viên tranh luận. Vào tháng Mười Hai năm 2017, UNIDROIT công bố *Hướng Dẫn Pháp Luật về Chứng Khoán Có Trung Gian*. Tài liệu này có ý định quy định các nguyên tắc và quy tắc cho các nhà lập pháp và quản lý toàn thế giới và hỗ trợ cho Công Ước Chứng Khoán Geneva. Đặc biệt liên quan tới phái sinh là Phần VII của Hướng Dẫn đó (Các Điều Khoản Đặc Biệt Liên Quan Đến Các Giao Dịch Tài Sản Bảo Đảm) cũng như là Phần VIII (về mâu thuẫn về luật) và Phần IX (về các công cụ và quy định khác).

việc thực hiện cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán vòng khi chấm dứt trước thời hạn.²⁵ Tám nguyên tắc căn bản được trích lại tại Phụ đính B, cùng với một đường link dẫn tới văn bản đầy đủ trên trang web của UNIDROIT, trong đó có một bản tham luận chi tiết. Luật XĐNVTTTRM 2018 phản ánh Các Nguyên Tắc Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Vòng Khi Chấm Dứt Trước Thời Hạn theo UNIDROIT, nhưng đi xa hơn bằng cách cung cấp một bộ luật mẫu cụ thể được soạn thảo để xử lý một số các vấn đề một cách chi tiết hơn Các Nguyên Tắc Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Vòng Khi Chấm Dứt Trước Thời Hạn theo UNIDROIT có thể.

- 1.16 Chúng tôi nhận thấy mối liên kết gần gũi giữa cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán vòng khi chấm dứt trước thời hạn và các thỏa thuận về tài sản bảo đảm tài chính và nhận thấy việc các thỏa thuận về tài sản bảo đảm tài chính trong thị trường phái sinh và các thị trường tài chính liên quan đã mặc định khả năng thực thi của cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán vòng khi chấm dứt trước thời hạn như là một điều kiện tiên đề. Sau cuộc khủng hoảng tài chính năm 2008, một trong các phản ứng chính trên thế giới là việc áp dụng các quy định về ký quỹ bắt buộc đối với chứng khoán phái sinh bù trừ không tập trung, sau khi BCBS và Tổ Chức Quốc Tế các Ủy Ban Chứng Khoán (IOSCO) cùng phát hành *Quy Chế Ký Quỹ cho Chứng Khoán Phái Sinh Bù Trừ Không Tập Trung* (phát hành tháng 09 năm 2013, được chỉnh sửa và phát hành lại tháng 03 năm 2015) ("**Quy Chế Khung về Ký Quỹ của BCBS-IOSCO**").²⁶ Quy Chế Khung về Ký Quỹ của BCBS-IOSCO được cùng phát triển bởi một nhóm công tác chung của BCBS và IOSCO có tên là Nhóm Công Tác Về Quy Chế Ký Quỹ (WGMR), được thành lập vào tháng Mười năm 2011 để phát triển những đề xuất sau này dẫn tới việc ban hành quy chế khung và Nhóm Công Tác này đã tham vấn rất sâu rộng với ngành công nghiệp tài chính.²⁷ Do đó, các quy định về ký quỹ được biết đến một cách không chính thức trong thị trường với cái tên "quy định về ký quỹ của WGMR" hoặc "các yêu cầu của WGMR" (và các cụm từ tương tự). Các quy định này đã được áp dụng rộng rãi,²⁸ và các quy định sau cùng về ký quỹ đã được ban hành tại một vài quốc gia, bao gồm Hoa Kỳ, Cộng Đồng Châu Âu, Nhật Bản, Thụy Sĩ và Canada, cùng với một vài quốc gia khác hiện đang nghiên cứu các dự thảo quy chế.
- 1.17 Nếu không thể chấp nhận tài sản bảo đảm tài chính (ký quỹ) theo giá trị ròng từ một bên đối tác ở nước có mức độ bất ổn định pháp lý đáng kể về khả năng thực thi cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán vòng khi chấm dứt trước thời hạn ("**Lãnh Thổ Tài Phán Không Chấp Nhận Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Vòng Khi Chấm Dứt Trước Thời Hạn**"), thì sẽ phải áp dụng các quy chế đặc biệt. Ở một vài lãnh thổ tài phán, điều này đã dẫn tới việc được miễn áp dụng các quy chế ký quỹ bắt buộc,²⁹ nhưng tại các lãnh thổ tài phán khác lại dẫn tới những quy định khắt khe hơn,³⁰ cụ thể là yêu cầu phải thu khoản ký quỹ trên cơ sở gộp từ bên đối tác được thành lập tại một Lãnh Thổ Tài Phán Không Chấp Nhận Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Vòng Khi Chấm Dứt Trước Thời Hạn. Sau cùng, những yếu tố kinh tế và thực tiễn bắt nguồn từ các quy định ký quỹ bắt buộc sẽ có khả năng dẫn tới giảm mạnh hoạt động giao dịch với các bên đối tác được thành lập tại Những Lãnh Thổ Tài Phán Không Chấp Nhận Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Vòng Khi Chấm Dứt Trước Thời Hạn, cho tới khi các lãnh thổ tài phán đó có thể

²⁵ Xem *Các Nguyên Tắc Vận Hành Các Điều Khoản Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Vòng* (2013) của UNIDROIT, khoản 11. ISDA tham dự Nhóm Nghiên Cứu ban hành các Nguyên Tắc Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Vòng của UNIDROIT với tư cách là Quan Sát Viên.

²⁶ Cả hai phiên bản đều có sẵn trên trang web của Ngân Hàng Thanh Toán Quốc Tế (BIS), là đơn vị chủ quản BCBS. Phiên bản tháng Ba năm 2015 có sẵn tại đường link sau: <http://www.bis.org/bcbs/publ/d317.htm>.

²⁷ ISDA đảm nhận vai trò chính trong việc phân hồi các ý kiến tư vấn đó.

²⁸ Theo từng giai đoạn như được kiến nghị bởi Quy Chế Khung BCBS –IOSCO.

²⁹ Ví dụ, ở Châu Âu và ở Nhật Bản.

³⁰ Ví dụ, ở Hoa Kỳ

ban hành pháp luật bảo đảm khả năng thực thi của cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn.

2. MỤC TIÊU CỦA PHÁP LUẬT VỀ XÁC ĐỊNH NGHĨA VỤ THANH TOÁN RÒNG

- 2.1 Mục tiêu cơ bản của pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng là đảm bảo tính thực thi của cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn khi xảy ra sự kiện vi phạm hoặc sự kiện chấm dứt theo thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng, cả trước và sau khi tiến hành thủ tục liên quan tới mất khả năng thanh toán, theo các điều khoản của thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng giữa các bên. Tuy nhiên, nhìn chung pháp luật của hầu hết các lãnh thổ tài phán đều không có vấn đề với khả năng thực thi cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn trước khi mất khả năng thanh toán, do vậy không cần thiết phải có pháp luật đặc biệt để bảo đảm cơ chế này.³¹ Thách thức trọng yếu là bảo đảm được khả năng thực thi của cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn sau khi mất khả năng thanh toán.
- 2.2 Mục tiêu trọng yếu của pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng là tạo nên sự ổn định về mặt pháp lý. Các tổ chức tài chính cần có sự chắc chắn ở mức độ cao về mặt pháp lý đối với khả năng thực thi cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn không chỉ để bảo đảm quản lý tốt và an toàn các rủi ro tín dụng mà còn để công nhận cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn như là biện pháp giảm rủi ro theo tiêu chuẩn quốc tế liên quan tới các yêu cầu về vốn pháp định phải có của ngân hàng. Tiêu chuẩn cao đó được phản ánh trong các quy định về vốn pháp định của ngân hàng được áp dụng tại các thị trường tài chính dẫn đầu.³² Do đó, kể cả ở những lãnh thổ tài phán mà tại đó cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn có khả năng thực thi được sau khi mất khả năng thanh toán dựa trên những nguyên tắc chung, vẫn cần phải có pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng để đảm bảo cho thành viên tham gia thị trường có được căn cứ chắc chắn và không có sự hoài nghi để có thể thỏa mãn được những tiêu chuẩn cao cần có đó.
- 2.3 Pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng có thể áp dụng mô hình kỹ thuật quy mô hẹp, xác định từng vấn đề theo pháp luật trong nước có khả năng ảnh hưởng đến tính khả thi của bất kỳ khía cạnh quan trọng nào của cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn (ví dụ, tính khả thi của một số quyền phát sinh trong hợp đồng để chấm dứt các giao dịch trước hạn do việc tiến hành một loại thủ tục nhất định liên quan đến tình trạng mất khả năng thanh toán) và sau đó ban hành quy định cụ thể để xử lý các vấn đề đó. Cách này có thể giúp đạt được kết quả mong muốn một cách chính xác và kinh tế, tuy nhiên pháp luật được hình thành có thể mang tính chuyên ngành quá sâu, gây khó khăn cho những luật sư không chuyên.
- 2.4 Thay vào đó, những cơ quan lập pháp có thể chọn mô hình rộng hơn, một mô hình không chỉ xử lý những vấn đề đã được xác định từ trước mà còn khẳng định một cách bao quát hơn về tính hiệu lực của cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn và một số bước trung gian. Đây là mô hình được áp dụng bởi Luật XĐNVTTTRM 2018, tại đó các điều khoản của Luật XĐNVTTTRM 2018 tiếp cận trên cơ sở phân tích các giai đoạn của quy trình xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn (trước khi mất khả năng thanh

³¹ Có thể có những vấn đề nhất định liên quan tới khả năng thực thi của một số loại giao dịch cụ thể, ví dụ, theo luật liên quan đến vui chơi có thưởng hoặc luật cá cược, theo các pháp luật về bảo hiểm hoặc theo các luật có liên quan khác.

³² Ví dụ, xem điều 296 của Quy Định (EU) số 575/2013 của Nghị Viện Châu Âu và của Hội Đồng ngày 26 tháng Sáu năm 2013 về các yêu cầu an toàn cho các tổ chức tín dụng và các công ty đầu tư (thường được nhắc đến với tên “Quy Định Yêu Cầu Vốn hoặc “CRR”).

toán liên quan tới xung đột tiềm tàng với các luật liên quan tới trò chơi có thưởng và khả năng thực thi của các hợp đồng tài chính đủ điều kiện, sau khi mất khả năng thanh toán, một chi nhánh và nhiều chi nhánh) trong khi đó xử lý một cách có hệ thống các vấn đề pháp lý thường gặp, đương nhiên trong đó chủ yếu là pháp luật liên quan tới mất khả năng thanh toán.

2.5 Các lợi ích chủ yếu của mô hình này là pháp luật được hình thành sẽ:

- (a) dễ tiếp cận hơn, dễ hiểu hơn; và
- (b) hiệu quả hơn, vì mô hình hẹp chỉ xử lý các vấn đề cụ thể đã biết tới và không bảo đảm an toàn trước các chuyển biến trong tương lai.

2.6 Dù mô hình nào được sử dụng, chúng tôi cũng đề xuất bước đầu tiên cần làm là xác định các lĩnh vực liên quan của luật pháp trong nước có khả năng cản trở hiệu lực của cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn. Qua đó tất cả các vấn đề có liên quan đều sẽ được bao quát đầy đủ bởi pháp luật trong nước. Những vấn đề này thông thường sẽ rơi vào một hoặc một vài những nhóm sau:

- (a) pháp luật về mất khả năng thanh toán (bao gồm các điều khoản được ban hành để ngăn ngừa tình trạng mất khả năng thanh toán), thông thường sẽ là rào cản chính;
- (b) các điều khoản bắt buộc cụ thể được ban hành để bảo vệ bên đi vay nói chung (bên cạnh luật về mất khả năng thanh toán) hoặc để bảo vệ một số nhóm bên đi vay cụ thể;
- (c) pháp luật liên quan tới trò chơi có thưởng hoặc cá cược; và
- (d) các nguyên tắc khác của pháp luật trong nước, tuy ít gặp hơn.³³

2.7 Chúng tôi đề xuất rằng cần phải cân nhắc cẩn trọng trong việc xác định bất kỳ vấn đề chính sách trong nước nào có thể có liên quan trong bối cảnh ban hành pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng, để phạm vi của pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng được xác định một cách rõ ràng.

2.8 Việc xác định phạm vi của pháp luật có một khía cạnh kỹ thuật (ví dụ, xác định các giao dịch hoặc các bên sẽ hưởng lợi từ pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng bằng cách sử dụng các định nghĩa hoặc khái niệm pháp lý) nhưng còn có cả một khía cạnh chính sách, vì khi xác định phạm vi của luật xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng, nhà làm luật cũng sẽ nhất định phải đưa ra những sự lựa chọn về chính sách. Ví dụ, những người làm luật có thể quyết định rằng, vì việc áp dụng pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng sẽ xâm phạm những quy tắc thông thường áp dụng trong trường hợp mất khả năng thanh toán, việc xâm phạm này chỉ có thể được biện minh là hợp lý:

- (a) cho một số loại bên đối tác hợp lệ nhất định (trong trường hợp đó phạm vi của pháp luật sẽ bị giới hạn bằng cách dẫn chiếu tới các loại bên đối tác đó); và/hoặc

³³ Ví dụ cho các vấn đề nằm trong nhóm này có thể là (i) quy định là hợp đồng phải thỏa mãn điều kiện nào đó, ví dụ như công chứng, để đảm bảo tính hiệu lực về mặt hình thức hoặc (ii) yêu cầu rằng một hợp đồng phải thỏa mãn điều kiện nào đó, ví dụ như dịch thuật về ngôn ngữ trong nước, để đảm bảo khả năng thực thi trước tòa án trong nước. Những cơ quan lập pháp và các bên ban hành chính sách trong nước khác cần cân nhắc xem liệu những yêu cầu đó có thực tế và hiệu quả không liên quan tới các giao dịch tài chính giữa bên đối tác trong nước và bên đối tác nước ngoài, trước tính chất quốc tế của các thị trường tài chính.

- (b) đối với các loại hoạt động trên thị trường tài chính cụ thể (trong trường hợp đó phạm vi của pháp luật sẽ bị giới hạn bằng cách dẫn chiếu tới những vấn đề đó).
- 2.9 Để có thể xác định rõ ràng phạm vi của pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng (xem dưới đây), những người soạn thảo pháp luật cần phải quyết định từ trước đó về chính sách cụ thể sẽ được áp dụng ở quốc gia có liên quan liên quan tới những giao dịch tài chính được điều chỉnh bởi pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng. Rõ ràng là những sự lựa chọn chính sách này sẽ chịu sự ảnh hưởng từ những chính sách rộng hơn được phản ánh trong luật pháp của lãnh thổ tài phán có liên quan. Ví dụ, một lãnh thổ tài phán trong đó luật về mất khả năng thanh toán có lợi cho bên mất khả năng thanh toán hơn là cho chủ nợ của bên đó sẽ có xu hướng soạn thảo pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng mang tính chất phản ánh chính sách này.
- 2.10 Tuy nhiên, khi thực hiện việc lựa chọn chính sách, cơ quan lập pháp trong một lãnh thổ tài phán nên phân biệt giữa những vấn đề về chính sách pháp luật và những vấn đề về rủi ro hệ thống. Để cho phù hợp, có lẽ nên giới hạn, bằng luật pháp hoặc quy định, các loại hoạt động tài chính nhất định ở các loại thành viên tham gia thị trường nhất định phụ thuộc vào những điều kiện và giới hạn phù hợp. Tuy nhiên, việc giới hạn tính hiệu lực của cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn bằng cách dẫn chiếu tới loại thành viên tham gia thị trường là không hợp lý. Việc rủi ro hệ thống bị giảm thiểu nhờ cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn hiệu quả mang lại lợi ích cho tất cả các bên tham gia thị trường, bao gồm các doanh nghiệp, các công ty bảo hiểm, các tổ chức mục đích đặc thù được sử dụng cho tài chính cấu trúc, các cơ quan công quyền, các tổ chức từ thiện đang thực hiện phòng ngừa rủi ro trên thị trường, các cá nhân tư nhân và những cá thể khác. Nói cách khác, cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn giảm thiểu rủi ro tín dụng cho cả các bên còn khả năng thanh toán lẫn các bên đã mất khả năng thanh toán, và giảm thiểu rủi ro liên quan tới việc một sự kiện mất khả năng thanh toán lớn sẽ có hiệu ứng “domino” tới khả năng thanh toán của các bên khác tham gia thị trường đã có giao dịch với bên mất khả năng thanh toán.
- 2.11 Pháp luật hiện hành về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng ở một vài quốc gia có hạn chế là chỉ một vài nhóm các bên tham gia thị trường nhất định mới đủ điều kiện để tận dụng lợi thế của cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn. Tuy nhiên, nhìn từ góc độ rủi ro hệ thống, những hạn chế đó có thể chưa hợp lý. Những hạn chế này có khả năng dẫn tới những vấn đề khó khăn trong việc phân loại một số thành viên tham gia thị trường nhất định, và do đó tạo nên sự bất ổn về mặt pháp lý, và yêu cầu phải có sự cập nhật định kỳ để phản ánh sự tiến hóa không ngừng của thị trường đầy biến động.

3. XÁC ĐỊNH PHẠM VI CỦA PHÁP LUẬT VỀ XÁC ĐỊNH NGHĨA VỤ THANH TOÁN RÒNG

- 3.1 Một khi những lựa chọn về chính sách liên quan tới phạm vi của pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng đã được đưa ra, những người soạn thảo pháp luật sẽ cần phải đưa những lựa chọn đó vào dự thảo các điều khoản luật định nhất quán với những khái niệm và phạm trù pháp lý trong nước có liên quan.
- 3.2 Chúng tôi nghĩ rằng các điều khoản của Luật XĐNVTTTRM 2018 sẽ có ích trong vấn đề nêu trên, vì Luật XĐNVTTTRM 2018, bên cạnh các chức năng khác, có thể được sử dụng như một “danh mục” các vấn đề, cho phép những cơ quan lập pháp có trách nhiệm đánh giá tính tương thích của những khái niệm pháp lý trong nước được sử dụng để xác định phạm vi của pháp luật dự thảo với mục đích chung của luật đó.

Xác định phạm vi sản phẩm được áp dụng pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng

- 3.3 Mặc dù về mặt lý thuyết chúng ta có thể soạn thảo pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng có khả năng bao quát tất cả những loại giao dịch tài chính mà không có bất kỳ sự phân biệt nào, phạm vi của các quy định pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng sẽ bằng cách này hay cách khác tìm cách làm rõ những loại giao dịch tài chính được áp dụng cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng. Có thể thấy rõ ràng rằng điều quan trọng là phải thực hiện điều này theo một cách nào đó vừa tạo tính ổn định pháp lý cao nhất về phạm vi nhưng cũng tạo điều kiện cho các thị trường tài chính phát triển và đổi mới.
- 3.4 Mục 1 của Phần I của Luật XĐNVTTTRM 2018 định nghĩa “hợp đồng tài chính đủ điều kiện” bằng cách liệt kê các loại giao dịch tài chính mà lý tưởng nhất nên được bao quát. Ở phần cuối của định nghĩa, Luật XĐNVTTTRM 2018 cũng sử dụng từ ngữ có nghĩa rộng nhằm bao quát hết mọi loại giao dịch tài chính mang tính chất tương đương theo cách đủ linh hoạt để tạo thuận lợi cho sự phát triển của các sản phẩm mới. Cách làm này cũng sẽ tránh việc cần phải điều chỉnh pháp luật sau này để có thể bắt kịp thị trường, điều mà đã xảy ra với một vài quốc gia mà tại đó luật pháp về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng với phạm vi áp dụng tương đối hẹp đã được ban hành nhiều năm trước.
- 3.5 Ở một vài lãnh thổ tài phán, cách Luật XĐNVTTTRM 2018 định nghĩa “hợp đồng tài chính đủ điều kiện” tại mục 1 của Phần I có thể được xem là không phù hợp bởi cách Luật XĐNVTTTRM 2018 sử dụng thuật ngữ thị trường hiện tại để xác định một danh sách chi tiết các loại sản phẩm thay vì việc dựa vào các khái niệm pháp lý và/hoặc các thuật ngữ chung và bao quát hơn. Ví dụ, cơ quan lập pháp có thể sẽ muốn lựa chọn cách dẫn chiếu tới các khái niệm pháp lý rộng như “những hợp đồng kỳ hạn” hoặc “những công cụ tài chính kỳ hạn”. Định nghĩa của “hợp đồng tài chính đủ điều kiện” phải đủ rộng để bao gồm không chỉ các loại sản phẩm phái sinh mà còn loại giao dịch liên quan dự kiến được hưởng lợi từ cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng, ví dụ như các giao dịch mua lại, các giao dịch cho thuê chứng khoán, các khoản vay ký quỹ, và đương nhiên phải có các thỏa thuận về tài sản bảo đảm tài chính liên quan.
- 3.6 Tuy đương nhiên rằng việc định nghĩa các giao dịch đủ điều kiện bằng cách sử dụng các khái niệm pháp lý truyền thống tại lãnh thổ tài phán có liên quan là khả thi, những nhà làm luật nên cân nhắc các điểm sau:
- (a) Một khái niệm đơn lẻ đã có thường sẽ không đủ bao quát được hết phạm vi rộng những sản phẩm cần được bao quát bởi Luật XĐNVTTTRM 2018. Ví dụ, ở một vài lãnh thổ tài phán theo hệ thống dân luật, khái niệm “hợp đồng kỳ hạn” thường sẽ bao quát cả các sản phẩm phái sinh nói chung nhưng sẽ không bao quát được nhiều sản phẩm được liệt kê tại Luật XĐNVTTTRM 2018, ví dụ như các “giao dịch giao ngay”, cho vay chứng khoán, các giao dịch mua lại, tài sản bảo đảm, các giao dịch bù trừ và thanh toán, vân vân. Do đó, nói chung cần kết hợp một số khái niệm để bảo đảm tầm bao quát đủ rộng.
 - (b) Những khái niệm pháp lý truyền thống bắt nguồn từ hàng chục năm trước có thể sẽ không còn phù hợp để miêu tả một cách rõ nét và chắc chắn các sản phẩm mới hình thành gần đây được liệt kê tại Luật XĐNVTTTRM 2018 hoặc để bao quát được những đổi mới về tài chính trong tương lai.
- 3.7 Do vậy, một số lãnh thổ tài phán từ trước đến nay có xu hướng thiên về việc sử dụng những khái niệm pháp lý đã có sẵn của mình đã bắt đầu sử dụng một cách tiếp cận thực tế hơn bằng cách sử dụng ngôn ngữ mang tính miêu tả cho những điều khoản luật định quy định về những vấn đề tài chính, bởi cách làm này thường cho thấy rằng đây là cách làm duy nhất mang lại hiệu

quả trong việc bao quát một cách rõ nét một nhóm lớn các loại sản phẩm thuộc các phạm trù pháp lý truyền thống.

- 3.8 Ngoài việc sử dụng ngôn ngữ mang tính bao quát chung về loại sản phẩm tại phần cuối của định nghĩa “hợp đồng tài chính đủ điều kiện” tại mục 1 của Phần I của Luật XĐNVTTTRM 2018, Phần I.2 của Luật XĐNVTTTRM 2018 quy định rằng ngân hàng trung ương hoặc các cơ quan tài chính có liên quan khác của lãnh thổ tài phán có liên quan nên được quyền chỉ định bất kỳ thỏa thuận hoặc hợp đồng nào không được liệt kê tại Luật XĐNVTTTRM 2018 là “các hợp đồng tài chính đủ điều kiện”. Nếu cơ quan chức năng có liên quan có quyền hạn này, cơ quan đó có thể sử dụng quyền hạn này đối với những sản phẩm mới được phát triển, nhằm mục đích tăng cường tính ổn định pháp lý liên quan tới thị trường đang phát triển đó.
- 3.9 Những điều khoản như vậy sẽ tăng tính linh hoạt cho việc xác định công cụ tài chính thuộc phạm vi áp dụng pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng. Tuy nhiên, cơ quan lập pháp trong nước cần kiểm chứng xem liệu đề xuất này có hợp lý từ góc độ tính hợp hiến theo luật trong nước hay không. Nếu cách tiếp cận này không khả thi theo luật pháp của lãnh thổ tài phán có liên quan, thì việc định nghĩa của “hợp đồng tài chính đủ điều kiện” bao quát được hết tất cả những loại sản phẩm tài chính đáng ra nên được quy định trong pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng, dù hiện đang có hay đang được cân nhắc tới, lại càng đặc biệt quan trọng.
- 3.10 Cuối cùng, chúng tôi đề xuất rằng việc xác định phạm vi sản phẩm của pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng trong tương lai có thể là một cơ hội tốt để làm rõ những vấn đề pháp lý cụ thể có khả năng làm ảnh hưởng tới khả năng thực thi của một số giao dịch tài chính nhất định được định nghĩa theo luật xác định nghĩa vụ thanh toán ròng. Ví dụ, tại một số lãnh thổ tài phán có thị trường các sản phẩm phái sinh đã phát triển, quy định pháp luật đã có vài điểm bất ổn định trong việc xác định liệu các giao dịch phái sinh (hoặc một vài loại giao dịch phái sinh nhất định) có thuộc phạm vi áp dụng của luật pháp về trò chơi có thưởng hoặc cá cược hay không, và nếu có, liệu những giao dịch này có do vậy trở nên không thực thi được hay không. Tại một vài lãnh thổ tài phán, đã có câu hỏi rằng liệu những giao dịch phái sinh tín dụng như giao dịch hoán đổi rủi ro tín dụng (CDS) có nên được phân loại là bảo lãnh hoặc là hợp đồng bảo hiểm hay không, với những hậu quả tiêu cực tiềm tàng về khả năng thực thi của những giao dịch đó trong một số trường hợp nhất định. Tuy những vấn đề này, nếu nói về mặt nguyên tắc, tách biệt khỏi vấn đề về khả năng thực thi của cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn, cơ quan lập pháp trong nước có thể có mong muốn tận dụng cơ hội này để làm rõ bất kỳ điểm nào được xác định là chưa rõ ràng về phương diện này. Tại các lãnh thổ tài phán đã từng phát sinh những vấn đề này, pháp luật trong nước đã được ban hành để làm rõ, với khả năng là còn phụ thuộc vào một số điều kiện nhất định, rằng các giao dịch trên thị trường tài chính như các sản phẩm phái sinh được loại trừ khỏi phạm vi áp dụng của pháp luật về trò chơi có thưởng, cá cược, bảo lãnh hoặc bảo hiểm.

Xác định phạm vi bên ký kết hợp đồng của pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng

- 3.11 Sau khi xác định được loại giao dịch tài chính nào sẽ được áp dụng pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng, nếu xét thấy phù hợp, những nhà soạn thảo pháp luật nên xác định các bên đủ điều kiện được áp dụng cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng đặc biệt. Như đã đề cập trên đây, việc lựa chọn các bên đủ điều kiện có tầm quan trọng khi cân nhắc về mặt chính sách.
- 3.12 Phạm vi các bên đối tác được tranh luận sôi nổi trong quá trình soạn thảo và áp dụng FCAD, trong đó có một số vấn đề liên quan tới xác định nghĩa vụ thanh toán ròng. FCAD cho phép các thành viên của Cộng Đồng Châu Âu quyền được loại trừ các đơn vị “không chịu sự quản lý” (non-regulated entities) (chủ yếu là các đơn vị là doanh nghiệp) ra khỏi phạm vi của pháp

luật quốc gia áp dụng FCAD (thường được gọi là việc “chọn không tham gia” tại điều 1(3) của FCAD). Khi áp dụng FCAD, phần lớn các lãnh thổ tài phán Châu Âu quyết định bao gồm cả các đơn vị tài chính và đơn vị phi tài chính trong phạm vi áp dụng của pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng. Một vài quốc gia ban đầu loại trừ các đơn vị phi tài chính, nhưng sau đó đã mở rộng phạm vi để bao gồm cả những đơn vị này. Pháp đã có một giải pháp khác, với quyết định rằng các bên đối tác là đơn vị phi tài chính được áp dụng cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng cho các giao dịch tài chính được ký kết với bên đối tác là đơn vị “chịu sự quản lý” (regulated entities) (chủ yếu bao gồm đơn vị tài chính, quỹ đầu tư hoặc các pháp nhân đại chúng nhất định) nếu những giao dịch này có sự liên hệ với các công cụ tài chính.

- 3.13 Định nghĩa “người” (person) tại mục 1 của Phần I của Luật XĐNVTTTRM 2018 có thể được dùng như một mô hình khung để loại trừ một số thực thể nhất định khỏi phạm vi của pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng:

““người” bao gồm [cá nhân], [hợp danh], [công ty], [tổ chức chịu sự quản lý chẳng hạn như một ngân hàng, công ty đầu tư, nhân viên giao dịch chứng khoán hoặc hàng hóa, công ty bảo hiểm hoặc quản lý đầu tư], [hoặc bất kỳ tổ chức có tư cách pháp nhân nào khác cho dù được thành lập theo pháp luật của [điền tên của lãnh thổ tài phán] hoặc theo pháp luật của bất kỳ lãnh thổ tài phán nào khác], [và bất kỳ đơn vị hoặc phòng ban chính trị nào của nhà nước ở cấp trung ương hoặc địa phương], [và bất kỳ ngân hàng phát triển quốc tế hoặc khu vực nào hoặc tổ chức quốc tế hoặc khu vực nào khác];”

- 3.14 Như đã đề cập tới, những nhà soạn thảo pháp luật nên cân nhắc dẫn chiếu tới những khái niệm pháp lý chính xác của luật của lãnh thổ tài phán có liên quan để định nghĩa những người có liên quan. Ví dụ, nếu luật của lãnh thổ tài phán có liên quan có định nghĩa “ngân hàng”, việc dẫn chiếu tới định nghĩa này có lẽ sẽ có ích trong việc đạt được tính rõ ràng.
- 3.15 Tuy nhiên, như được thảo luận tại phần 2.10 đến 2.11 của Tài Liệu Hướng Dẫn này, những sự cân nhắc về mặt chính sách và thực tiễn có nghiêng về việc ban hành pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn có phạm vi bao quát nhất có thể và xử lý các quan ngại chính sách khác bằng quy định tài chính hoặc các pháp luật phù hợp khác mà không làm ảnh hưởng đến khả năng thực thi của cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn đối với một phạm vi rộng những bên tham gia thị trường tài chính.

Xác định “thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng” và “xác định nghĩa vụ thanh toán ròng”

- 3.16 Một khi đã xác định được các giao dịch đủ điều kiện và các bên đủ điều kiện (nếu cần thiết), dự thảo pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng cần phải định nghĩa được các thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng sẽ được điều chỉnh. Mục 1 của Phần I của Luật XĐNVTTTRM 2018 đưa ra một định nghĩa bao quát cho “thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng” trong đó có bao quát cả các hợp đồng khung và các hợp đồng khung liên đới³⁴ cũng như các thỏa thuận về tài sản bảo đảm liên quan tới những loại thỏa thuận này:

““thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng” có nghĩa là một thỏa thuận giữa hai người quy định về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng, bao gồm nhưng không giới hạn ở:

³⁴ Một ví dụ của mẫu chuẩn của hợp đồng khung liên đới có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng là Hợp Đồng Chính Đa Sản Phẩm được ISDA và một số các tổ chức thương mại khác cùng phát hành vào tháng Hai năm 2000.

- (a) thỏa thuận quy định về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng đối với các số tiền đến hạn theo hai hoặc nhiều thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng; và
 - (b) thỏa thuận về tài sản bảo đảm liên quan đến hoặc tạo thành một phần của một thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng;”
- 3.17 Cần phải lưu ý rằng định nghĩa này tránh dựa vào các khái niệm pháp lý cụ thể tại mỗi lãnh thổ tài phán và đơn giản chỉ tìm cách miêu tả các hiệu ứng kinh tế của các thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng. Cách tiếp cận này có thể có khó khăn để diễn đạt trong những hệ thống pháp lý nhất định có truyền thống tổ chức hoặc quy định một khái niệm pháp lý cụ thể về “bù trừ” (ví dụ như khái niệm *đền bù (compensation)* tại bộ luật dân sự Pháp), đề cập tới một cơ chế thanh toán qua đó các nghĩa vụ có liên quan sẽ được giải trừ.
- 3.18 Định nghĩa của “thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng” tại mục 1 của Phần I của Luật XĐNVTTTRM 2018 sử dụng cụm từ “xác định nghĩa vụ thanh toán ròng”, và chính cụm từ này được định nghĩa tại mục 1 của Phần I của Luật XĐNVTTTRM 2018 như sau:
- ““xác định nghĩa vụ thanh toán ròng” có nghĩa là việc vận dụng một bộ các quy định trong thỏa thuận giữa hai người mà:
- (a) có thể được bắt đầu bằng thông báo được một người đưa ra cho người kia khi xảy ra sự kiện vi phạm đối với bên kia hoặc sự kiện chấm dứt khác hoặc có thể, trong một số trường hợp nhất định, tự động diễn ra như được nêu cụ thể trong thỏa thuận đó; và
 - (b) có kết quả như sau:
 - (i) chấm dứt, thanh lý và/hoặc thực hiện trước hạn bất kỳ quyền hoặc nghĩa vụ thanh toán hoặc giao nhận nào ở hiện tại hoặc trong tương lai phát sinh theo hoặc liên quan đến một hoặc nhiều hợp đồng tài chính đủ điều kiện mà thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng áp dụng;
 - (ii) tính toán hoặc dự toán giá trị khi chấm dứt trước thời hạn, giá trị thị trường, giá trị thanh lý hoặc giá trị thay thế liên quan đến từng quyền và nghĩa vụ hoặc nhóm các quyền và nghĩa vụ bị chấm dứt, thanh lý và/hoặc thực hiện trước hạn theo điểm (i) và việc chuyển đổi từng giá trị đó thành một đơn vị tiền tệ duy nhất; và
 - (iii) xác định số dư ròng của các giá trị được toán theo điểm (ii), cho dù là bằng cách vận dụng bù trừ hoặc bằng cách khác, dẫn đến phát sinh nghĩa vụ của một người trong việc thanh toán khoản tiền bằng với số dư ròng cho người kia;”
- 3.19 Định nghĩa trên phản ánh một quy trình mà nhìn chung có thể có hiệu lực về mặt pháp lý thông qua một trong hai cách. Một số thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng dựa vào việc yêu cầu thực thi nghĩa vụ trước hạn, dựa vào một cách thức đã được thỏa thuận, dẫn tới việc nhiều nghĩa vụ được quy giảm về một số dư thực bằng cách vận hành bù trừ theo hợp đồng. Đây là cách tiếp cận của các thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng thường được sử dụng trong các giao dịch mua lại chứng khoán và các giao dịch cho vay chứng khoán. Đây cũng là nguyên tắc vận hành cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi

chấm dứt trước thời hạn theo các thỏa thuận ngoại hối có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng.

- 3.20 Một cách tiếp cận thường gặp khác đối với cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn đơn giản là làm chấm dứt các giao dịch đơn lẻ nhưng không thực thi trước hạn mỗi nghĩa vụ phải thực hiện theo các giao dịch đó, và giải trừ các nghĩa vụ phải thực hiện theo các giao dịch đó, để đổi lại một nghĩa vụ riêng biệt duy nhất phát sinh theo điều khoản về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn. Nghĩa vụ duy nhất đó được tính bằng cách tham chiếu đến giá trị thay thế trên thị trường của những giao dịch bị chấm dứt, nhưng đây chỉ là việc tính toán đơn thuần. Trong cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn chính sẽ không có việc bù trừ theo hợp đồng nào, bởi vì bù trừ chỉ có thể xảy ra nếu có nhiều hơn một nghĩa vụ, và điều khoản về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn sẽ chỉ làm nảy sinh một nghĩa vụ duy nhất. Nếu có các khoản đã đến hạn phải trả trước khi các giao dịch bị chấm dứt trước thời hạn, thì những khoản này thường sẽ được bao gồm trong quy trình tính toán khoản rỗng cuối cùng, và bù trừ theo hợp đồng sẽ chỉ xảy ra đối với những khoản đó, nhưng chỉ trong giới hạn đó mà thôi.
- 3.21 Cách tiếp cận thứ hai vừa nêu này đối với cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn chính là cách tiếp cận theo Hợp Đồng Chính ISDA, và cách tiếp cận này cũng được sử dụng trong các mẫu chuẩn của các thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng cho thị trường tài chính. Cách tiếp cận này đôi lúc sẽ được dẫn chiếu tới với tên gọi là cách tiếp cận “thanh toán có điều kiện” (flawed asset) hoặc “chuyển quyền có điều kiện” (conditional novation) đối với cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn. Điều quan trọng là bất kỳ định nghĩa nào của “xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng” đều phải đủ bao quát để bao gồm được cả phương thức xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng này, vì nhờ được sử dụng trong Hợp Đồng Chính ISDA mà phương thức này là phương thức được sử dụng rộng rãi trên thị trường phái sinh hơn là cách tiếp cận dựa trên bù trừ theo hợp đồng.
- 3.22 Nhiều thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng quy định rằng một khi xác định được số dư thực (cho dù bằng cách bù trừ theo hợp đồng hay chuyển quyền có điều kiện) theo điều khoản về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn, thì khoản rỗng đó sẽ có thể được bên không vi phạm bù trừ theo hợp đồng với những khoản khác đến hạn phải trả giữa hai bên mà không nằm trong thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng.³⁵ Việc bù trừ này là tách biệt với và sau khi đã áp dụng điều khoản về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn.
- 3.23 Điều quan trọng cần nhớ là việc xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng liên quan đến việc chấm dứt các nghĩa vụ theo các giao dịch, nhưng không chấm dứt bản thân thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng, và thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng sẽ phải tiếp tục vận hành để quy định các quy trình cho việc xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn, cho việc thanh toán các khoản chấm dứt trước thời hạn đến hạn phải trả do vận hành quy trình đó kể cả các khoản lãi suất có liên quan và cho các nghĩa vụ còn tiếp diễn khác, nếu có, theo thỏa thuận giữa các bên.
- 3.24 Cũng cần phải lưu ý rằng bản chất của định nghĩa “xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng” tại Luật XĐNVTTTRM 2018 được phản ánh trong định nghĩa của “điều khoản về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn” tại Điều 2(1)(n) của FCAD, mặc dù định nghĩa trong Luật XĐNVTTTRM 2018 chi tiết hơn. Cụ thể, định nghĩa “điều khoản về xác định nghĩa

³⁵ Ví dụ, xem Mục 6(f) của Hợp Đồng Chính ISDA 2002.

vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn” tại Điều 2(1)(n) của FCAD nêu rõ rằng điều khoản này không chỉ hạn chế ở những thỏa thuận dựa trên bù trừ theo hợp đồng.

- 3.25 Luật XĐNVTTTRM 2018 không liệt kê các loại thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng cụ thể, ví dụ như Hợp Đồng Chính ISDA 2002. Cách làm này giúp tránh hạn chế cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng ở chỉ những thỏa thuận cụ thể, và tránh rủi ro rằng một mẫu thỏa thuận đã qua điều chỉnh hoặc sửa đổi có thể nằm ngoài phạm vi của pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng, qua đó tiềm tàng khả năng gây bất ổn pháp lý đáng kể đối với khả năng thực thi của thỏa thuận đó. Trong một vài lãnh thổ tài phán cụ thể, có thể thường gặp việc sử dụng một số văn bản trong nước được điều chỉnh bởi pháp luật của lãnh thổ tài phán. Do đó, có đề xuất rằng pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng nên sử dụng định nghĩa rộng để bao quát những văn bản tiêu chuẩn của ngành ở trong nước cũng như quốc tế, bất kể các văn bản tiêu chuẩn đó được điều chỉnh bằng luật gì và để tránh hạn chế những thỏa thuận đủ điều kiện chỉ trong phạm vi những thỏa thuận đã được một cơ quan cụ thể chấp thuận. Ở nhiều quốc gia mà tại đó các hạn chế này đã có từ lúc đầu (ví dụ như ở Pháp), những hạn chế này đã cho thấy sự không phù hợp vì cả những lý do về nguyên tắc cũng như thực tiễn. Trên thực tế sẽ có câu hỏi là liệu có bất kỳ cơ quan công quyền nào có đủ thẩm quyền để quyết định rằng một tiêu chuẩn bất kỳ nào đó có thích hợp để dùng điều chỉnh các hợp đồng được thương lượng riêng tư hay không. Thêm vào đó, các hạn chế này gây nên bất ổn về mặt pháp lý, vì sẽ không tránh khỏi việc là sẽ mất nhiều thời gian hơn để những cơ quan công quyền có liên quan thông qua các văn bản mới hoặc điều chỉnh mới đối với các văn bản đã hiện có so với thời gian thông thường để các thị trường bắt đầu sử dụng các văn bản đó.
- 3.26 Đối với các điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn, như được đề cập trên đây, pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng sẽ cần phải quy định rõ ràng các giao dịch đủ điều kiện được áp dụng cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn có thể được điều chỉnh bởi một hoặc nhiều thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng để cho phép sử dụng hợp đồng bắc cầu hoặc hợp đồng khung liên đới giữa nhiều hợp đồng khác nhau điều chỉnh nhiều loại giao dịch khác nhau. Ví dụ, thị trường hiện nay thường thấy các bên ký kết hợp đồng khung liên đới để quy định việc xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn đối với những khoản chấm dứt trước thời hạn đến hạn phải trả theo các thỏa thuận phái sinh, mua lại chứng khoán và cho thuê chứng khoán riêng biệt có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng giữa các bên.
- 3.27 Cũng cần phải lưu ý rằng định nghĩa “thỏa thuận có điều khoản chấm dứt trước hạn” tại mục 1 của Phần I của Luật XĐNVTTTRM 2018 dẫn chiếu tới các thỏa về thuận tài sản bảo đảm để bảo đảm rằng pháp luật sẽ bảo hộ cả những thỏa thuận về tài sản bảo đảm có liên quan.
- 3.28 Nói một cách bao quát, ở cấp độ quốc tế, các thỏa thuận về tài sản bảo đảm tài chính được dựa trên việc xác lập lợi ích bảo đảm đối với tài sản bảo đảm tài chính hoặc việc chuyển giao quyền đối với tài sản bảo đảm tài chính đó. Việc phân tích pháp lý mỗi cách tiếp cận, và liệu cách tiếp cận nào thích hợp hơn cho bên đối tác được tổ chức và/hoặc hoạt động tại một lãnh thổ tài phán cụ thể, sẽ dựa vào luật trong nước có liên quan. Luật XĐNVTTTRM 2018 không có ý định xử lý một cách chi tiết các vấn đề đó.
- 3.29 Chúng tôi lưu ý rằng Chương V tùy chọn (Các Điều Khoản Đặc Biệt Liên Quan Tới Giao Dịch Tài Sản Bảo Đảm) của Công Ước Chứng Khoán Geneva quy định một mẫu bộ nguyên tắc cơ bản phù hợp cho các giao dịch tài sản bảo đảm tài chính hiện đại, áp dụng cho cả thỏa thuận về tài sản bảo đảm tài chính trên nguyên tắc lợi ích bảo đảm và trên nguyên tắc chuyển quyền sở hữu và khuyến khích hội tụ hiệu ứng vận hành và sự thống nhất của chế độ pháp lý giữa hai cách tiếp cận. Tuy nhiên, Chương V chỉ giới hạn ở tài sản bảo đảm tài chính dưới dạng chứng khoán có trung gian, và khi xem xét đến hoàn cảnh Chương này ra đời thì điều này cũng không

gây ngạc nhiên. Dù vậy, Chương V được lấy cảm hứng từ FCAD, và FCAD tương tự cũng quy định một bộ chung các nguyên tắc thỏa thuận về tài sản bảo đảm tài chính trên cả nguyên tắc lợi ích bảo đảm lẫn trên nguyên tắc chuyển quyền sở hữu và quy định về tài sản bảo đảm tài chính cả dưới dạng tiền mặt lẫn dưới dạng chứng khoán có trung gian.

3.30 Mặc dù Luật XĐNVTTTRM 2018 không quy định một bộ chi tiết các nguyên tắc điều chỉnh các thỏa thuận về tài sản bảo đảm tài chính, nhưng như đã nêu trên đây, Luật XĐNVTTTRM 2018 mở rộng hiệu ứng bảo hộ của mình tới những thỏa thuận được ký kết cùng với một thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng. Chúng tôi cũng lưu ý đặc biệt đối với các thỏa thuận về tài sản bảo đảm có chuyển giao quyền sở hữu rằng những thỏa thuận đó thường được tích hợp vào cơ chế của thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng có liên quan. Tại Luật XĐNVTTTRM 2018, những thỏa thuận này do đó được gộp chung trong định nghĩa “hợp đồng tài chính đủ điều kiện”. Các thỏa thuận về tài sản bảo đảm tài chính trên cả nguyên tắc lợi ích bảo đảm lẫn trên nguyên tắc chuyển quyền sở hữu đều được gộp chung trong định nghĩa “thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng” trong Luật XĐNVTTTRM 2018.

4. XÁC NHẬN KHẢ NĂNG THỰC THI CÁC THỎA THUẬN CÓ ĐIỀU KHOẢN XÁC ĐỊNH NGHĨA VỤ THANH TOÁN RÒNG

4.1 Một khi phạm vi của pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng đã được xác định, cần có đủ các điều khoản vận hành để đảm bảo khả năng thực thi cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn khi xảy ra bất kỳ sự kiện chấm dứt hoặc sự kiện vi phạm nào theo thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng, kể cả trước và sau khi bắt đầu thủ tục liên quan tới mất khả năng thanh toán, theo điều khoản của hợp đồng giữa các bên trong mỗi trường hợp.

4.2 Tại hầu hết các lãnh thổ tài phán mà tại đó có hoài nghi theo pháp luật hiện có về khả năng thực thi hoàn toàn của cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn theo thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng, nguồn căn của hoài nghi đó nằm ở các nguyên tắc của luật mất khả năng thanh toán có thể áp dụng. Tuy nhiên, như được thảo luận trên đây, cơ quan lập pháp trong nước nên đảm bảo rằng bất kỳ pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng được đề xuất nào cũng sẽ giải quyết được bất kỳ vấn đề pháp lý nào khác mà có thể cản trở khả năng thực thi đó. Theo vậy, tại phần 4 của Tài Liệu Hướng Dẫn này, chúng ta sẽ xem xét khả năng thực thi của một thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng đối với một bên đối tác khi chưa có thủ tục liên quan tới mất khả năng thanh toán, sau khi bắt đầu thủ tục liên quan đến mất khả năng thanh toán đối với bên đối tác đó và, trong trường hợp bên đối tác là tổ chức tài chính, sau khi bên đối tác đã bắt đầu bị kiểm soát đặc biệt. Trước khi xem xét cụ thể từng lĩnh vực này, chúng tôi sẽ đưa ra một vài quan sát chung.

4.3 Pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng nên xác nhận khả năng thực thi của cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn khi xảy ra bất kỳ sự kiện vi phạm nào hoặc sự kiện chấm dứt nào khác, kể cả trước và sau khi tiến hành thủ tục liên quan tới mất khả năng thanh toán, trong mỗi trường hợp dựa trên điều khoản của hợp đồng giữa các bên, còn trong trường hợp bị kiểm soát đặc biệt, sẽ phải xem xét cả những điểm cần cân nhắc được đề cập tại các khoản từ 4.32 đến 4.34 dưới đây. Mục 4(a) của Phần I của Luật XĐNVTTTRM 2018 xác nhận rõ ràng rằng các điều khoản của một thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng sẽ thực thi được theo các điều khoản của thỏa thuận đó kể cả nếu bên đối tác đang là đối tượng của thủ tục liên quan tới mất khả năng thanh toán.

4.4 Luật XĐNVTTTRM 2018 không đưa ra một danh sách các sự kiện vi phạm hay sự kiện chấm dứt cho phép các bên trong thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng được

chấm dứt các giao dịch gốc. Những sự kiện này sẽ được quy định bởi thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng được các bên ký kết. Khi dẫn chiếu tới việc chấm dứt các giao dịch, chúng tôi đề xuất cơ quan lập pháp trong nước áp dụng cách tiếp cận của Luật XĐNVTTTRM 2018 và chỉ đơn giản dẫn chiếu tới thỏa thuận giữa các bên.

- 4.5 Pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng không nên yêu cầu “chấm dứt” bản thân thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng vì chỉ có những giao dịch sẽ chấm dứt. Thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng phải được tiếp tục có hiệu lực để các điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng có hiệu lực thực hiện.
- 4.6 Pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng cũng nên quy định rằng việc một thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng có bao gồm những giao dịch không đủ điều kiện sẽ không ảnh hưởng tới khả năng thực thi cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng đối với các giao dịch đủ điều kiện còn lại của thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng đó.³⁶ Ví dụ, nếu pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng quy định cụ thể rằng một loạt các dạng sản phẩm phái sinh và các giao dịch tài chính liên quan khác nhau là thuộc phạm vi áp dụng, nhưng không quy định rõ ràng để bao gồm các giao dịch giao ngay (mà nói về mặt nguyên tắc, những giao dịch này không phải là giao dịch phái sinh), thì việc các giao dịch giao ngay được bao gồm trong thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng không nên ngăn cản các bên được hưởng sự bảo hộ của pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến tất cả những giao dịch rõ ràng có thuộc phạm vi áp dụng. Bản thân các giao dịch giao ngay không được pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng áp dụng,³⁷ nhưng mặt khác thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng phải không bị ảnh hưởng bởi việc nó có bao gồm các giao dịch giao ngay.
- 4.7 Về vấn đề này, mục 4(i) của Phần I của Luật XĐNVTTTRM 2018 quy định rõ ràng rằng một thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng nên có khả năng thực thi kể cả nếu thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng này có bao gồm các giao dịch mà không phải là các “hợp đồng tài chính đủ điều kiện”. Trong trường hợp này, theo Luật XĐNVTTTRM 2018, thỏa thuận về việc xác định nghĩa vụ thanh toán ròng chỉ nên áp dụng cho các thỏa thuận, hợp đồng hoặc giao dịch thuộc phạm vi định nghĩa của “hợp đồng tài chính đủ điều kiện”. Đương nhiên, “hợp đồng tài chính đủ điều kiện” được chủ ý định nghĩa rộng, vậy nên khó có khả năng một giao dịch phái sinh, xét về mặt kinh tế, lại không thuộc phạm vi của định nghĩa này. Nhưng định nghĩa này không bao gồm các khoản vay thông thường,³⁸ cho vay

³⁶ Theo pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng nhiều năm trước có phạm vi sản phẩm được xác định, đã từng có trường hợp những tiên triển mới, ví dụ như chứng khoán phái sinh vào đầu những năm 1990 hoặc phái sinh tín dụng vào giữa và cuối những năm 1990, đã không được bao quát đến. Tại một vài lãnh thổ tài phán, đặc biệt là Hoa Kỳ, Nhật Bản và Ireland, vấn đề này làm nảy sinh câu hỏi liệu việc bao gồm các giao dịch này có làm ảnh hưởng xấu đến khả năng toàn bộ thỏa thuận có điều kiện xác định nghĩa vụ thanh toán ròng có đủ điều kiện được pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng bảo hộ. Vấn đề này thỉnh thoảng sẽ được nhắc tới với tên rui ro “quả táo hỏng”, theo câu thành ngữ “một quả táo hỏng làm hỏng cả thùng táo” (one bad apple spoils the whole barrel). Pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng tại Hoa Kỳ, Nhật Bản và Ireland sau này đã loại trừ được rui ro này bằng cách sửa đổi pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng.

³⁷ Tuy các giao dịch giao ngay không được áp dụng pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng trong trường hợp này, vẫn có thể thực hiện xác định nghĩa vụ thanh toán ròng với những giao dịch này theo thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng theo những nguyên tắc chung của luật, nhưng có lẽ với một mức độ ổn định pháp lý thấp hơn. Đây là một vấn đề phụ thuộc vào lãnh thổ tài phán có liên quan.

³⁸ Định nghĩa này có bao gồm các khoản vay ký quỹ, là những khoản vay thông thường được một bên môi giới chứng khoán cho một khách hàng vay, và khoản vay này sẽ được bảo đảm bởi chứng khoán được bên môi giới chứng khoán thay mặt khách hàng sở hữu.

chứng khoán hoặc các loại giao dịch tài chính khác mà không phải là giao dịch phái sinh.³⁹ Tuy nhiên, Luật XĐNVTTTRM 2018 đã được sửa đổi so với bản năm 2006 của Luật Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Ròng Mẫu để làm rõ rằng một số cấu trúc được sử dụng nhằm mục đích tạo hiệu lực cho các công cụ, thỏa thuận hay giao dịch chấp hành Luật Hồi Giáo Shari'a sẽ thuộc phạm vi của “hợp đồng tài chính đủ điều kiện”.⁴⁰

- 4.8 Cuối cùng, khi các giao dịch có liên quan đã được chấm dứt, các điều khoản của thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng quy định về việc tính toán khoản ròng duy nhất mà một bên, về nguyên tắc, sẽ phải trả bên còn lại. Do đó, pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng nên quy định rằng nghĩa vụ duy nhất hoặc quyền được nhận duy nhất mà một bên trong thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng phải trả hoặc được nhận khi xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn các giao dịch là nghĩa vụ hoặc quyền được nhận ròng của bên đó như được xác định theo các điều khoản của thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng. Đây là mục tiêu của các mục 4(b) và 4(c) của Phần I của Luật XĐNVTTTRM 2018.

Khả năng thực thi khi chưa có các thủ tục liên quan tới mất khả năng thanh toán

- 4.9 Rất có khả năng rằng hầu hết các lãnh thổ tài phán theo hệ thống dân luật công nhận khả năng thực thi của các thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chưa có các thủ tục liên quan tới mất khả năng thanh toán.
- 4.10 Nếu điều này là không đúng đối với một lãnh thổ tài phán đang cân nhắc ban hành pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng, pháp luật này nên bao gồm các điều khoản phù hợp để đảm bảo rằng khả năng thực thi của cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn và các thỏa thuận về tài sản bảo đảm khi xảy ra bất kỳ sự kiện vi phạm nào hoặc sự kiện chấm dứt nào theo thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng theo các điều khoản của hợp đồng giữa các bên.
- 4.11 Một ví dụ cho vấn đề đó được xử lý tại mục 3(a) của Phần I của Luật XĐNVTTTRM 2018, mục này quy định rằng các hợp đồng tài chính đủ điều kiện sẽ không trở nên không thực thi được vì lý do liên quan tới các luật về hợp đồng vui chơi có thưởng. Đây chỉ là một ví dụ của vấn đề về khả năng thực thi trước khi có thủ tục liên quan tới mất khả năng thanh toán, nhưng vấn đề này đã nảy sinh đủ thường xuyên tại các lãnh thổ tài phán nơi có các thị trường phái sinh đang mới phát triển để thấy cần thiết phải có điều khoản như vậy trong Luật XĐNVTTTRM 2018.
- 4.12 Một ví dụ khác của vấn đề liên quan tới khả năng thực thi khi chưa có các thủ tục liên quan tới mất khả năng thanh toán được đề cập tại mục 3(b) của Phần I của Luật XĐNVTTTRM 2018. Mục này quy định rằng nếu các bên của một hợp đồng tài chính đủ điều kiện xét thấy hợp đồng này tuân thủ Luật Hồi Giáo Shari'a tại thời điểm các bên ký kết hợp đồng này, thì một bên không được quyền sau đó tìm cách khước từ hợp đồng này hoặc tránh thực hiện các nghĩa vụ theo hợp đồng tài chính đủ điều kiện đó. Điều khoản này đã được soạn thảo để xử lý những trường hợp phát sinh trong những năm gần đây, trong đó, sau khi ký kết một giao dịch tuân thủ Luật Hồi Giáo Shari'a, một bên tìm cách trốn tránh nghĩa vụ của mình dựa trên căn cứ một học giả Hồi Giáo đã thay đổi quan điểm của mình về việc liệu giao dịch có tuân thủ các nguyên tắc của Luật Hồi Giáo Shari'a hay không. Mục đích của điều khoản này là để đảm bảo tính chắc

³⁹ Các giao dịch ngoại hối kỳ hạn giao ngay, đã được lưu ý rằng không phải là sản phẩm phái sinh về mặt nguyên tắc, cũng được bao gồm bởi mối liên hệ mật thiết giữa việc giao dịch ngoại hối kỳ hạn giao ngay và việc giao dịch các giao dịch ngoại hối kỳ hạn và quyền chọn tiền tệ.

⁴⁰ Xem khoản (z) của định nghĩa “hợp đồng tài chính đủ điều kiện”.

chấn, tính sau cùng và sự công bằng cho bên ký kết thỏa thuận phòng ngừa rủi ro hoặc các thỏa thuận khác trên cơ sở thiện chí dựa vào khả năng thực thi của giao dịch có liên quan.

- 4.13 Một vấn đề đã nảy sinh ở một vài lãnh thổ tài phán là liệu một thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng có cần phải được đăng ký với một cơ quan công quyền cho một số mục đích cụ thể hay không. Bất kỳ yêu cầu đăng ký nào như vậy cần phải được rà soát kỹ lưỡng để đảm bảo rằng yêu cầu đó phục vụ một mục đích về mặt chính sách có thể xác định được và quan trọng mà không tạo nên các gánh nặng và chi phí không cần thiết lên các thành viên tham gia thị trường. Nếu không xử lý cẩn thận, một yêu cầu đăng ký có thể khiến phát sinh chi phí, dẫn tới không hiệu quả và do đó làm tăng thay vì giảm rủi ro hệ thống. Tại bất kỳ lãnh thổ tài phán nào có yêu cầu đăng ký, cần phải làm rõ, thậm chí bằng một quy định thích hợp trong pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng nếu cần thiết, rằng khả năng thực thi của thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng sẽ không bị ảnh hưởng bởi bất kỳ việc không đăng ký nào hay bất kỳ sai sót nào trong quá trình đăng ký. Nếu không, yêu cầu về đăng ký sẽ làm phát sinh mức độ rủi ro pháp lý khó chấp nhận được. Luật XĐNVTTRM 2018 không bao gồm một quy định cụ thể để giải quyết vấn đề này, nhưng nếu vấn đề này nảy sinh, có thể cho thêm quy định này vào mục 3 của Luật XĐNVTTRM 2018 thành mục 3(c) nếu các mục 3(a) và 3(b) cũng có ở trong luật.
- 4.14 Các điều khoản về khả năng thực thi trước khi mất khả năng thanh toán đương nhiên chỉ nên được bổ sung vào pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng nếu thực sự cần thiết phải đưa vào. Các điều khoản mang tính chất tuyên bố hoặc xác nhận những rủi ro pháp lý sẵn có sẽ tạo nên sự nhầm lẫn và do đó làm giảm, thay vì làm tăng, độ ổn định pháp lý.

Khả năng thi hành trong trường hợp có thủ tục tuyên bố mất khả năng thanh toán

- 4.15 Tâm điểm chính của pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng luôn luôn là bảo đảm khả năng thi hành của thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng đối với một bên đang là đối tượng của thủ tục tuyên bố mất khả năng thanh toán. Điều này là vì các quy định bắt buộc về mất khả năng thanh toán được đưa vào vận dụng có khả năng làm gián đoạn việc xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn và/hoặc thỏa thuận về tài sản bảo đảm có liên quan.
- 4.16 Pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng cần dẫn chiếu đến tất cả các hình thức của thủ tục tuyên bố mất khả năng thanh toán có khả năng áp dụng đối với một bên trong lãnh thổ tài phán đó. Các quy định bảo vệ của pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng nên được áp dụng bất kể hình thức nào của thủ tục tuyên bố mất khả năng thanh toán được áp dụng trong một vụ việc riêng lẻ. Định nghĩa “thủ tục tuyên bố mất khả năng thanh toán” tại mục 1 trong Phần I của Luật XĐNVTTRM 2018 cần được điều chỉnh để dẫn chiếu đến tất cả các hình thức của thủ tục tuyên bố mất khả năng thanh toán có liên quan, bao gồm các thủ tục tố tụng chủ yếu có liên quan đến quá trình thanh lý hoặc giải thể của một bên nào đó (cho dù là tự nguyện hay bắt buộc và cho dù có sự giám sát tư pháp hay không),⁴¹ các thủ tục quy định một số hình thức tổ chức lại, tái thiết, chỉ định quản tài viên, người bảo hộ hoặc người tiếp quản của bên đó và bất kỳ hình thức nào khác của các thủ tục tố tụng tập thể ảnh hưởng đến các quyền của chủ nợ nói chung, bao gồm phương án theo luật định để tự nguyện thỏa thuận hoặc thỏa hiệp với các

⁴¹ Ví dụ, quy định về thanh lý tại Pháp theo Bộ luật Thương mại, các thủ tục thanh lý tại Anh theo Đạo luật Phá sản năm 1986 và thanh lý theo Chương 7 của Bộ luật Phá sản Hoa Kỳ.

chủ nợ.⁴² Ngoài ra, pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng tốt nhất là nên bao gồm “tất cả các thủ tục tương tự” để bảo đảm rằng bất kỳ loại thủ tục mới nào mà có thể được giới thiệu theo pháp luật có liên quan sẽ được bao gồm trong phạm vi của pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng.

- 4.17 Một đặc điểm bình thường của thủ tục tuyên bố mất khả năng thanh toán là một hoặc nhiều người được chỉ định để quản lý các công việc của bên mất khả năng thanh toán trong thời gian tiến hành thủ tục tuyên bố mất khả năng thanh toán. Trong các lãnh thổ tài phán nói tiếng Anh, người đó có thể được gọi là người tiến hành thủ tục mất khả năng thanh toán, người đại diện tiến hành thủ tục mất khả năng thanh toán, người nắm giữ chức vụ tiến hành thủ tục mất khả năng thanh toán, thanh lý viên, quản tài viên hành chính, quản tài viên, người nhận ủy thác trong thủ tục phá sản, người bảo hộ, người tiếp quản hoặc một số tên gọi tương tự. Luật XĐNVTTTRM 2018 sử dụng thuật ngữ chung là “người tiến hành thủ tục mất khả năng thanh toán” để đề cập đến cá nhân đó.⁴³ Người tiến hành thủ tục mất khả năng thanh toán thường được cấp quyền quản lý tài sản của bên mất khả năng thanh toán và nhiều quyền hạn khác, bao gồm quyền hạn thu hồi hoặc “lấy lại” các khoản thanh toán đã thực hiện hoặc các tài sản được chuyển giao bởi bên mất khả năng thanh toán trong thời hạn có liên quan trước khi bắt đầu các thủ tục tuyên bố mất khả năng thanh toán. Các quyền hạn này, nếu được người tiến hành thủ tục mất khả năng thanh toán thực hiện, có thể trong một số trường hợp nhất định làm gián đoạn hiệu lực của cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn, trừ khi việc xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn được bảo vệ bằng biện pháp phòng vệ phù hợp.
- 4.18 Các ví dụ về việc các quy tắc và quyền hạn về mất khả năng thanh toán có thể tác động xấu đến khả năng thi hành của việc xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn và cách xử lý vấn đề này trong pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng được thảo luận dưới đây.
- 4.19 Phần thảo luận trong các đoạn từ 4.20 đến 4.31 giả định rằng thủ tục tuyên bố mất khả năng thanh toán doanh nghiệp thông thường được áp dụng. Cân nhắc đặc biệt phát sinh trong trường hợp kiểm soát đặc biệt đối với tổ chức tài chính, như được thảo luận trong các đoạn từ 4.32 đến 4.34.

Nghiêm cấm chấm dứt sớm

- 4.20 Luật về mất khả năng thanh toán của nhiều lãnh thổ tài phán hạn chế hiệu lực của các quy định chấm dứt sớm theo hợp đồng được kích hoạt bởi việc mở thủ tục tuyên bố mất khả năng thanh toán. Xét đến tầm quan trọng của việc chấm dứt trong quá trình xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn, Luật XĐNVTTTRM 2018 không chỉ khẳng định chung chung tại mục 4(a) của Phần I về khả năng thi hành của thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng quy định mà còn quy định tại mục 4(g) của Phần I rằng người tiến hành thủ tục mất khả năng thanh toán không được ngăn chặn việc chấm dứt bất kỳ hợp đồng tài chính đủ điều kiện nào hoặc việc thu nợ trước hạn bất kỳ khoản thanh toán nào còn nợ theo các hợp đồng tài chính đủ điều kiện này.

“Chọn cherry” (“Cherry-picking”)

⁴² Ví dụ, quy định về tiếp quản tại Pháp theo Bộ luật Thương mại, tổ chức lại theo Chương 11 của Bộ luật Phá sản Hoa Kỳ và tiếp quản tại Anh theo Luật Phá sản năm 1986.

⁴³ Thuật ngữ này cũng được sử dụng cho mục đích tương tự trong Quy định 2015/848/EU của Nghị viện châu Âu và Hội đồng ngày 20 tháng 5 năm 2015 về thủ tục tuyên bố mất khả năng thanh toán (viết lại).

- 4.21 Theo pháp luật về mất khả năng thanh toán, người tiến hành thủ tục mất khả năng thanh toán thường có quyền nhận lãnh, khẳng định hoặc yêu cầu tiếp tục tiến hành các hợp đồng hoặc giao dịch thuận lợi cho bên mất khả năng thanh toán cùng với quyền khước từ, từ chối hoặc không thừa nhận các hợp đồng hoặc giao dịch không thuận lợi cho bên mất khả năng thanh toán. Quyền nhận lãnh/khước từ này đôi khi được gọi là quyền “chọn cherry”. Người nắm giữ chức vụ tiến hành thủ tục mất khả năng thanh toán trong trường hợp đó có quyền hạn giữ những quả cherry “tốt” (các hợp đồng có lợi cho bên mất khả năng thanh toán) và từ chối những quả cherry “xấu” (các hợp đồng gây gánh nặng cho bên mất khả năng thanh toán). Các thỏa thuận xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn theo hợp đồng theo các thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng ban đầu được phát triển giữa những năm 1980 với mục đích chính xác là để khắc phục vấn đề này.
- 4.22 Nếu người nắm giữ chức vụ tiến hành thủ tục mất khả năng thanh toán được phép “chọn cherry” đối với các giao dịch theo thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng, thì hệ quả là bên có khả năng thanh toán sẽ bị buộc phải thanh toán toàn bộ số tiền của bất kỳ nghĩa vụ nào còn nợ theo các giao dịch được xác nhận (các giao dịch “mang lại tiền” cho bên mất khả năng thanh toán), đồng thời tuyên bố là chủ nợ không được bảo đảm đối với các giao dịch bị khước từ trách nhiệm (các giao dịch “không mang lại tiền” cho bên mất khả năng thanh toán). Rõ ràng, trong những trường hợp đó bên có khả năng thanh toán sẽ thấy rằng tổng rủi ro tín dụng là số tiền gộp và không phải số tiền rỗng, và do đó việc xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn sẽ đã bị phá hoại.
- 4.23 Hợp Đồng Chính ISDA nêu rõ trong Mục 1(c) rằng Hợp Đồng Chính ISDA và tất cả các Giao Dịch theo Hợp Đồng Chính ISDA cùng nhau tạo thành một thỏa thuận duy nhất giữa các bên, và rằng các bên đã ký kết Hợp Đồng Chính ISDA và từng Giao Dịch dựa theo thông tin này. Tính chất thỏa thuận duy nhất của Hợp Đồng Chính ISDA 2002 cũng được thể hiện trong các điều khoản về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn khi mà theo Mục 6(c)(ii) không có nghĩa vụ nào khác còn nợ liên quan đến các Giao Dịch Bị Chấm Dứt, nhưng không làm phương hại đến nghĩa vụ riêng biệt phát sinh theo Mục 6(e) về việc thanh toán Số Tiền Chấm Dứt Sớm. Vì vậy, trong trường hợp diễn ra các thủ tục mất khả năng thanh toán, thì vị thế theo hợp đồng là không có “quả cherry” riêng lẻ nào để chọn, mà chỉ một yêu cầu rỗng đến hạn thanh toán theo Mục 6(e).
- 4.24 Tuy nhiên, tại một số lãnh thổ tài phán, cần phải bảo đảm sự chắc chắn về pháp lý để vị thế rõ ràng theo hợp đồng này được bảo vệ bởi pháp luật riêng. Để đảm bảo rằng việc “chọn cherry” không thể làm gián đoạn cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn, các nhà lập pháp vì vậy cần xem xét, giới thiệu trong pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng một quy định tương tự như mục 4(d) trong Phần I của Luật XĐNVTTTRM 2018.

Hạn chế về bù trừ

- 4.25 Nhiều luật phá sản hạn chế khả năng bù trừ trong sự kiện mất khả năng thanh toán. Ví dụ, tại một số lãnh thổ tài phán theo hệ thống dân luật, các nghĩa vụ tương ứng chỉ được bù trừ khi các nghĩa vụ đã đến hạn thanh toán; ngay cả khi đã đến hạn thanh toán thì việc bù trừ sẽ chỉ có thể được thực hiện đối với các nghĩa vụ tương ứng mà phát sinh theo cùng một thỏa thuận hoặc bằng cách khác có sự kết nối chặt chẽ với nhau (điều này đôi khi được gọi là yêu cầu về “tính kết nối” (connexity)). Các yêu cầu nêu trên có thể ảnh hưởng tới hiệu lực của thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng. Các quy định của luật xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng sẽ cần giải quyết những vấn đề này như được đề xuất theo mục 4(e) trong Phần I của

Luật XĐNVTTTRM 2018, trong đó quy định về sự công nhận đối với bù trừ theo cách thức phù hợp với các cơ chế của thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng điển hình.

Ưu tiên

- 4.26 Pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng sẽ cần phải bảo đảm rằng bất kỳ việc thanh toán hoặc chuyển nhượng tài sản bảo đảm được thực hiện liên quan đến tổng rủi ro tín dụng rỗng của một bên theo thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng trong bất kỳ “thời hạn ưu tiên” hoặc “thời hạn nghi ngờ” nào sẽ không bị xem là ưu tiên, và do đó bị từ chối hoặc có thể bị từ chối, với điều kiện là, trên thực tế việc thanh toán hoặc chuyển nhượng tài sản bảo đảm được thực hiện dựa trên vận dụng thông thường của các điều khoản của giao dịch hoặc thỏa thuận về tài sản bảo đảm và không có ý định gây cản trở, trì hoãn hoặc lừa gạt bất kỳ chủ nợ nào có liên quan.
- 4.27 Mục 4(f) trong Phần I của Luật XĐNVTTTRM 2018 quy định rõ ràng rằng người tiến hành thủ tục mất khả năng thanh toán của bên mất khả năng thanh toán không được né tránh việc thanh toán hoặc chuyển nhượng tài sản bảo đảm với lý do là thanh toán hoặc chuyển nhượng đó tạo thành một ưu tiên hoặc chuyển nhượng trong thời hạn ưu tiên hoặc thời hạn nghi ngờ của bên mất khả năng thanh toán cho bên không mất khả năng thanh toán, còn phụ thuộc vào đánh giá được quy định tại mục 4(f).

Những cân nhắc khác

- 4.28 Luật XĐNVTTTRM 2018 chọn cách tiếp cận khẳng định, trong từng trường hợp khi các quy định của luật mất khả năng thanh toán có thể mâu thuẫn với các điều khoản của thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng hoặc thỏa thuận về tài sản bảo đảm, rằng khả năng thi hành của thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng và thỏa thuận về tài sản bảo đảm không bị ảnh hưởng bởi các quy định đó. Về phương diện này, một lãnh thổ tài phán có thể không muốn liệt kê từng và mọi tình huống có thể có vấn đề theo luật mất khả năng thanh toán sở tại. Thay vào đó là bỏ qua hoặc vô hiệu hóa tất cả các quy định của luật mất khả năng thanh toán mà sẽ áp dụng đối với loại có liên quan của bên đối tác trong trường hợp xảy ra thủ tục mất khả năng thanh toán.
- 4.29 Ví dụ, pháp luật của Pháp quy định cụ thể trong một điều của bộ luật về tiền tệ và tài chính rằng cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn có hiệu lực theo pháp luật của Pháp và trong điều ngay tiếp theo xác nhận rằng không có quy định về mất khả năng thanh toán nào của pháp luật của Pháp có thể can thiệp vào việc áp dụng điều thứ nhất.
- 4.30 Do đó, bằng cách “vô hiệu hóa” tất cả các quy định của luật mất khả năng thanh toán thay vì khẳng định trong một số trường hợp cụ thể rằng việc xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng và các thỏa thuận về tài sản bảo đảm sẽ có hiệu lực, pháp luật của Pháp quy định rõ luật mất khả năng thanh toán không được sử dụng để thách thức nguyên tắc về tính hiệu lực của cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn và loại bỏ rủi ro không liệt kê bất kỳ trường hợp cụ thể nào mà có thể có vấn đề.
- 4.31 Trong mọi trường hợp, như được quy định ở trên, mục 4 trong Phần I của Luật XĐNVTTTRM 2018 nên được những nhà làm luật sử dụng như là một “danh sách kiểm” để cân nhắc khi soạn thảo các điều khoản nhằm “vô hiệu hóa” các quy định của luật mất khả năng thanh toán mà có thể xung đột với khả năng thi hành của một thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng hoặc thỏa thuận về tài sản bảo đảm. Xin lưu ý rằng danh sách các vấn đề mà Luật XĐNVTTTRM 2018 điều chỉnh là không đầy đủ và các vấn đề khác có thể cần được xem xét

theo pháp luật của lãnh thổ tài phán liên quan.

Khả năng thi hành trong trường hợp có kiểm soát đặc biệt đối với tổ chức tài chính

- 4.32 Trong trường hợp kiểm soát đặc biệt đối với tổ chức tài chính, nhu cầu cần phải cung cấp bảo vệ đặc biệt của pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng về khả năng thi hành của cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn theo thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng và tài sản bảo đảm tài chính theo một thỏa thuận về tài sản bảo đảm có liên quan cần được cân bằng với nhu cầu bảo đảm rằng các biện pháp kiểm soát đặc biệt đều có hiệu lực.
- 4.33 Việc nên xác định được sự cân bằng này như thế nào đã được cân nhắc chi tiết ở mức độ quốc tế bởi các thành viên của FSB và được thể hiện trong Các Đặc Điểm Chính theo FSB, như đã thảo luận tại các đoạn từ 1.9 đến 1.10. Sự đồng thuận quốc tế này được thể hiện trong Nguyên tắc 8 của các Nguyên Tắc Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Rỗng Khi Chấm Dứt Trước Thời Hạn theo UNIDRIOT.
- 4.34 Luật XĐNVTTTRM 2018 có cân nhắc những diễn biến này bằng cách bổ sung mục 4(j) trong Phần I của Luật XĐNVTTTRM 2018. Không có quy định tương tự trong các phiên bản trước của Luật Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Rỗng Mẫu được công bố trước khi các biện pháp kiểm soát đặc biệt được áp dụng rộng rãi trên phạm vi quốc tế đối với tổ chức tài chính sau khủng hoảng tài chính năm 2008.

5. XÁC ĐỊNH NGHĨA VỤ THANH TOÁN RỒNG LIÊN QUAN ĐẾN NHIỀU CHI NHÁNH

- 5.1 Pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng nên cho phép xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng theo thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng đối với một bên có nhiều chi nhánh. Bên có nhiều chi nhánh là bên có trụ sở chính tại một lãnh thổ tài phán và các chi nhánh khác nhau tại các lãnh thổ tài phán khác. Việc xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng đối với tổ chức nêu trên được gọi là “xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng liên quan đến nhiều chi nhánh” trong Luật XĐNVTTTRM 2018. “Chi nhánh” được chúng tôi sử dụng với nghĩa là một cơ sở thành lập ở nước sở tại của tổ chức nước ngoài. Trụ sở chính và từng chi nhánh của tổ chức nước ngoài phải tạo thành một pháp nhân duy nhất theo pháp luật của lãnh thổ tài phán nơi tổ chức nước ngoài được thành lập.⁴⁴ Điều này đặc biệt áp dụng cho các tổ chức tài chính, vì chủ yếu là các tổ chức tài chính (và cụ thể là ngân hàng) thường hoạt động trên cơ sở có nhiều chi nhánh.
- 5.2 Phần II tùy chọn của Luật XĐNVTTTRM 2018 quy định các điều khoản chi tiết nhằm bảo đảm hiệu lực của việc xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng liên quan đến nhiều chi nhánh trong trường hợp diễn ra sự kiện phá sản của ngân hàng có nhiều chi nhánh hoạt động trên nhiều quốc gia. Các điều khoản đó không được áp dụng trong trường hợp cơ sở thành lập ở nước sở tại trên thực tế là công ty con được thành lập ở nước sở tại của công ty mẹ nước ngoài, vì khi đó công

⁴⁴ Nói chung, trong trường hợp đó, thì theo các nguyên tắc thông thường của tư pháp quốc tế, từng lãnh thổ tài phán có đặt chi nhánh sẽ công nhận rằng tổ chức nước ngoài và từng chi nhánh của tổ chức đó, bao gồm bất kỳ chi nhánh sở tại nào tại lãnh thổ đó, tạo thành một pháp nhân duy nhất. Nếu không thuộc trường hợp đó thì các chi nhánh sở tại tại lãnh thổ tài phán đó có thể được xem như là một tổ chức độc lập, làm tăng rủi ro phải lập hàng rào khoanh vùng (ring-fencing), như được thảo luận tại đoạn 5.3.

ty con ở nước sở tại sẽ là một pháp nhân riêng biệt và không phải là một “chi nhánh” theo nghĩa được sử dụng ở trên.

- 5.3 Phần II của Luật XĐNVTTTRM 2018 là tùy chọn vì phần này thường chỉ cần thiết khi theo quy định pháp luật sở tại về mất khả năng thanh toán có rủi ro là các tài sản và/hoặc trách nhiệm pháp lý ở nước sở tại của một chi nhánh sở tại mất khả năng thanh toán của một tổ chức tài chính nước ngoài có thể là đối tượng của việc “lập hàng rào khoanh vùng” (ring-fencing). Nghĩa là chi nhánh sở tại được xem như là một pháp nhân độc lập và chịu sự chi phối của các thủ tục tuyên bố phá sản của nước sở tại liên quan đến các tài sản và/hoặc trách nhiệm pháp lý ở nước sở tại của chi nhánh đó mà không xét đến tài sản được nắm giữ hoặc trách nhiệm phát sinh bên ngoài lãnh thổ tài phán đó. Việc lập hàng rào khoanh vùng nêu trên có khả năng làm hạn chế hiệu quả của cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng, vì cơ chế này được dự kiến là được vận dụng trên toàn cầu trên cơ sở tất cả các nghĩa vụ và quyền lợi tương ứng của các bên, bất kể địa điểm lưu giữ sổ sách của các giao dịch riêng lẻ.
- 5.4 Các quy định của Luật XĐNVTTTRM 2018 về tổ chức có nhiều chi nhánh phần lớn được soạn thảo dựa trên các quy định trong luật ngân hàng New York trong đó quy định việc công nhận thi hành cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn đối với các giao dịch sản phẩm phái sinh với nỗ lực nhằm dung hòa việc lập hàng rào khoanh vùng các chi nhánh New York với lợi ích trong việc thi hành cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn. Các nhà lập pháp sở tại cần cân nhắc việc lập hàng rào khoanh vùng có được áp dụng trong lãnh thổ tài phán của riêng mình hay không, và nếu có, cân nhắc sự phù hợp của các quy định tương tự các quy định tại Phần II tùy chọn của Luật XĐNVTTTRM 2018. Đương nhiên là, nếu việc lập hàng rào khoanh vùng không áp dụng, thì các quy định nêu trên sẽ không cần thiết. Phần I được thiết kế để có thể được ban hành trên cơ sở độc lập trong trường hợp đó.⁴⁵
- 5.5 Một số thay đổi đã được thực hiện trong bản thảo của Phần II tùy chọn trong Luật XĐNVTTTRM 2018 tương ứng với phần II của phiên bản 2006 của Luật Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Rỗng Mẫu. Những thay đổi về nội dung soạn thảo này được thực hiện để tăng cường sự rõ ràng và qua đó tăng cường sự chắc chắn trong việc diễn giải các điều khoản về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng liên quan đến nhiều chi nhánh. Tuy nhiên, các thay đổi đó không được đưa ra với ý định thay đổi phương thức thực hiện chủ đạo trong các phiên bản 2006 và 2002 của Luật Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Rỗng Mẫu.

6. MÔ HÌNH LUẬT ĐIỀU CHỈNH ĐỂ BẢO ĐẢM KHẢ NĂNG THI HÀNH CỦA CƠ CHẾ XÁC ĐỊNH NGHĨA VỤ THANH TOÁN RỎNG KHI CHẤM DỨT TRƯỚC THỜI HẠN

- 6.1 Mô hình cơ bản của Luật XĐNVTTTRM 2018, cũng giống như các phiên bản trước của Luật Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Rỗng Mẫu, là cung cấp cho lãnh thổ tài phán một khung pháp lý bảo đảm khả năng thi hành của thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng và thỏa thuận về tài sản bảo đảm có liên quan theo pháp luật của lãnh thổ tài phán đó, bất kể luật nào là luật điều chỉnh của thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh

⁴⁵ Nếu cân nhắc ban hành một luật theo mẫu của Phần I trong Luật XĐNVTTTRM 2018 mà không ban hành Phần II thì những thay đổi duy nhất cần thiết đối với luật mẫu (ngoài bất kỳ điều chỉnh nào cần thiết hoặc thích hợp cho các mục đích của nước sở tại) sẽ là xóa bỏ các dẫn chiếu đến “Phần I” trong đề mục, xóa bỏ cụm từ “Phần này của” trước cụm từ “Luật này” mỗi khi các cụm từ này xuất hiện trong mục 4(i) và xóa bỏ tiểu mục (iv) của mục 4(i). Cho mục đích thuận tiện, các xóa bỏ cần thiết được ghi chú trong văn bản của Luật XĐNVTTTRM 2018 trong phụ lục A.

toán rỗng hoặc thỏa thuận về tài sản bảo đảm. Nói cách khác, khả năng thi hành của thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng và thỏa thuận về tài sản bảo đảm được bảo vệ và bảo hộ, cho dù được điều chỉnh theo pháp luật của lãnh thổ tài phán đó hay theo pháp luật của bất kỳ lãnh thổ tài phán nào khác.

- 6.2 Một mô hình khác để bảo đảm khả năng thi hành của cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn là quy định rằng khả năng thi hành của thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng sẽ được điều chỉnh theo pháp luật do các bên lựa chọn để điều chỉnh thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng. Đây là mô hình được quy định tại Điều 25 của Chỉ Thị Giải Thể Tổ Chức Tín Dụng của Liên Minh Châu Âu (“**WUDCI**”)⁴⁶, được thảo luận chi tiết hơn dưới đây. Đây là mô hình đơn giản hơn và có thể đạt được bằng cách ban hành quy định có nội dung như sau:

“Luật điều chỉnh của thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng. Không làm phương hại đến [*vui lòng bổ sung dẫn chiếu đến các quy định pháp luật có liên quan (i) quy định một bên không được chấm dứt các giao dịch với tổ chức tài chính bị tiến hành thủ tục kiểm soát đặc biệt chỉ vì lý do tổ chức tài chính đó bị tiến hành thủ tục kiểm soát đặc biệt hoặc cơ quan hữu quan tiến hành thủ tục kiểm soát đặc biệt thực hiện biện pháp hoặc quyền hạn kiểm soát đặc biệt và (ii) quy định việc đình chỉ không quá 48 giờ theo Các Đặc Điểm Chính theo FSB*], khả năng thi hành của thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng, bao gồm từng giao dịch được ký kết theo thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng và bất kỳ thỏa thuận về tài sản bảo đảm có liên quan nào, chỉ được điều chỉnh theo pháp luật:

- (a) được các bên lựa chọn rõ ràng và được quy định trong thỏa thuận là luật điều chỉnh của thỏa thuận đó; hoặc
- (b) trong trường hợp thỏa thuận không có quy định về luật điều chỉnh, thì xác định theo quy tắc *luật tòa án* để xác định luật được áp dụng đối với các nghĩa vụ theo hợp đồng trong các vụ việc dân sự và thương mại trong trường hợp các bên không lựa chọn pháp luật rõ ràng.

Cho các mục đích của quy định này, luật điều chỉnh của thỏa thuận bao gồm pháp luật về mất khả năng thanh toán của lãnh thổ tài phán có pháp luật được áp dụng theo điểm (a) hoặc (b) nêu trên, tuy nhiên, pháp luật về mất khả năng thanh toán được áp dụng chỉ trong trường hợp có thủ tục tuyên bố mất khả năng thanh toán trong lãnh thổ tài phán có pháp luật được áp dụng theo điểm (a) hoặc (b) đối với bất kỳ bên nào trong các bên.”

- 6.3 Hiển nhiên là, những bên tham gia vào thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng và mong muốn dựa vào các quy định pháp luật nêu trên cần phải bảo đảm rằng các bên:

⁴⁶ Chỉ thị 2001/24/EU của Nghị Viện Châu Âu và của Hội Đồng ngày 04 tháng 4 năm 2001 về việc tổ chức lại và giải thể các tổ chức tín dụng [2001] OJ L125/15

- (a) đã lựa chọn luật điều chỉnh một cách rõ ràng (để tránh bất kỳ sự không rõ ràng nào có thể phát sinh trong trường hợp pháp luật liên quan được giao cho tòa án quyết định theo quy tắc chọn luật sở tại của lãnh thổ tài phán đó); và
- (b) đã lựa chọn luật điều chỉnh mà theo đó cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng có mức độ chắc chắn cao về mặt pháp lý là sẽ được thi hành.

6.4 Như được nêu trong đoạn 6.2 trên đây, Điều 25 của WUDCI thực hiện mô hình này. Toàn bộ Điều 25 quy định như sau:

“Các thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng.
Không làm phương hại đến Điều 68 và 71 của Chỉ thị 2014/59/EU, các thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng chỉ được điều chỉnh theo các quy định pháp luật về hợp đồng điều chỉnh các thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng đó.”

6.5 “Chỉ thị 2014/59/EU” chính là BRRD.⁴⁷ Các Điều 68 và 71 là các điều khoản của BRRD có tác dụng được thể hiện bằng các từ ngữ in nghiêng trong điều khoản mẫu được nêu tại đoạn 6.2 trên đây. Trong ngữ cảnh đó, rõ ràng là Điều 25 chủ yếu đề cập đến khả năng thi hành (trái với các khía cạnh pháp lý khác) của các thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng. Trong điều khoản mẫu của chúng tôi tại đoạn 6.2, chúng tôi đã quy định rõ ràng về vấn đề này.

6.6 Một điểm trừ của Điều 25 là thiếu sự rõ ràng, gây ra hiểu nhầm trong thị trường và dẫn đến nhiều cách diễn giải khác nhau giữa các luật sư trong toàn Liên Minh Châu Âu, liên quan đến phạm vi dẫn chiếu đến “pháp luật hợp đồng” được dự kiến. Cụ thể, phát sinh vấn đề là phạm vi dẫn chiếu nêu trên có nên được giới hạn trong:

- (a) pháp luật hợp đồng của lãnh thổ tài phán có liên quan;
- (b) tất cả các luật có liên quan của lãnh thổ tài phán đó không bao gồm pháp luật về mất khả năng thanh toán (nhưng bao gồm, ví dụ như, pháp luật về bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, luật bất động sản, luật đại lý, luật công ty và các luật khác trong trường hợp các luật đó có liên quan đến vấn đề phát sinh theo hợp đồng); hoặc
- (c) tất cả các luật của lãnh thổ tài phán có liên quan, bao gồm pháp luật về mất khả năng thanh toán của lãnh thổ tài phán đó.

6.7 Các diễn giải (b) và (c) được ưu thích hơn so với diễn giải (a), bởi vì có thể phát sinh các vấn đề không phải là các vấn đề về pháp luật hợp đồng liên quan đến khả năng thi hành của thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng. Ưu điểm của diễn giải (c) so với diễn giải (b) là tránh được việc cần phải xem xét phân loại vấn đề pháp lý nhằm mục đích xác định vấn đề pháp lý đó có thuộc phạm vi điều chỉnh hay không. Tuy nhiên, trong trường hợp diễn giải (c) là chính xác, sẽ phát sinh thêm một vấn đề là pháp luật về mất khả năng thanh toán của lãnh thổ tài phán đó có được áp dụng cho vấn đề về khả năng thi hành của thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng hay không:

⁴⁷

Vui lòng xem lưu ý số 16.

- (i) ngay cả trong trường hợp không có thủ tục mất khả năng thanh toán có liên quan trong lãnh thổ tài phán đó; hoặc
 - (ii) chỉ trong trường hợp thủ tục mất khả năng thanh toán thực sự có diễn ra tại lãnh thổ tài phán đó.
- 6.8 Nếu mô hình (i) là mô hình chính xác, tòa án sẽ cần phải yêu cầu xác định khả năng thi hành của thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng theo pháp luật nêu trên để áp dụng pháp luật về mất khả năng thanh toán của lãnh thổ tài phán có liên quan trên cơ sở giả thuyết hoặc giả định, như thể các thủ tục mất khả năng thanh toán đã được mở đối với bên vi phạm. Đây là do việc áp dụng hầu hết các quy tắc về nội dung của pháp luật mất khả năng thanh toán phụ thuộc, trực tiếp hoặc gián tiếp, vào thời hạn mở thủ tục mất khả năng thanh toán. Mô hình (i) theo đó vốn đã không chắc chắn, trái với mục tiêu tăng cường tính chắc chắn đối với khả năng thi hành của các thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng. Đoạn cuối trong điều khoản mẫu nêu trong đoạn 6.2 trên đây tránh khó khăn này bằng việc quy định rõ ràng rằng pháp luật mất khả năng thanh toán của lãnh thổ tài phán có liên quan chỉ được áp dụng trong trường hợp có thủ tục mất khả năng thanh toán trên thực tế tại lãnh thổ tài phán đó.
- 6.9 Phải quy định rõ ràng rằng nếu mô hình quy định tại đoạn 6.2 nêu trên được áp dụng, không cần thiết phải ban hành thêm luật xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng theo mẫu của Luật XĐNVTTTRM 2018, hoặc nếu không thì có thể chỉ cần quy định đối với trường hợp liên quan đến các vấn đề cụ thể như các vấn đề được điều chỉnh trong mục 3 Phần I của Luật XĐNVTTTRM 2018. Luật XĐNVTTTRM 2018 hướng đến bảo đảm khả năng thi hành của thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng theo pháp luật của lãnh thổ tài phán có ban hành luật xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng. Quy định tại đoạn 6.2 giải quyết vấn đề về khả năng thi hành của thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng theo pháp luật của quốc gia khác, do các bên lựa chọn.⁴⁸ Như vậy, hai mô hình đó có sự khác biệt về cơ bản.
- 6.10 Mặc dù khác nhau, nhưng các mô hình đó không phải là không tương thích. Đơn giản là, các mô hình đó đưa đến kết quả giống nhau bằng các phương thức khác nhau. Có thể các nhà lập pháp ở nước sở tại sẽ mong muốn cân nhắc việc kết hợp đưa các mô hình vào trong một tập hợp quy định pháp luật duy nhất để gia tăng thêm nữa sự bảo đảm cho các chủ thể tham gia vào thị trường tài chính quốc tế giao dịch với các bên đối tác ở nước sở tại.⁴⁹ Trong trường hợp đó, quy định tại đoạn 6.2 nêu trên có thể được đưa vào thành một tiểu mục (k) bổ sung cho mục 4 trong Phần I của Luật XĐNVTTTRM 2018.

⁴⁸ Giả định rằng các ý kiến tư vấn của chúng tôi tại đoạn 6.3 đã được thực hiện.

⁴⁹ Nội dung này gần như là tình trạng hiện hữu trong Liên Minh Châu Âu liên quan đến bên đối tác trong các thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng mà tổ chức tín dụng sẽ là đối tượng của WUDCI. Ví dụ như, trong trường hợp một bên đối tác là ngân hàng Pháp ký kết Hợp Động Chính ISDA theo pháp luật Anh, việc xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước hạn đối với ngân hàng Pháp có khả năng thi hành theo luật xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng của Pháp, nhưng Điều 25 sẽ được áp dụng, dẫn chiếu vấn đề về khả năng thi hành sang pháp luật Anh (có thể còn tùy thuộc vào các vấn đề diễn giải được thảo luận trong đoạn 6.6 đến 6.8).

7. BÌNH LUẬN CHO TỪNG QUY ĐỊNH

Soạn thảo mô hình và cơ cấu Luật XĐNVTTRM 2018

- 7.1 Luật Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Ròng Mẫu ban đầu do ISDA công bố vào năm 1996 được truyền cảm hứng từ luật xác định nghĩa vụ thanh toán ròng được giới thiệu thành công tại Hoa Kỳ ở cấp độ liên bang, sửa đổi Bộ Luật Phá Sản Hoa Kỳ. Để thống nhất, từng phiên bản về sau của Luật Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Ròng Mẫu đã duy trì cùng một cơ cấu và mô hình. Một số quốc gia đã áp dụng thành công một phiên bản của Luật Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Ròng Mẫu để làm cơ sở cho các quy phạm pháp luật nội địa của quốc gia đó. Tuy nhiên, như chúng tôi đã ghi nhận trong phần Giới Thiệu của Tài Liệu Hướng Dẫn này, cách thức soạn thảo của Luật XĐNVTTRM 2018 không nhất thiết là sẽ phù hợp với tất cả các truyền thống pháp luật.
- 7.2 Tuy nhiên, ISDA biết rằng có một số lãnh thổ tài phán đã áp dụng thành công phiên bản trước đây của Luật Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Ròng Mẫu như là (a) một danh sách kiểm tra các vấn đề liên quan cần xử lý và (b) một bản dự thảo mẫu để xử lý các vấn đề đó, kể cả khi bản dự thảo đó cần phải được điều chỉnh phù hợp để đáp ứng các tiêu chuẩn, quy tắc và thông lệ soạn thảo pháp luật ở nước sở tại.
- 7.3 Luật XĐNVTTRM 2018 được chia thành hai Phần:
- (a) Phần I đưa ra các quy định điều chỉnh khả năng thi hành nói chung của các thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng, cả trước và trong trường hợp có thủ tục mất khả năng thanh toán. Phần I có thể được sử dụng độc lập, nếu không cần phải có Phần II.
 - (b) Phần II, như đã được giải thích, là Phần tùy chọn và đưa ra các quy định điều chỉnh khả năng thi hành của cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến nhiều chi nhánh trong trường hợp cần phải có các quy định như vậy do các quy định “lập hàng rào khoanh vùng” ở nước sở tại hoặc các quy định tương tự, như được thảo luận trong phần 5 của Tài Liệu Hướng Dẫn này.
- 7.4 Phần bình luận từng quy định dưới đây được dự kiến cung cấp hướng dẫn ngắn gọn hữu ích đối với từng điều khoản riêng rẽ của Luật XĐNVTTRM 2018, với các tham chiếu tiện lợi, khi thích hợp, đến các đoạn khác trong Tài Liệu Hướng Dẫn này. Phần bình luận từng quy định nên được đọc cùng với phần còn lại của Tài Liệu Hướng Dẫn này. Phần bình luận này không phải là bình luận chi tiết và đầy đủ và cũng không phải là bản ý kiến pháp lý, và đề nghị không dựa vào bình luận này như thể là như vậy.
- 7.5 Phần bình luận dưới đây được dự kiến hỗ trợ cho các viên chức nhà nước và các nhà hoạch định chính sách khác ở một quốc gia mà hiện đang được xem là Lãnh Thổ Tài Phán Không Chấp Nhận Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Ròng Khi Chấm Dứt Trước Thời Hạn, với ý nghĩa như chúng tôi đã sử dụng thuật ngữ đó trong mục 1.17 nêu trên. Dẫn chiếu trong phần bình luận dưới đây đến “Bên Sở Tại” là dẫn chiếu đến bên được thành lập tại lãnh thổ tài phán đó, là bên có thể là đối tượng điều chỉnh của các thủ tục mất khả năng thanh toán (như được định nghĩa tại mục 1 trong Phần I của Luật XĐNVTTRM 2018) và theo đó, trong trường hợp nêu trên, sẽ trở thành bên mất khả năng thanh toán (như được định nghĩa trong

mục 1 trong Phần I của Luật XĐNVTTTRM 2018) cho việc áp dụng của luật xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng theo mẫu của Luật XĐNVTTTRM 2018. Dẫn chiếu dưới đây đến “Bên Đối Tác” là dẫn chiếu đến bên còn lại trong thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng có liên quan hoặc thỏa thuận về tài sản bảo đảm có liên quan, yêu cầu thi hành đối với Bên Sở Tại.

Phần I (Xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng): mục 1 (Định nghĩa)

- 7.6 Mục 1 trong Phần I của Luật XĐNVTTTRM 2018 đưa ra các định nghĩa chính được sử dụng trong phần còn lại của Phần I của Luật XĐNVTTTRM 2018. Các định nghĩa đặc biệt quan trọng bao gồm “người”, “hợp đồng tài chính đủ điều kiện”, “xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng” và “thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng”. Liên quan đến các định nghĩa này, vui lòng xem phần thảo luận trong phần 3 của Tài Liệu Hướng Dẫn này.
- 7.7 Ngoài ra, các điểm sau đây có thể hữu ích đối với các thuật ngữ “xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng” và “thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng”:
- (a) Khoản (a) của định nghĩa “xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng” thực tế dẫn chiếu đến việc kích hoạt quy trình cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn. Khoản (b) mô tả chính quy trình xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng.
 - (b) Như được thảo luận tại các phần khác trong Tài Liệu Hướng Dẫn này,⁵⁰ Luật XĐNVTTTRM 2018 xác nhận rằng trong một số trường hợp, sẽ là hợp lý, và thậm chí là quan trọng, khi các quyền chấm dứt trước hạn của một bên theo thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng cần phải được hạn chế bởi các quy định về kiểm soát đặc biệt với tác dụng là (i) một bên không được chấm dứt các giao dịch chỉ vì lý do là bên còn lại bị tiến hành thủ tục kiểm soát đặc biệt và (ii) quyền của một bên trong việc chấm dứt các giao dịch trong các tình huống khác có thể phụ thuộc vào việc đình chỉ không quá 48 giờ theo *Các Đặc Điểm Chính theo FSB*. Tuy nhiên, nói một cách chính xác thì các giới hạn như vậy chỉ ảnh hưởng đến sự kiện hoặc tình huống được cho phép kích hoạt quy trình xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng trước khi chấm dứt trước hạn. Trong mọi trường hợp, không có bất kỳ phương diện nào của khoản (b) của phần định nghĩa trong đó mô tả quy trình xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng trước khi chấm dứt trước hạn sẽ bị hạn chế dù trong trường hợp kiểm soát đặc biệt hoặc trong bất kỳ trường hợp nào khác.
 - (c) Trong khoản (a) của phần định nghĩa của “xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng” cụm từ “đối với người còn lại” được cố ý đặt sau cụm từ “sự kiện vi phạm” và không phải sau cụm từ “sự kiện chấm dứt”. Dưới đây là lý do cho việc sắp xếp như vậy:
 - (i) Luôn cần phải có sự kiện vi phạm xảy ra liên quan đến một bên trong thỏa thuận, trong khi vị thế liên quan đến sự kiện chấm dứt ít rõ ràng hơn.

⁵⁰ Xem các đoạn 1.9-1.11 và 4.32-4.34.

- (ii) Sự kiện chấm dứt là sự kiện cho phép một bên chấm dứt các giao dịch trước thời hạn, nhưng không phải trên cơ sở vi phạm. Thay vào đó, một số sự kiện hoặc tình huống đã xảy ra dẫn đến một số hoặc toàn bộ các giao dịch cần phải hoặc nên được chấm dứt. Các ví dụ điển hình bao gồm thay đổi về luật hoặc quy định khiến cho việc tiếp tục thực hiện một loại giao dịch cụ thể là bất hợp pháp hoặc không có lợi ích kinh tế hoặc thay đổi về thuế làm cho việc tiếp tục thực hiện một loại giao dịch cụ thể không mang lại lợi ích kinh tế.
- (iii) Như được minh họa tại Mục 5(b) của Hợp Đồng Chính ISDA, việc bên nào có quyền chấm dứt sau khi xảy ra sự kiện chấm dứt và liên quan đến giao dịch nào sẽ còn tùy vào từng trường hợp. Ngược lại, đối với sự kiện vi phạm, luôn phải có bên vi phạm và bên không vi phạm và trong trường hợp này tất cả các giao dịch luôn bị chấm dứt.⁵¹
- (d) Định nghĩa “xác định nghĩa vụ thanh toán ròng” sử dụng các thuật ngữ “thỏa thuận” và “người” thay vì “thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng” và “bên” để tránh lặp đi lặp lại. “Thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng” sau đó được định nghĩa thông qua dẫn chiếu đến “xác định nghĩa vụ thanh toán ròng”, và “bên” được định nghĩa thông qua dẫn chiếu đến “thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng”.

7.8 Trong các phiên bản trước của Luật Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Ròng Mẫu, mục 1 của Phần I có bao gồm thuật ngữ “Ngân Hàng” được định nghĩa. Thuật ngữ này đã được đổi thành “Cơ Quan Có Thẩm Quyền” do các lý do được thảo luận trong các đoạn 7.10 đến 7.13 dưới đây liên quan đến mục 2 trong Phần I của Luật XĐNVTTTRM 2018.

7.9 Trong các phiên bản trước của Luật Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Ròng Mẫu, mục 1 của Phần I có bao gồm thuật ngữ “thanh lý viên” thay vì thuật ngữ “người tiến hành thủ tục mất khả năng thanh toán”, là thuật ngữ được sử dụng trong Luật XĐNVTTTRM 2018. Định nghĩa của thuật ngữ “người tiến hành thủ tục mất khả năng thanh toán” đã được sử dụng trong Luật XĐNVTTTRM 2018 thể hiện rõ hơn việc một bên mất khả năng thanh toán còn đang hoạt động trong các thị trường tài chính có khả năng, nếu không phải là có nhiều khả năng, tham gia từ đầu một số hình thức thủ tục tổ chức lại, thay vì thủ tục thanh lý, ngay cả trong trường hợp hình thức tổ chức lại cuối cùng là thanh lý toàn bộ hoặc một phần của bên mất khả năng thanh toán.⁵²

Phần I (Xác định nghĩa vụ thanh toán ròng): mục 2 (Quyền hạn của Cơ Quan Có Thẩm Quyền)

7.10 Định nghĩa “hợp đồng tài chính đủ điều kiện”, như được thảo luận tại các đoạn 3.3 đến 3.10 trên đây, được dự kiến bao hàm nghĩa rộng không chỉ (a) để điều chỉnh tất cả các loại sản

⁵¹ Trường hợp này đúng, trong mọi trường hợp, liên quan đến Hợp Đồng Chính ISDA. Sau khi xảy ra vi phạm, tất cả các giao dịch phải được chấm dứt để bảo toàn chính xác vị thế bù trừ giữa các bên. Bên không vi phạm không nên có quyền chấm dứt một số giao dịch, nhưng không phải tất cả giao dịch. Quyền đó có thể có nguy cơ bị người tiến hành thủ tục mất khả năng thanh toán phản đối thành công theo pháp luật về mất khả năng thanh toán của hầu hết, nếu không phải tất cả các lãnh thổ tài phán nơi có thị trường phát sinh phát triển.

⁵² Vui lòng xem thêm đoạn 4.17 trên đây.

phẩm phái sinh và các loại giao dịch tài chính có liên quan mà có thể chịu sự điều chỉnh của thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng, mà còn (b) để cho phép đổi mới và phát triển liên tục trong các thị trường tài chính.

- 7.11 Tuy nhiên, có thể có sự không chắc chắn về việc một loại giao dịch nào đó có thuộc phạm vi của luật xác định nghĩa vụ thanh toán ròng hay không. Trong trường hợp đó, cơ quan công quyền có thẩm quyền giám sát phù hợp đối với các thị trường tài chính trong lãnh thổ tài phán có thể quyết định rằng việc quy định loại giao dịch cụ thể được bảo vệ theo luật xác định nghĩa vụ thanh toán sẽ có lợi cho sự ổn định của hệ thống. Cơ quan đó sẽ thực hiện theo quyền hạn được trao theo mục 2 trong Phần I của Luật XĐNVTTTRM 2018.
- 7.12 Mặc dù mục 2 quy định rằng cơ quan hữu quan sẽ thực hiện quyền hạn của mình “bằng cách thông báo”, bản dự thảo nên được sửa đổi phù hợp để phản ánh các phương tiện thông tin thông thường mà qua đó cơ quan có thẩm quyền sẽ thực thi các quyền hạn ban hành quy định của mình. Theo đó, thay vì “bằng cách thông báo”, cơ quan có thẩm quyền có thể chọn sử dụng cụm “bằng quy định”, “bằng cách ban hành một quy tắc”, “bằng lệnh”, “bằng nghị định” hoặc các cụm tương đương khác mà phản ánh chính xác hơn cơ chế phù hợp ở nước sở tại.
- 7.13 Khi ba phiên bản đầu tiên của Luật Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Ròng được lập vào năm 1997, 2002, và 2006, đã có giả định rằng ngân hàng trung ương sẽ là cơ quan có thẩm quyền phù hợp để thực thi quyền hạn được trao theo mục này. Hiện nay, có sự công nhận rằng tại nhiều lãnh thổ tài phán, cơ quan hữu quan nêu trên có thể không phải là ngân hàng trung ương mà là một cơ quan công quyền khác có thẩm quyền giám sát cụ thể đối với các thị trường tài chính. Theo đó, thuật ngữ “Ngân Hàng” được định nghĩa trong các phiên bản trước đây đã được thay bằng “Cơ Quan Có Thẩm Quyền” trong mục 1 Phần I của Luật XĐNVTTTRM 2018.

Phần I (Xác định nghĩa vụ thanh toán ròng): mục 3 (Khả năng thi hành của hợp đồng tài chính đủ điều kiện)

(a) Luật về trò chơi và cá cược

- 7.14 Như được thảo luận trong đoạn 4.11 trên đây, mục 3(a) đề cập đến vấn đề khả năng thi hành trước khi mất khả năng thanh toán thường phát sinh trong lãnh thổ tài phán bắt đầu phát triển thị trường tài chính trong nước của mình. Các quy định pháp luật về trò chơi và cá cược đã có từ lâu, thường tồn tại trước khi các thị trường tài chính phát triển có thể vô tình điều chỉnh các giao dịch phái sinh, bất kể việc các giao dịch đó được ký kết nhằm mục đích đầu tư hoặc quản lý rủi ro tài chính.

(b) Hợp đồng tài chính đủ điều kiện được xem là tuân thủ Luật Hồi Giáo Shari’a từ khi được lập ra.

- 7.15 Cùng với sự phát triển của tài chính Hồi giáo trong vòng mười lăm năm qua, thịnh vượng phát sinh các tình huống trong đó, sau khi các bên đã ký kết giao dịch tuân thủ Luật Hồi Giáo Shari’a, một bên tìm cách từ chối hoặc né tránh giao dịch với lý do là có một học giả người Hồi giáo liên quan đã thay đổi quan điểm của mình về sự tuân thủ Luật Hồi Giáo Shari’a của

giao dịch đó. Quy định này nhằm giải quyết rủi ro đó, như được thảo luận chi tiết tại đoạn 4.12 trên đây.

Phần I (Xác định nghĩa vụ thanh toán vòng): mục 4 (Khả năng thi hành của thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán vòng)

(a) Quy tắc chung

7.16 Mục 4(a) đưa ra một quy tắc quan trọng nhất trong Luật XĐNVTTTRM 2018. Quy tắc đó được soạn thảo để áp dụng cho tất cả các thủ tục mất khả năng thanh toán có khả năng xảy ra mà có thể được tiến hành đối với Bên Sở Tại. Đây là điểm mấu chốt. Trong trường hợp mục 4(a) áp dụng cho một số, nhưng không phải tất cả, các loại thủ tục mất khả năng thanh toán liên quan mà có thể được áp dụng đối với Bên Sở Tại, thì mục đích của luật xác định nghĩa vụ thanh toán vòng bị vô hiệu hóa, do Bên Đối Tác không thể bảo đảm *hệ quả* là Bên Sở Tại sẽ không phải là đối tượng của một hình thức thủ tục mất khả năng thanh toán mà hình thức thủ tục đó lại không thuộc phạm vi bảo vệ của quy tắc này. Trong trường hợp này, lãnh thổ tài phán sẽ tiếp tục được xem là Lãnh Thổ Tài Phán Không Chấp Nhận Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Vòng Khi Chấm Dứt Trước Thời Hạn, mặc dù lãnh thổ tài phán đó đã ban hành các quy định pháp luật bảo vệ cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán vòng trong một số loại thủ tục mất khả năng thanh toán.⁵³

7.17 Nghiêm khắc mà nói, sẽ không cần phải có các mục từ 4(b) đến 4(h) nếu mục 4(a) được diễn giải theo nghĩa rộng để có đầy đủ hiệu lực thi hành. Tuy nhiên, do mục đích của luật xác định nghĩa vụ thanh toán vòng là nhằm cung cấp một mức độ chắc chắn về pháp lý cao đối với khả năng thi hành của cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán vòng khi chấm dứt trước thời hạn, các mục từ 4(b) đến 4(h) ứng phó với các quy định pháp luật và quy tắc liên quan đến mất khả năng thanh toán mà trước đây tại một số lãnh thổ tài phán đã có nảy sinh quan ngại về khả năng của bên không mất khả năng thanh toán trong việc thi hành một cách đầy đủ và hiệu quả cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán vòng khi chấm dứt trước thời hạn theo thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán. Theo đó, các quy định này rõ ràng đưa các vấn đề đó ra khỏi phạm vi quan ngại, nhưng cũng không làm phương hại đến tính chất tổng quát của mục 4(a).

(b) Hạn chế nghĩa vụ thanh toán hoặc giao nhận

7.18 Mục 4(b) quy định rõ ràng rằng sau khi bắt đầu tiến hành thủ tục mất khả năng thanh toán đối với một bên, nghĩa vụ duy nhất của các bên là thanh toán khoản tiền đến hạn sau khi thực hiện cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán vòng khi chấm dứt trước thời hạn theo thỏa thuận có

⁵³ Tình trạng này đã xảy ra trong quá khứ tại các quốc gia có luật xác định nghĩa vụ thanh toán vòng, nhưng có một loại thủ tục mất khả năng thanh toán mới đã được giới thiệu (thường trong một thời hạn rất ngắn để giải quyết việc đột xuất mất khả năng thanh toán của một tổ chức sở tại quan trọng) mà không thuộc phạm vi của chế định xác định nghĩa vụ thanh toán vòng. Trong từng trường hợp, lãnh thổ tài phán đó nhanh chóng trở thành Lãnh Thổ Tài Phán Không Chấp Nhận Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Vòng Khi Chấm Dứt Trước Thời Hạn cho đến khi pháp luật tại địa phương có thể sửa đổi chế định xác định nghĩa vụ thanh toán vòng để điều chỉnh thủ tục tuyên bố mất khả năng thanh toán mới. Định nghĩa “thủ tục tuyên bố mất khả năng thanh toán” tại mục 1 Phần I của Luật XĐNVTTTRM 2018 có ý khái quát và mở rộng để giảm thiểu và né tránh khó khăn tiềm ẩn này.

điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng có liên quan. Điều này củng cố cho quy tắc chung trong mục 4(a).

(c) *Hạn chế quyền tiếp nhận thanh toán hoặc giao nhận*

7.19 Mục 4(c) là bản đối ứng của mục 4(b) và cũng củng cố quy tắc chung trong mục 4(a). Hệ quả hợp nhất của các mục 4(b) và 4(c) là có số tiền đến hạn duy nhất sau khi mất khả năng thanh toán. Trong trường hợp khoản tiền đó đến hạn phải trả bởi bên mất khả năng thanh toán, thì số tiền đó được điều chỉnh theo các quy tắc thông thường áp dụng đối với các khoản nợ mà bên mất khả năng thanh toán còn nợ. Điều này sẽ lần lượt phụ thuộc vào việc khoản rỗng đến hạn đã được bảo đảm hoặc chưa bảo đảm. Bất kỳ việc đình chỉ thi hành nào được áp dụng theo pháp luật về thủ tục tuyên bố mất khả năng thanh toán được áp dụng cho bên mất khả năng thanh toán sẽ là áp dụng cho việc thi hành khoản yêu cầu rỗng đến hạn của bên mất khả năng thanh toán. Trong trường hợp khoản rỗng đến hạn đó phải được trả cho bên mất khả năng thanh toán, thì khoản rỗng đó là tài sản của bên đang trong tình trạng mất khả năng thanh toán, và người tiến hành thủ tục mất khả năng thanh toán sẽ yêu cầu thu tài sản đó từ bên không mất khả năng thanh toán vì lợi ích của các chủ nợ còn lại, tuy nhiên, còn phụ thuộc vào bất kỳ quyền bù trừ nào mà bên không mất khả năng thanh toán có thể có.⁵⁴

(d) *Hạn chế quyền hạn của người tiến hành thủ tục mất khả năng thanh toán*

7.20 Mục 4(d) quy định rõ ràng rằng người tiến hành thủ tục mất khả năng thanh toán không được thực hiện bất kỳ quyền hạn “chọn cherry” nào theo cách thức gây cản trở cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn. Khi các điều khoản về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn đã được thực hiện và đưa ra một khoản rỗng, khoản tiền đó có thể là một khoản nợ đến hạn phải trả bởi bên mất khả năng thanh toán, mà sau đó được xử lý theo các quy tắc thông thường được áp dụng cho các khoản nợ mà bên mất khả năng thanh toán còn nợ, như được thảo luận tại đoạn 7.19. Hoặc khoản tiền đó có thể là một khoản nợ đến hạn phải trả cho bên mất khả năng thanh toán. Trong trường hợp đó khoản nợ đó sẽ được người tiến hành thủ tục mất khả năng thanh toán thu như là tài sản của bên đang trong tình trạng mất khả năng thanh toán, nhưng còn phụ thuộc vào bất kỳ quyền bù trừ nào mà bên không mất khả năng thanh toán có thể có.

(e) *Hạn chế của pháp luật về mất khả năng thanh toán cấm bù trừ*

7.21 Nhiều lãnh thổ tài phán hạn chế quyền của chủ nợ trong việc thực hiện quyền bù trừ hoặc quyền tương tự để cản trở hoặc bù trừ nghĩa vụ khi đã tiến hành thủ tục mất khả năng thanh toán. Mục 4(e) được dự kiến quy định rõ ràng rằng bất kỳ hạn chế nào như vậy không được áp dụng để hạn chế việc xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng theo thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng thuộc phạm vi các quy định pháp luật dựa theo Luật XĐNVTTTRM 2018. Điều này củng cố quy tắc chung trong mục 4(a).

⁵⁴ Chúng tôi đề cập ở đây bất kỳ hình thức bù trừ nào có thể được áp dụng sau khi thực hiện quy định xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước hạn, ví dụ như quyền bù trừ theo hợp đồng trong chính thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng, như được thảo luận tại đoạn 3.22, hoặc quyền bù trừ có thể thực hiện trên cơ sở khác, ví dụ như quyền bù trừ theo luật hoặc độc lập, quyền bù trừ theo lẽ công bằng hoặc theo giao dịch, quyền bù trừ theo luật định và các quyền bù trừ khác.

(f) *Ưu tiên và chuyển nhượng gian lận*

7.22 Mục 4(f) không được dự kiến là một trường hợp ngoại lệ chung cho thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng, thỏa thuận về tài sản bảo đảm có liên quan hay bất kỳ hợp đồng tài chính đủ điều kiện nào được ký kết theo thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng từ các quy tắc mất khả năng thanh toán thông thường được áp dụng cho đến các ưu tiên và chuyển nhượng gian lận. Điều này được dự kiến chỉ để làm rõ thực tế hiển nhiên là việc chuyển nhượng đã xảy ra hoặc nghĩa vụ đã phát sinh trong thời hạn nghi ngờ có liên quan không được ảnh hưởng đến khả năng thi hành của cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn. Phải thể hiện nhiều chi tiết hơn, cụ thể là, ý định trên thực tế về việc “cản trở, chậm trễ, hoặc lừa dối” bất kỳ chủ nợ hoặc các chủ nợ nào.

7.23 Để ví dụ: trong trường hợp (a) Hợp Đồng Chính ISDA được đưa ra và một số giao dịch được ký kết giữa hai bên trước thời hạn nghi ngờ có liên quan đối với một bên đã trở nên mất khả năng thanh toán và sau đó (b) Phụ Lục Hỗ Trợ Tín Dụng (Credit Support Annex) được đưa ra trong thời hạn nghi ngờ có liên quan, thì Phụ Lục Hỗ Trợ Tín Dụng đó có khả năng, là một ưu tiên hoặc chuyển nhượng gian lận, mặc dù chỉ trong trường hợp có bằng chứng rõ ràng và thuyết phục rằng ý định của bên mất khả năng thanh toán trong việc đồng ý ký kết vào Phụ Lục Hỗ Trợ Tín Dụng là, nhằm mục đích, lừa dối các chủ nợ khác của bên mất khả năng thanh toán.

7.24 Nguyên tắc chung là nếu thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng và bất kỳ thỏa thuận về tài sản bảo đảm có liên quan nào được ký kết trước thời hạn nghi ngờ, thì thực tế là việc có các chuyển nhượng diễn ra hoặc các nghĩa vụ phát sinh trong suốt thời hạn nghi ngờ theo cơ chế vận hành thông thường của thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng hoặc thỏa thuận về tài sản bảo đảm sẽ không dẫn đến việc áp dụng các quy tắc liên quan đến ưu tiên và chuyển nhượng gian lận. Một phần của bản chất của các thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng và thỏa thuận về tài sản bảo đảm có liên quan là có sự tiếp diễn của các chuyển nhượng và các nghĩa vụ, và điều này sẽ tiếp diễn đúng như thế trong thời gian ngay trước khi một bên tham gia vào thủ tục mất khả năng thanh toán. Chỉ có những chuyển nhượng hoặc nghĩa vụ cầu thả hoặc gian lận hoặc không công bằng mới nên bị điều chỉnh bởi các quy tắc về ưu tiên và chuyển nhượng gian lận. Đương nhiên là, nội dung này thường thuộc lĩnh vực chuyên môn của pháp luật về mất khả năng thanh toán, và ngôn ngữ được đưa ra tại mục 4(f) có thể cần được điều chỉnh phù hợp trong lãnh thổ tài phán cụ thể để đạt được mục tiêu chính sách được đề ra trong đoạn này.

(g) *Không có đình chỉ hoặc lệnh hoãn nợ*

7.25 Mục 4(g) quy định rõ ràng rằng bất kỳ việc đình chỉ, lệnh hoãn nợ hoặc lệnh nào khác có hiệu lực tương đương sẽ không được áp dụng để hạn chế hoặc trì hoãn việc vận dụng cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn theo thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng. Tuy nhiên, nội dung này không gây phương hại cho mục 4(j) trong trường hợp bên mất khả năng thanh toán là tổ chức tài chính bị tiến hành thủ tục kiểm soát đặc biệt (dù là do việc mất khả năng thanh toán của bên đó hoặc do bất kỳ lý do nào khác của việc kiểm soát đặc biệt theo luật liên quan quy định về kiểm soát đặc biệt). Quy định này thể hiện thực tế là việc mất khả năng thanh toán chấm dứt trước thời hạn ngay sau khi có sự

kiện vi phạm có thể dẫn đến các mức độ rủi ro thị trường và rủi ro tín dụng không thể chấp nhận được, có khả năng dẫn đến “hiệu ứng lây lan” mà trong đó bên mất khả năng thanh toán là một chủ thể trọng trong hệ thống và do đó có khả năng đe dọa đến sự ổn định của hệ thống tài chính.⁵⁵

(h) *Xử lý và thanh lý tài sản bảo đảm*

7.26 Mục 4(h) củng cố quy tắc chung liên quan cụ thể đến việc xử lý tài sản bảo đảm. Giá trị của tài sản bảo đảm tài chính về mặt tính chất là dễ biến động. Quan trọng là sau khi chấm dứt trước hạn các giao dịch theo thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng, bất kỳ thỏa thuận về tài sản bảo đảm có liên quan nào sẽ có thể được xử lý kịp thời để xác định rõ vị thế và tránh các tổn thất khác cho từng bên, chẳng hạn như, do sự mất giá của tài sản bảo đảm.

(i) *Phạm vi của quy định này*

7.27 Mục 4(i) chủ yếu điều chỉnh vấn đề được thảo luận trong lưu ý số 35, đôi khi được gọi là rủi ro “một con sâu làm rầu nồi canh”. Khoản (i) điều chỉnh vấn đề đó trong bối cảnh của thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng và khoản (ii) điều chỉnh vấn đề đó trong bối cảnh của thỏa thuận về tài sản bảo đảm. Nguyên tắc cơ bản là thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng hoặc thỏa thuận về tài sản bảo đảm phải tiếp tục áp dụng đối với bất kỳ hợp đồng tài chính đủ điều kiện nào, ngay cả khi các loại “thỏa thuận, hợp đồng hoặc giao dịch” khác mà không phải là hợp đồng tài chính đủ điều kiện đã được bao gồm trong các thỏa thuận theo hợp đồng.

7.28 Khoản (iii) của mục 4(i) củng cố tính chất thỏa thuận duy nhất của thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng, tính chất thường được nêu rõ ràng trong thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng, và trong phạm vi như vậy củng cố quy tắc chung tại mục 4(a) và quy tắc 4(d) chống “chọn cherry”.

7.29 Khoản (iv) của mục 4(i) điều chỉnh vấn đề xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng liên quan đến nhiều chi nhánh và chỉ nên được đưa vào nếu các quy định pháp luật dựa trên cơ sở Phần II Tùy chọn được ban hành.

(j) *Tổ chức tài chính bị tiến hành các thủ tục kiểm soát đặc biệt*

7.30 Mục 4(j) tạo hiệu lực cho việc bác bỏ một cách cần thiết, nhưng có giới hạn, đối với các quyền chấm dứt trước hạn theo thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng được dự kiến trong *Các Đặc Điểm Chính theo FSB* và được thực hiện theo các chế độ kiểm soát đặc biệt khác nhau mà đã được đưa ra hoặc sửa đổi và cập nhật trong các năm gần đây xét đến *Các Đặc Điểm Chính Theo FSB*. Cần thiết phải bao gồm các dẫn chiếu chính xác đến các quy định có liên quan của luật kiểm soát đặc biệt. Quan trọng là các dẫn chiếu đó phải được soạn thảo một cách cẩn thận và được giới hạn như phần in nghiêng trong mục 4(j) của Luật XĐNVTTTRM 2018.

⁵⁵ Nội dung này được FSB xác nhận trong *Các Đặc Điểm Chính theo FSB* và được thể hiện trong quy tắc quy định bất kỳ việc đình chỉ tạm thời đối với quyền chấm dứt trước hạn nào theo chế độ kiểm soát đặc biệt cần được giới hạn trong hai ngày làm việc, như được lưu ý tại đoạn 1.9 của Hướng Dẫn này.

Phần II Tùy chọn (Xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến nhiều chi nhánh): mục 1 (Định nghĩa bổ sung)

- 7.31 Mục 1 của Phần II Tùy chọn đưa ra các định nghĩa chỉ được sử dụng trong Phần II Tùy chọn. Các định nghĩa này được bổ sung vào các định nghĩa được quy định tại mục 1 của Phần I, được áp dụng đối với cả hai phần của Luật XĐNVTTTRM 2018. Như được lưu ý tại phần 5 của Hướng dẫn này, các quy định của Phần II Tùy chọn được dựa trên các quy định đã được ban hành thành công tại Bang New York, Hoa Kỳ, nơi luật ngân hàng New York liên quan đến chi nhánh tại New York của ngân hàng nước ngoài là đối tượng của việc lập hàng rào khoanh vùng đối với các tài sản tại địa phương vì lợi ích của các chủ nợ của chi nhánh tại New York.
- 7.32 Phần II Tùy chọn điều chỉnh tình huống mà theo đó bên mất khả năng thanh toán là chi nhánh hoặc người đại diện sở tại của một bên nước ngoài có nhiều chi nhánh. Nội dung này được áp dụng khi chi nhánh sở tại là đối tượng điều chỉnh của thủ tục mất khả năng thanh toán ở nước sở tại, ngay cả trong trường hợp bên nước ngoài về tổng thể không đang là đối tượng trong thủ tục mất khả năng thanh toán tại lãnh thổ tài phán nơi bên nước ngoài đó thành lập hay ở bất kỳ nơi nào khác. Nội dung này được thể hiện trong định nghĩa của “chi nhánh sở tại mất khả năng thanh toán”.
- 7.33 Các định nghĩa chính bao gồm “nghĩa vụ thanh toán ròng toàn cầu”, “nghĩa vụ thanh toán ròng sở tại”, “quyền thanh toán ròng toàn cầu” và “quyền thanh toán ròng sở tại”:
- (a) *Nghĩa vụ thanh toán ròng toàn cầu* là số tiền ròng đến hạn theo thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến nhiều chi nhánh được xem xét tổng thể trong trường hợp bên nước ngoài có nhiều chi nhánh phải trả trên cơ sở ròng. Thông thường, số tiền này sẽ phải được bên nước ngoài có nhiều chi nhánh thanh toán cho bên không mất khả năng thanh toán. Đây là nghĩa vụ phát sinh theo điều khoản về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn của thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến nhiều chi nhánh và thông thường sẽ không được phân bổ cụ thể là trách nhiệm của bất kỳ chi nhánh nào, bao gồm chi nhánh sở tại mất khả năng thanh toán. Thay vào đó, đây là nghĩa vụ của bên nước ngoài có nhiều chi nhánh nói chung, và khi việc chấm dứt trước thời hạn đã diễn ra, các bên ngầm định rằng cơ bản là phải được thanh toán bởi trụ sở của bên nước ngoài có nhiều chi nhánh. Việc điều đó có đúng hay không trong một trường hợp cụ thể sẽ phụ thuộc vào việc giải thích đúng đắn thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ liên quan đến nhiều chi nhánh.
 - (b) *Nghĩa vụ thanh toán ròng sở tại* là số tiền bên nước ngoài có nhiều chi nhánh sẽ phải nợ bên không mất khả năng thanh toán trong trường hợp các giao dịch giữa bên nước ngoài có nhiều chi nhánh và bên không mất khả năng thanh toán chỉ bao gồm các giao dịch đã được ký kết thông qua chi nhánh sở tại mất khả năng thanh toán. Thông thường, số tiền này là một số tiền trên lý thuyết,⁵⁶ nhưng cần phải xác định số tiền này để có thể vận dụng các quy định của mục 2(a).

⁵⁶ Sẽ chỉ là trên lý thuyết trừ khi các giao dịch giữa các bên chỉ là các giao dịch giữa bên không mất khả năng thanh toán và chi nhánh sở tại mất khả năng thanh toán. Tuy nhiên, ngay cả trong trường hợp đó, thông

- (c) *Quyền thanh toán vòng toàn cầu* là số tiền vòng đến hạn theo thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán vòng liên quan đến nhiều chi nhánh được xem xét tổng thể trong trường hợp bên không mất khả năng thanh toán phải trả trên cơ sở vòng. Thông thường, số tiền này sẽ phải được bên không mất khả năng thanh toán thanh toán cho bên nước ngoài có nhiều chi nhánh hoặc, trong trường hợp bên nước ngoài có nhiều chi nhánh đang thực hiện thủ tục tuyên bố mất khả năng thanh toán tại lãnh thổ tài phán nơi bên nước ngoài có nhiều chi nhánh đó thành lập, thì thanh toán cho người tiến hành thủ tục mất khả năng thanh toán tại lãnh thổ tài phán nơi bên nước ngoài có nhiều chi nhánh đó thành lập. Đây là quyền của bên nước ngoài có nhiều chi nhánh phát sinh theo điều khoản về xác định nghĩa vụ thanh toán vòng khi chấm dứt trước thời hạn của thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán vòng liên quan đến nhiều chi nhánh và thông thường sẽ không được phân bổ cụ thể là quyền của bất kỳ chi nhánh nào, bao gồm chi nhánh sở tại mất khả năng thanh toán. Thay vào đó, đây sẽ là quyền của bên nước ngoài có nhiều chi nhánh nói chung, và khi việc chấm dứt trước hạn đã diễn ra, các bên ngầm định cơ bản là phải được thanh toán cho trụ sở của bên nước ngoài có nhiều chi nhánh hoặc cho người tiến hành thủ tục mất khả năng thanh toán tại lãnh thổ tài phán nơi bên nước ngoài có nhiều chi nhánh đó thành lập. Việc điều đó có đúng hay không trong một trường hợp cụ thể sẽ phụ thuộc vào việc giải thích đúng đắn thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán vòng liên quan đến nhiều chi nhánh.
- (d) *Quyền thanh toán vòng sở tại* là số tiền bên không mất khả năng thanh toán sẽ phải nợ bên nước ngoài có nhiều chi nhánh trong trường hợp các giao dịch giữa bên nước ngoài có nhiều chi nhánh và bên không mất khả năng thanh toán chỉ bao gồm các giao dịch đã được ký kết thông qua chi nhánh sở tại mất khả năng thanh toán. Như trong trường hợp nghĩa vụ thanh toán vòng sở tại, thông thường, số tiền này là một số tiền trên lý thuyết,⁵⁷ nhưng cần phải xác định số tiền này để vận dụng các quy định của mục 2(a).

7.34 Trong từng mục 2(a) và 2(b) giá trị của bất kỳ tài sản bảo đảm nào được áp dụng để giải tỏa nghĩa vụ thanh toán vòng toàn cầu hoặc quyền thanh toán vòng toàn cầu, tùy từng trường hợp, cũng được tính đến, và một sự điều chỉnh thích hợp sẽ được thực hiện đối với số tiền được xem là⁵⁸ nợ hoặc nợ bởi chi nhánh sở tại mất khả năng thanh toán.

thường sẽ có một khoản tiền mà bên không mất khả năng thanh toán nợ bên nước ngoài có nhiều chi nhánh nói chung, thay vì nợ cụ thể một chi nhánh sở tại mất khả năng thanh toán, mặc dù việc này sẽ một lần nữa phụ thuộc vào việc giải thích đúng đắn của thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán vòng liên quan đến nhiều chi nhánh.

⁵⁷

Xem lưu ý số 56.

⁵⁸

Cụm từ “được xem là nợ” được sử dụng vì, như quy tắc chung, như đã được lưu ý, khi chấm dứt trước thời hạn đã diễn ra, việc các giao dịch đã được ghi vào sổ sách tại các chi nhánh riêng rẽ của bên nước ngoài có nhiều chi nhánh không còn là thông tin liên quan. Số tiền khi chấm dứt trước hạn, như một vấn đề liên quan đến hợp đồng, là nợ hoặc nợ bởi bên nước ngoài có nhiều chi nhánh nhìn chung, và vì vậy, theo ngầm định, là nợ hoặc nợ bởi trụ sở của bên nước ngoài có nhiều chi nhánh đó. Mặc dù vậy, một lần nữa, điều này còn phụ thuộc vào việc giải thích đúng đắn thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán vòng liên quan đến nhiều chi nhánh.

Phần II Tùy chọn (Xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến nhiều chi nhánh): mục 2 (Khả năng thi hành của thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến nhiều chi nhánh đối với chi nhánh sở tại mất khả năng thanh toán)

(a) *Giới hạn về quyền nhận thanh toán của bên không mất khả năng thanh toán.*

7.35 Mục 2(a)(i) giới hạn trách nhiệm của chi nhánh sở tại mất khả năng thanh toán trong trường hợp bên nước ngoài có nhiều chi nhánh phát sinh nghĩa vụ thanh toán ròng toàn cầu sau khi vận dụng điều khoản về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn của thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến nhiều chi nhánh. Chi nhánh sở tại mất khả năng thanh toán được xem là có trách nhiệm đối với số tiền thấp hơn giữa nghĩa vụ thanh toán ròng toàn cầu và nghĩa vụ thanh toán ròng sở tại (“**trách nhiệm có mức trần của chi nhánh sở tại**”)⁵⁹

7.36 Số tiền được giới hạn theo mục 2(a)(i) sau đó được giảm thêm theo mục 2(a)(ii) để tính đến:

(a) bất kỳ khoản thanh toán nào được thanh toán cho bên không mất khả năng thanh toán liên quan đến nghĩa vụ thanh toán ròng toàn cầu, nhưng chỉ trong các trường hợp mà khoản thanh toán đó đủ để chi trả cho trách nhiệm có mức trần của chi nhánh sở tại; và

(b) việc sử dụng tài sản bảo đảm theo bất kỳ thỏa thuận về tài sản bảo đảm có liên quan nào.

7.37 Liên quan đến điểm (a) đoạn 7.36 trên đây, khoản thanh toán được thanh toán cho bên mất khả năng thanh toán được tính bằng cách cộng số tiền của khoản thanh toán đó (A) với trách nhiệm có mức trần của chi nhánh sở tại (B) và sau đó so sánh tổng của A và B với nghĩa vụ thanh toán ròng toàn cầu (C). Nếu A cộng B lớn hơn C, thì trách nhiệm có mức trần của [chi nhánh] sở tại được giảm trừ đi khoản chênh lệch. Nếu A cộng B bằng hoặc nhỏ hơn C, thì không thực hiện giảm trừ.

(b) *Giới hạn về quyền nhận thanh toán của bên nước ngoài có nhiều chi nhánh*

7.38 Mục 2(b)(i) giới hạn trách nhiệm của bên không mất khả năng thanh toán trong các trường hợp bên không mất khả năng thanh toán phát sinh quyền thanh toán ròng toàn cầu sau khi vận dụng các điều khoản về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước hạn của thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến nhiều chi nhánh. Trách nhiệm của bên không mất khả năng thanh toán được giới hạn ở mức thấp hơn giữa quyền thanh toán ròng toàn cầu và quyền thanh toán ròng sở tại (“**quyền thanh toán có mức trần của chi nhánh sở tại**”). Mục đích của quy định này là nhằm bảo vệ bên không mất khả năng thanh toán khỏi sự bất công sẽ diễn ra nếu bên không mất khả năng thanh toán

⁵⁹ Trách nhiệm “được xem là” vì, như đã được lưu ý trước đây, thông thường đây sẽ là trường hợp mà theo thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến nhiều chi nhánh, trách nhiệm sẽ không được phân bổ cụ thể cho chi nhánh. Đây là trách nhiệm của bên nước ngoài có nhiều chi nhánh nói chung. Tuy nhiên, tại lãnh thổ tài phán tiến hành lập hàng rào khoanh vùng, có thể là, bất kể vị thế nghiêm ngặt của hợp đồng, trách nhiệm có mức trần của chi nhánh sở tại sẽ được tính là trách nhiệm của chi nhánh sở tại mất khả năng thanh toán.

phải thanh toán nhiều hơn quyền thanh toán ròng toàn cầu trong các trường hợp quyền thanh toán ròng sở tại vượt quá quyền thanh toán ròng toàn cầu.

7.39 Quyền thanh toán có mức trần của chi nhánh sở tại sau đó được giảm thêm theo mục 2(a)(ii) để tính đến:

- (a) bất kỳ khoản thanh toán nào được thực hiện bởi bên không mất khả năng thanh toán liên quan đến nghĩa vụ thanh toán ròng toàn cầu đối với bên nước ngoài có nhiều chi nhánh hoặc bất kỳ người tiến hành thủ tục mất khả năng thanh toán nào cho bên nước ngoài có nhiều chi nhánh, trong lãnh thổ tài phán sở tại, lãnh thổ tài phán nơi thành lập hoặc nơi nào khác, nhưng chỉ trong các trường hợp mà khoản thanh toán đó đủ để chi trả cho quyền thanh toán có mức trần của chi nhánh sở tại; và
- (b) việc sử dụng tài sản bảo đảm theo bất kỳ thỏa thuận về tài sản bảo đảm có liên quan nào.

7.40 Liên quan đến (a) trong đoạn 7.39 trên đây, khoản thanh toán do bên mất khả năng thanh toán được tính bằng cách cộng thêm số tiền của khoản thanh toán đó (A) vào quyền thanh toán có mức trần của chi nhánh sở tại (B) và sau đó so sánh tổng của A và B với quyền thanh toán ròng toàn cầu (C). Nếu A cộng B lớn hơn C, thì quyền thanh toán có mức trần của [chi nhánh] sở tại bị giảm theo khoản chênh lệch. Nếu A cộng B bằng hoặc nhỏ hơn C, thì không thực hiện giảm.

Phần II Tùy chọn (Xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến nhiều chi nhánh): mục 3 (Tài sản bảo đảm cho thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến nhiều chi nhánh)

7.41 Mục 3 trong Phần II của Luật XĐNVTTTRM 2018 đưa ra một biện pháp bảo vệ quan trọng cho bên không mất khả năng thanh toán, cung cấp sự chắc chắn về pháp lý rằng bên đó sẽ bị yêu cầu trả lại bất kỳ tài sản bảo đảm nào đang nắm giữ để làm bảo đảm cho các nghĩa vụ của bên nước ngoài có nhiều chi nhánh cho đến khi bên đó đã có cơ hội vận dụng các điều khoản về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn của thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến nhiều chi nhánh và sau đó sử dụng tài sản bảo đảm đó để giải trừ nghĩa vụ thanh toán ròng toàn cầu của bên nước ngoài có nhiều chi nhánh. Mục 3 nêu rõ rằng bên không mất khả năng thanh toán phải nhanh chóng trả lại bất kỳ tài sản bảo đảm dôi dư nào, cho dù việc trả lại đó sẽ thông thường được áp dụng trong bất kỳ sự kiện nào cả theo các điều khoản của hợp đồng điều chỉnh thỏa thuận về tài sản bảo đảm và theo pháp luật nội dung áp dụng đối với thỏa thuận về tài sản bảo đảm đó.

LUẬT XÁC ĐỊNH NGHĨA VỤ THANH TOÁN RÒNG MẪU 2018

[Phần I: Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Ròng]⁶⁰

1. Định nghĩa

Trong Luật này, các định nghĩa sau đây được áp dụng:

“Cơ Quan Có Thẩm Quyền” có nghĩa là *[điền tên của ngân hàng trung ương hoặc cơ quan có thẩm quyền trong lĩnh vực tài chính hữu quan khác của lãnh thổ tài phán]*;

“tiền mặt” có nghĩa là số tiền được ghi có vào tài khoản bằng bất kỳ đồng tiền nào, hoặc yêu cầu hoàn trả tiền tương tự, chẳng hạn như tiền ký quỹ trên thị trường tiền tệ;

“tài sản bảo đảm” có nghĩa là bất kỳ tài sản nào sau đây:

- (a) tiền mặt bằng bất kỳ đồng tiền nào;
- (b) chứng khoán thuộc bất kỳ loại nào, bao gồm nhưng không giới hạn ở, chứng khoán nợ và chứng khoán vốn; các quyền lợi đối với sukuk và quỹ;
- (c) bảo đảm, thư tín dụng và các nghĩa vụ bồi hoàn; và
- (d) bất kỳ tài sản nào thường được sử dụng làm tài sản bảo đảm tại *[điền tên của lãnh thổ tài phán]*;

“thỏa thuận về tài sản bảo đảm” có nghĩa là bất kỳ thỏa thuận về ký quỹ, tài sản bảo đảm hoặc biện pháp bảo đảm hoặc hình thức tăng cường tín dụng khác liên quan đến hoặc tạo thành một phần của thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng hay một hoặc nhiều hợp đồng tài chính đủ điều kiện mà thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng áp dụng, bao gồm nhưng không giới hạn ở:

- (a) cầm cố hoặc bất kỳ hình thức nào khác của quyền lợi bảo đảm đối với tài sản bảo đảm, cho dù có chiếm hữu hay không chiếm hữu;
- (b) thỏa thuận về tài sản bảo đảm có chuyển giao quyền sở hữu ; và
- (c) bất kỳ văn bản bảo lãnh, thư tín dụng hoặc nghĩa vụ hoàn trả nào của hoặc đối với một bên trong một hoặc nhiều hợp đồng tài chính đủ điều kiện, liên quan đến các hợp đồng tài chính đủ điều kiện đó; hoặc thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng;

“người tiến hành thủ tục mất khả năng thanh toán” có nghĩa là thanh lý viên, quản tài viên, người nhận ủy thác, người bảo hộ hoặc người hoặc tổ chức khác quản lý công việc của một bên bị mất khả năng thanh toán trong thủ tục mất khả năng thanh toán theo pháp luật của *[điền tên của lãnh thổ tài phán]*;

“thủ tục mất khả năng thanh toán” có nghĩa là bất kỳ thủ tục pháp lý tập thể nào, mà không phải là thủ tục kiểm soát đặc biệt, theo pháp luật của *[điền tên của lãnh thổ tài phán]* ảnh hưởng đến các yêu cầu của chủ nợ của bên mất khả năng thanh toán, bao gồm thủ tục thanh lý, giải thể, tổ chức lại, phục hồi, tiếp quản, chỉ định quản tài viên, người bảo hộ hoặc hình thức tương tự nào khác của các thủ tục pháp lý tập thể;⁶¹

⁶⁰ Tiêu đề của Phần này nên được bỏ nếu không đồng thời ban hành Phần II (Xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến nhiều chi nhánh).

⁶¹ Các quy định này tốt nhất là nên được điều chỉnh để dẫn chiếu đến các loại thủ tục mất khả năng thanh toán theo pháp luật sở tại. Các quy định này nên được soạn thảo với phạm vi rộng đủ để điều chỉnh tất cả các loại thủ tục

“bên mất khả năng thanh toán” là bên mà các thủ tục mất khả năng thanh toán theo pháp luật của [điền tên của lãnh thổ tài phán] đã được tiến hành liên quan đến bên đó;

“xác định nghĩa vụ thanh toán ròng” có nghĩa là việc vận dụng một bộ các quy định trong thỏa thuận giữa hai người mà:

- (a) có thể được bắt đầu bằng thông báo được một người đưa ra cho người kia khi xảy ra sự kiện vi phạm đối với bên kia hoặc sự kiện chấm dứt khác hoặc có thể, trong một số trường hợp nhất định, tự động diễn ra như được nêu cụ thể trong thỏa thuận đó; và
- (b) có kết quả như sau:
 - (i) chấm dứt, thanh lý và/hoặc thực hiện trước hạn bất kỳ quyền hoặc nghĩa vụ thanh toán hoặc giao nhận nào ở hiện tại hoặc trong tương lai phát sinh theo hoặc liên quan đến một hoặc nhiều hợp đồng tài chính đủ điều kiện mà thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng áp dụng;
 - (ii) tính toán hoặc dự toán giá trị khi chấm dứt trước thời hạn, giá trị thị trường, giá trị thanh lý hoặc giá trị thay thế liên quan đến từng quyền và nghĩa vụ hoặc nhóm các quyền và nghĩa vụ bị chấm dứt, thanh lý và/hoặc thực hiện trước hạn theo điểm (i) và việc chuyển đổi từng giá trị đó thành một đơn vị tiền tệ duy nhất; và
 - (iii) xác định số dư ròng của các giá trị được toán theo điểm (ii), cho dù là bằng cách vận dụng bù trừ hoặc bằng cách khác, dẫn đến phát sinh nghĩa vụ của một người trong việc thanh toán khoản tiền bằng với số dư ròng cho người kia;

“thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng” có nghĩa là một thỏa thuận giữa hai người quy định về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng, bao gồm nhưng không giới hạn ở:

- (a) thỏa thuận quy định về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng đối với các số tiền đến hạn theo hai hoặc nhiều thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng; và
- (b) thỏa thuận về tài sản bảo đảm liên quan đến hoặc tạo thành một phần của một thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng;

“bên không mất khả năng thanh toán” là bên mà không phải là bên mất khả năng thanh toán;

“bên” có nghĩa là người là một bên trong thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng;

“người” bao gồm [cá nhân], [hợp danh], [công ty], [tổ chức chịu sự quản lý chẳng hạn như một ngân hàng, công ty đầu tư, nhân viên giao dịch chứng khoán hoặc hàng hóa, công ty bảo hiểm hoặc quản lý đầu tư], [hoặc bất kỳ tổ chức có tư cách pháp nhân nào khác cho dù được thành lập theo pháp luật của [điền tên của lãnh thổ tài phán] hoặc theo pháp luật của bất kỳ lãnh thổ tài phán nào khác], [và bất kỳ đơn vị hoặc phòng ban chính trị nào của nhà nước ở cấp trung ương hoặc địa phương], [và bất kỳ ngân hàng phát triển quốc tế hoặc khu vực nào hoặc tổ chức quốc tế hoặc khu vực nào khác];

“hợp đồng tài chính đủ điều kiện” có nghĩa là bất kỳ thỏa thuận, hợp đồng hoặc giao dịch tài chính nào, bao gồm bất kỳ các điều khoản và điều kiện nào được đưa vào bằng cách dẫn chiếu trong bất kỳ thỏa thuận, hợp đồng hoặc giao dịch tài chính nào nêu trên, mà theo đó các nghĩa vụ thanh toán hoặc giao nhận đến hạn phải được thực hiện tại một thời điểm nhất định hoặc trong thời hạn nhất định và cho dù có phụ thuộc vào bất kỳ điều kiện hoặc sự kiện tiềm ẩn nào hay không, bao gồm nhưng không giới hạn ở:

- (a) hoán đổi tiền tệ, hoán đổi lãi suất chéo giữa hai đồng tiền hoặc hoán đổi lãi suất hoặc hoán đổi

mất khả năng thanh toán có thể có mà có thể được áp dụng đối với một bên mất khả năng thanh toán được thành lập trong lãnh thổ tài phán.

- tỷ suất lợi nhuận;
- (b) hoán đổi cơ sở;
 - (c) giao dịch ngoại hối giao ngay, tương lai, kỳ hạn hoặc giao dịch ngoại hối khác;
 - (d) giao dịch mức trần, giao dịch mức sàn, giao dịch kết hợp mức sàn và mức trần;
 - (e) hoán đổi hàng hóa;
 - (f) thỏa thuận tỷ giá kỳ hạn;
 - (g) thỏa thuận tiền tệ hoặc lãi suất tương lai;
 - (h) quyền chọn tiền tệ hoặc lãi suất;
 - (i) sản phẩm phái sinh chứng khoán vốn, chẳng hạn như hoán đổi chứng khoán vốn hoặc hoán đổi chỉ số giao dịch chứng khoán vốn, giao dịch chứng khoán vốn kỳ hạn, quyền chọn chứng khoán vốn hoặc quyền chọn chỉ số giao dịch chứng khoán vốn;
 - (j) sản phẩm phái sinh liên quan đến trái phiếu hoặc chứng khoán nợ khác hoặc chỉ số trái phiếu hoặc chứng khoán nợ, chẳng hạn như hoán đổi tổng lợi nhuận, hoán đổi chỉ số, giao dịch kỳ hạn, quyền chọn mua hoặc quyền chọn chỉ số;
 - (k) sản phẩm phái sinh tín dụng, chẳng hạn như hoán đổi rủi ro tín dụng, hoán đổi rủi ro tín dụng, hoán đổi tổng lợi nhuận hoặc quyền chọn rủi ro tín dụng;
 - (l) sản phẩm phái sinh năng lượng, chẳng hạn như sản phẩm phái sinh điện, sản phẩm phái sinh dầu, sản phẩm phái sinh than hoặc sản phẩm phái sinh khí đốt, bao gồm sản phẩm phái sinh về quyền truyền tải trên thực thể, quyền truyền tải về mặt tài chính hoặc công suất truyền tải;
 - (m) sản phẩm phái sinh thời tiết, chẳng hạn như hoán đổi thời tiết hoặc quyền chọn thời tiết;
 - (n) sản phẩm phái sinh băng thông;
 - (o) sản phẩm phái sinh hàng hóa vận chuyển;
 - (p) sản phẩm phái sinh phát thải, chẳng hạn như giao dịch quyền phát thải hoặc về cắt giảm phát thải;
 - (q) sản phẩm phái sinh thống kê kinh tế, chẳng hạn như phái sinh lạm phát;
 - (r) sản phẩm phái sinh chỉ số bất động sản;
 - (s) giao dịch chứng khoán hoặc hàng hóa giao ngay, tương lai, kỳ hạn hoặc giao dịch khác;
 - (t) hợp đồng chứng khoán, bao gồm cả khoản vay ký quỹ và thỏa thuận mua, bán, vay, cho vay chứng khoán, chẳng hạn như hợp đồng mua lại chứng khoán hoặc hợp đồng mua lại chứng khoán đảo ngược, hợp đồng cho vay chứng khoán hoặc hợp đồng mua/bán lại chứng khoán, bao gồm cả bất kỳ hợp đồng hoặc thỏa thuận nào liên quan đến các khoản vay thế chấp, quyền lợi trong các khoản vay thế chấp hoặc chứng khoán liên quan đến thế chấp;
 - (u) hợp đồng hàng hóa, bao gồm thỏa thuận mua, bán, vay, cho vay hàng hóa, chẳng hạn như hợp đồng mua lại hàng hóa hoặc hợp đồng mua lại hàng hóa đảo ngược, hợp đồng cho vay hàng hóa hoặc hợp đồng mua/bán lại hàng hóa;
 - (v) thỏa thuận về tài sản bảo đảm;
 - (w) thỏa thuận bù trừ hoặc thanh toán các giao dịch chứng khoán hoặc làm một trung tâm lưu ký chứng khoán;

- (x) bất kỳ thỏa thuận, hợp đồng hoặc giao dịch nào khác mà tương tự với bất kỳ thỏa thuận, hợp đồng hoặc giao dịch nào nêu tại đoạn (a) đến đoạn (w) đối với một hoặc nhiều hạng mục tham chiếu hoặc chỉ số liên quan đến, nhưng không giới hạn ở lãi suất, tiền tệ, hàng hóa, sản phẩm năng lượng, điện, chứng khoán vốn, lợi ích từ quỹ, thời tiết, trái phiếu và công cụ nợ khác, sukuk, kim loại quý, biện pháp định lượng gắn liền với một sự kiện, giới hạn của một sự kiện xảy ra hoặc sự kiện tiềm năng liên quan đến hậu quả tài chính, thương mại hoặc kinh tế, hoặc các chỉ số kinh tế hoặc tài chính hoặc các thước đo rủi ro hoặc giá trị kinh tế hoặc tài chính;
- (y) bất kỳ giao dịch hoán đổi, kỳ hạn, quyền chọn, hợp đồng về chênh lệch giá hoặc phái sinh khác liên quan đến, hoặc kết hợp, một hoặc nhiều thỏa thuận hoặc hợp đồng được nêu từ đoạn (a) đến đoạn (x);
- (z) một văn kiện, thỏa thuận hoặc giao dịch tương đương hoặc có hiệu quả kinh tế tương đương với một trong các văn kiện, hợp đồng hoặc giao dịch được nêu từ đoạn (a) đến đoạn (y) thông qua việc sử dụng murabaha, musawama hoặc wa'ad hoặc bất kỳ cấu trúc nào thường được sử dụng nhằm tạo nên các văn kiện, hợp đồng hoặc giao dịch tuân thủ Luật Hồi Giáo Shari'a; và
- (aa) bất kỳ thỏa thuận, hợp đồng hoặc giao dịch nào được Cơ Quan Có Thẩm Quyền chỉ định là một hợp đồng tài chính đủ điều kiện theo Luật này;

“thủ tục kiểm soát đặc biệt” có nghĩa là một chế độ theo luật định để phục hồi và kiểm soát đặc biệt một tổ chức tài chính sau khi có sự suy giảm đáng kể về tình trạng tài chính của tổ chức này, bao gồm bất kỳ biện pháp phòng ngừa nào được tiến hành hoặc các quyền hạn được thực hiện bởi cơ quan công quyền có thẩm quyền liên quan đến tổ chức tài chính theo chế độ luật định trước khi tổ chức tài chính chính thức bị kiểm soát đặc biệt và bao gồm nhưng không giới hạn ở bất kỳ thủ tục mất khả năng thanh toán nào liên quan đến tổ chức tài chính, hoặc toàn bộ hoặc một phần của công việc kinh doanh của tổ chức tài chính đó, sau khi tổ chức tài chính đó chính thức bị kiểm soát đặc biệt;

“thỏa thuận về tài sản bảo đảm có chuyển giao quyền sở hữu” có nghĩa là thỏa thuận về ký quỹ, tài sản bảo đảm hoặc biện pháp bảo đảm có liên quan đến thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng dựa trên việc chuyển quyền sở hữu tài sản bảo đảm, cho dù bằng cách bán dứt điểm toàn bộ hoặc bằng biện pháp bảo đảm, bao gồm nhưng không giới hạn ở, hợp đồng bán và mua lại, hợp đồng cho vay chứng khoán, hợp đồng mua/bán lại chứng khoán hoặc một cam kết không theo thông lệ.

2. **Quyền hạn của Cơ Quan Có Thẩm Quyền.** Cơ Quan Có Thẩm Quyền có thể, bằng thông báo đưa ra theo mục này, chỉ định bất kỳ thỏa thuận, hợp đồng hoặc giao dịch hoặc loại thỏa thuận, hợp đồng hoặc giao dịch nào, ngoài những thỏa thuận, hợp đồng hoặc giao dịch được liệt kê trong Luật này, là “hợp đồng tài chính đủ điều kiện”.

3. **Khả năng thi hành của một hợp đồng tài chính đủ điều kiện.**

(a) **Luật về trò chơi và cá cược.** Một hợp đồng tài chính đủ điều kiện sẽ không và được xem là sẽ không bao giờ bị vô hiệu hoặc không thể thi hành vì lý do [điền dẫn chiếu đến pháp luật được áp dụng] liên quan đến các trò chơi, tham gia trò chơi, đánh bạc, cá cược hoặc xổ số.

(b) **Hợp đồng tài chính đủ điều kiện được xem là tuân thủ Luật Hồi Giáo Shari'a từ khi được lập ra.** Nếu vào thời điểm người ký kết hợp đồng tài chính đủ điều kiện (hoặc bất kỳ thỏa thuận nào liên quan đến hợp đồng tài chính đủ điều kiện đó), người đó cam đoan hoặc thể hiện bằng cách khác với bên kia trong hợp đồng tài chính đủ điều kiện là người đó hài lòng rằng hợp đồng tài chính đủ điều kiện tuân thủ Luật Hồi Giáo Shari'a thì về sau người đó không được phủ nhận, từ bỏ, không thừa nhận hoặc từ chối, toàn bộ hoặc một phần, các nghĩa vụ của người đó theo hợp đồng tài chính đủ điều kiện trên với lý do là hợp đồng tài chính đủ điều kiện đó không còn tuân thủ Luật Hồi Giáo Shari'a do thay

đòi về cách diễn giải bất kỳ quy tắc hoặc nguyên tắc nào có liên quan của Luật Hồi Giáo Shari'a hoặc vì bất kỳ lý do nào khác.

4. **Khả năng thi hành của thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng.**

(a) **Quy tắc chung.** Các quy định của một thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng sẽ được thi hành theo các điều khoản của các quy định đó, bao gồm cả đối với bên mất khả năng thanh toán và, trong trường hợp được áp dụng, đối với bên bảo lãnh hoặc người khác cung cấp tài sản bảo đảm hoặc biện pháp bảo đảm cho bất kỳ nghĩa vụ nào của bên mất khả năng thanh toán và không thể bị đình chỉ, từ chối hoặc giới hạn dưới hình thức khác bởi bất kỳ hành động hoặc quyền hạn nào do người tiến hành thủ tục mất khả năng thanh toán thực hiện hoặc bởi bất kỳ quy định nào khác của pháp luật được áp dụng cho bên mất khả năng thanh toán với lý do là bên đó đang là đối tượng của thủ tục mất khả năng thanh toán.

(b) **Hạn chế về nghĩa vụ thực hiện thanh toán hoặc giao nhận.** Sau khi bắt đầu thủ tục mất khả năng thanh toán liên quan đến một bên thì nghĩa vụ duy nhất, nếu có, của một trong hai bên trong việc thực hiện thanh toán hoặc giao nhận theo thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến tất cả các quyền và nghĩa vụ bị chấm dứt, thanh lý hoặc thực hiện trước hạn căn cứ theo việc áp dụng xác định nghĩa vụ thanh toán ròng theo thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng đó sẽ là nghĩa vụ thanh toán một số tiền ròng cho bên kia như được xác định theo các điều khoản của thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng đó.

(c) **Hạn chế về quyền nhận thanh toán hoặc giao nhận.** Sau khi bắt đầu thủ tục mất khả năng thanh toán liên quan đến một bên thì quyền duy nhất, nếu có, của một trong hai bên trong việc nhận thanh toán hoặc giao nhận theo thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến tất cả các quyền và nghĩa vụ bị chấm dứt, thanh lý hoặc thực hiện trước hạn căn cứ theo việc áp dụng cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng theo thỏa thuận đó sẽ là quyền của bên đó trong việc nhận một số tiền ròng từ bên kia như được xác định theo các điều khoản của thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng đó.

(d) **Hạn chế về quyền hạn của người tiến hành thủ tục mất khả năng thanh toán.** Bất kỳ quyền hạn nào của người tiến hành thủ tục mất khả năng thanh toán trong việc thừa nhận hoặc phủ nhận các hợp đồng hoặc giao dịch riêng lẻ cũng sẽ không được làm ngăn cản việc chấm dứt, thanh lý và/hoặc thực hiện trước hạn tất cả các nghĩa vụ hoặc quyền thanh toán hoặc giao nhận theo một hoặc nhiều hợp đồng tài chính đủ điều kiện mà được thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng áp dụng, và sẽ áp dụng, nếu có, chỉ cho số tiền ròng đến hạn liên quan đến tất cả các hợp đồng tài chính đủ điều kiện theo các điều khoản của thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng đó.

(e) **Hạn chế đối với pháp luật về mất khả năng thanh toán cấm bù trừ.** Các quy định của thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng quy định về việc xác định số dư ròng của giá trị khi chấm dứt trước thời hạn, giá trị thị trường, giá trị thanh lý hoặc giá trị thay thế được tính toán liên quan đến các nghĩa vụ và quyền thanh toán và/hoặc giao nhận được thực hiện trước hạn hoặc được chấm dứt theo một hoặc nhiều hợp đồng tài chính đủ điều kiện mà thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng áp dụng sẽ không chịu ảnh hưởng của bất kỳ pháp luật về mất khả năng thanh toán nào được áp dụng khi mà nó hạn chế việc thực hiện quyền cản trừ, bù trừ hoặc xác định số dư ròng giữa các nghĩa vụ, khoản tiền thanh toán hoặc giá trị khi chấm dứt còn nợ giữa bên mất khả năng thanh toán và một bên khác.

(f) **Ưu tiên và chuyển nhượng gian lận.** Người tiến hành thủ tục mất khả năng thanh toán của một bên mất khả năng thanh toán không được từ chối:

- (i) bất kỳ chuyển nhượng, thay thế hoặc trao đổi tiền mặt, tài sản bảo đảm hoặc bất kỳ lợi ích nào khác theo hoặc liên quan đến thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng từ bên mất khả năng thanh toán cho bên không mất khả năng thanh toán; hoặc
- (ii) bất kỳ nghĩa vụ thanh toán hoặc giao nhận nào phát sinh bởi bên mất khả năng thanh toán và còn nợ bên không mất khả năng thanh toán theo hoặc liên quan đến thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng

với lý do việc đó tạo thành một [ưu tiên] [chuyển nhượng trong thời gian nghỉ ngơi] của bên mất khả năng thanh toán cho bên không mất khả năng thanh toán, trừ khi có bằng chứng rõ ràng và thuyết phục rằng bên mất khả năng thanh toán thực hiện chuyển nhượng, thay thế hoặc trao đổi nêu trên, hoặc phát sinh nghĩa vụ nêu trên có ý định thực sự là để cản trở, trì hoãn hoặc lừa dối bất kỳ tổ chức nào mà bên mất khả năng thanh toán nợ hoặc sẽ nợ, vào hoặc sau ngày chuyển giao đó được thực hiện hoặc nghĩa vụ đó đã phát sinh.

(g) Ưu tiên áp dụng. Sự đình chỉ, tạm ngừng, từ chối, tạm hoãn, hoặc những thủ tục hoặc lệnh tương tự, cho dù được ban hành hoặc đưa ra bởi tòa án, cơ quan hành chính, người tiến hành thủ tục mất khả năng thanh toán hoặc cơ quan khác, sẽ không được phép làm hạn chế hoặc trì hoãn việc áp dụng các thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi mà các thỏa thuận đó đáng lẽ ra phải có hiệu lực thi hành theo tiêu mục (a), (b) và (c) trong mục này của Luật này.

(h) Xử lý và thanh lý tài sản bảo đảm. Trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác, việc xử lý, chiếm giữ và/hoặc thanh lý tài sản bảo đảm theo một thỏa thuận về tài sản bảo đảm sẽ có hiệu lực hoặc được xảy ra mà bị yêu cầu là phải thông báo trước cho, hoặc nhận được đồng ý từ, bất kỳ bên, người hoặc tổ chức nào, với điều kiện là tiêu mục này không làm ảnh hưởng đến bất kỳ quy định pháp luật được áp dụng nào có yêu cầu việc xử lý, chiếm giữ và/hoặc thanh lý tài sản bảo đảm phải được tiến hành một cách hợp lý về mặt thương mại.

(i) Phạm vi của quy định này. Cho mục đích của mục này:

(i) Thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng sẽ được xem là một thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng dù là thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng đó có thể có các điều khoản liên quan đến những thỏa thuận, hợp đồng hoặc giao dịch không phải là hợp đồng tài chính đủ điều kiện theo mục 1 của [Phần này trong]⁶² Luật này, tuy nhiên, với điều kiện là, cho mục đích của mục này, thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng nêu trên được xem là một thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng chỉ đối với các thỏa thuận, hợp đồng hoặc giao dịch phù hợp với định nghĩa về “hợp đồng tài chính đủ điều kiện” trong mục 1 của [Phần này trong]⁶³ Luật này.

(ii) Thỏa thuận về tài sản bảo đảm sẽ được xem là một thỏa thuận về tài sản bảo đảm dù thỏa thuận về tài sản bảo đảm đó có thể có các điều khoản liên quan đến những thỏa thuận, hợp đồng hoặc giao dịch không phải là thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng cũng như không phải là hợp đồng tài chính đủ điều kiện ký kết dựa trên thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng theo mục 1 của [Phần này trong]⁶⁴ Luật này, tuy nhiên, với điều kiện là, cho mục đích của mục này, thỏa thuận về tài sản bảo đảm nêu trên được xem là một thỏa thuận về tài sản bảo đảm chỉ đối với các thỏa thuận, hợp đồng hoặc

⁶² Xóa nếu không ban hành Phần II tùy chọn của Luật này.

⁶³ Xóa nếu không ban hành Phần II tùy chọn của Luật này.

⁶⁴ Xóa nếu không ban hành Phần II tùy chọn của Luật này.

giao dịch phù hợp với định nghĩa về “thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng” hoặc “hợp đồng tài chính đủ điều kiện” trong mục 1 của [Phần này trong]⁶⁵ Luật này.

(iii) Thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng và tất cả các hợp đồng tài chính đủ điều kiện mà được thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng áp dụng sẽ tạo thành một thỏa thuận duy nhất.

(iv) Thuật ngữ “thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng” sẽ bao gồm thuật ngữ “thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến nhiều chi nhánh” (như được định nghĩa trong Phần II của Luật này), tuy nhiên, với điều kiện là trong một sự kiện mất khả năng thanh toán của chi nhánh hoặc người đại diện của một bên nước ngoài (như được định nghĩa trong Phần II của Luật này) tại [điền tên của lãnh thổ tài phán] thì khả năng thi hành của các điều khoản của thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến nhiều chi nhánh sẽ được xác định theo Phần II của Luật này.⁶⁶

(j) Tổ chức tài chính bị tiến hành thủ tục kiểm soát đặc biệt. Trong trường hợp bên mất khả năng thanh toán là một tổ chức tài chính bị tiến hành thủ tục kiểm soát đặc biệt [điền dẫn chiếu đến pháp luật có liên quan quy định về kiểm soát đặc biệt] (cho dù là vì tổ chức tài chính đó bị mất khả năng thanh toán hoặc vì bất kỳ lý do nào khác mà phải bị kiểm soát đặc biệt theo [điền dẫn chiếu đến pháp luật có liên quan quy định về kiểm soát đặc biệt]), các quy định của Luật này không làm ảnh hưởng đến việc vận dụng [điền dẫn chiếu đến các quy định pháp luật liên quan (i) quy định rằng một bên không được chấm dứt giao dịch với tổ chức tài chính bị kiểm soát đặc biệt chỉ vì lý do tổ chức tài chính bị kiểm soát đặc biệt hoặc vì cơ quan hữu quan về kiểm soát đặc biệt thực hiện biện pháp hoặc quyền hạn kiểm soát đặc biệt và (ii) quy định thời hạn đình chỉ tạm thời không quá 48 giờ phù hợp với Các Đặc Điểm Chính theo FSB], trong mọi trường hợp chịu sự điều chỉnh của các biện pháp bảo vệ đối với các thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng và các thỏa thuận về tài sản bảo đảm quy định tại [điền dẫn chiếu đến các quy định pháp luật có liên quan quy định về các biện pháp bảo vệ đối với cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn và các thỏa thuận về tài sản bảo đảm trong pháp luật có liên quan về biện pháp kiểm soát đặc biệt].

Tùy chọn:⁶⁷

Phần II: Xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến nhiều chi nhánh

1. Các định nghĩa bổ sung

Cho các mục đích của Phần II này của Luật này, ngoài các định nghĩa tại mục 1 của Phần I của Luật này, các định nghĩa sau đây được áp dụng:

“người tiến hành thủ tục mất khả năng thanh toán nước ngoài” có nghĩa là người tiến hành thủ tục mất khả năng thanh toán cho một bên nước ngoài có nhiều chi nhánh theo thủ tục mất khả năng thanh toán tại quốc gia mà bên đó được tổ chức hoặc thành lập hoặc tại bất kỳ quốc gia nào khác;

“bên nước ngoài có nhiều chi nhánh” là người không được tổ chức hoặc thành lập tại [điền tên của lãnh thổ tài phán] và đã ký kết một hoặc nhiều hợp đồng tài chính đủ điều kiện theo thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng thông qua chi nhánh hoặc người đại diện của người đó tại [điền tên của

⁶⁵ Xóa nếu không ban hành Phần II tùy chọn của Luật này.

⁶⁶ Xóa nếu không ban hành Phần II tùy chọn của Luật này.

⁶⁷ Phần II của Luật Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Ròng Mẫu là tùy chọn. Xem phần 5 của Hướng Dẫn này, cụ thể là đoạn 5.4.

lãnh thổ tài phán] và một hoặc nhiều hợp đồng tài chính đủ điều kiện thông qua trụ sở hoặc văn phòng chính của người đó ở quốc gia mà người đó được tổ chức hoặc thành lập;

“nghĩa vụ thanh toán ròng toàn cầu” có nghĩa là toàn bộ số tiền, nếu có, mà bên nước ngoài có nhiều chi nhánh nợ bên không mất khả năng thanh toán sau khi áp dụng các điều khoản về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng của một thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến nhiều chi nhánh đối với tất cả những hợp đồng tài chính đủ điều kiện cần phải được xác định nghĩa vụ thanh toán ròng theo thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến nhiều chi nhánh nêu trên;

“quyền thanh toán ròng toàn cầu” có nghĩa là toàn bộ số tiền, nếu có, mà bên không mất khả năng thanh toán nợ toàn bộ bên nước ngoài có nhiều chi nhánh sau khi áp dụng các điều khoản về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng của một thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến nhiều chi nhánh đối với tất cả những hợp đồng tài chính đủ điều kiện cần phải được xác định nghĩa vụ thanh toán ròng theo thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến nhiều chi nhánh nêu trên;

“chi nhánh sở tại mất khả năng thanh toán” có nghĩa là chi nhánh hoặc người đại diện tại [*điền tên của lãnh thổ tài phán*] của một bên nước ngoài có nhiều chi nhánh là đối tượng của thủ tục mất khả năng thanh toán tại [*điền tên của lãnh thổ tài phán*], bất kể bên nước ngoài có nhiều chi nhánh đó có phải là đối tượng của thủ tục mất khả năng thanh toán tại quốc gia mà bên đó được tổ chức hoặc thành lập hoặc tại bất kỳ quốc gia nào khác hay không;

“người tiến hành thủ tục mất khả năng thanh toán sở tại” có nghĩa là người tiến hành thủ tục mất khả năng thanh toán cho chi nhánh sở tại mất khả năng thanh toán theo thủ tục mất khả năng thanh toán tại [*điền tên của lãnh thổ tài phán*];

“nghĩa vụ thanh toán ròng sở tại” có nghĩa là số tiền, nếu có, mà bên nước ngoài có nhiều chi nhánh sẽ nợ bên không mất khả năng thanh toán sau khi xác định nghĩa vụ thanh toán ròng chỉ đối với những hợp đồng tài chính đủ điều kiện mà bên không mất khả năng thanh toán ký với chi nhánh sở tại mất khả năng thanh toán theo thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến nhiều chi nhánh;

“quyền thanh toán ròng sở tại” có nghĩa là số tiền, nếu có, mà bên không mất khả năng thanh toán sẽ nợ bên nước ngoài có nhiều chi nhánh sau khi xác định nghĩa vụ thanh toán ròng chỉ đối với những hợp đồng tài chính đủ điều kiện mà bên không mất khả năng thanh toán ký với chi nhánh sở tại mất khả năng thanh toán theo thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến nhiều chi nhánh.

“thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến nhiều chi nhánh” có nghĩa là một thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng giữa hai người mà trong đó ít nhất một người là bên nước ngoài có nhiều chi nhánh với một chi nhánh hoặc người đại diện tại [*điền tên của lãnh thổ tài phán*];

“bên” có nghĩa, cho mục đích này Phần II của Luật này, là người mà là một bên trong một thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến nhiều chi nhánh.

2. Khả năng thi hành của thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến nhiều chi nhánh đối với chi nhánh sở tại mất khả năng thanh toán.

(a) Giới hạn về quyền nhận thanh toán của bên không mất khả năng thanh toán.

(i) Trách nhiệm của chi nhánh sở tại mất khả năng thanh toán đối với bên không mất khả năng thanh toán theo một thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến nhiều chi nhánh sẽ được tính tại thời điểm chấm dứt của các hợp đồng tài chính đủ điều kiện được ký kết theo thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến nhiều chi nhánh đó phù hợp với các điều khoản của thỏa thuận đó và sẽ được giới hạn ở mức thấp hơn trong số các mức

sau đây:

- (A) nghĩa vụ thanh toán ròng toàn cầu; và
- (B) nghĩa vụ thanh toán ròng sở tại.

(ii) trách nhiệm của chi nhánh sở tại mất khả năng thanh toán theo điểm (i) sẽ được giảm, nhưng không được giảm xuống dưới 0, một khoản tiền bằng:

- (A) bất kỳ khoản tiền nào mà vì lý do nào đó đã được thanh toán cho hoặc nhận được bởi bên không mất khả năng thanh toán liên quan đến nghĩa vụ thanh toán ròng toàn cầu theo thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến nhiều chi nhánh mà, nếu được cộng thêm vào trách nhiệm của chi nhánh sở tại mất khả năng thanh toán theo điểm (i), sẽ vượt quá nghĩa vụ thanh toán ròng toàn cầu; và
- (B) giá trị thị trường hợp lý, hoặc bất kỳ số tiền thu được nào, của tài sản bảo đảm dùng để bảo đảm hoặc hỗ trợ cho các nghĩa vụ của bên nước ngoài có nhiều chi nhánh theo thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến nhiều chi nhánh và đã được bên không mất khả năng thanh toán sử dụng để đáp ứng các nghĩa vụ của bên nước ngoài có nhiều chi nhánh theo thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến nhiều chi nhánh.

(b) Giới hạn về quyền nhận thanh toán của bên nước ngoài có nhiều chi nhánh.

(i) Trách nhiệm của bên không mất khả năng thanh toán đối với chi nhánh sở tại mất khả năng thanh toán theo một thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến nhiều chi nhánh sẽ được tính tại thời điểm chấm dứt của các hợp đồng tài chính đủ điều kiện được ký kết theo thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến nhiều chi nhánh đó phù hợp với các điều khoản của thỏa thuận đó và sẽ được giới hạn ở mức thấp hơn trong số các mức sau đây:

- (A) quyền thanh toán ròng toàn cầu; và
- (B) quyền thanh toán ròng sở tại.

(ii) trách nhiệm của bên không mất khả năng thanh toán theo điểm (i) sẽ được giảm, nhưng không được giảm xuống dưới 0, một khoản tiền bằng:

- (A) bất kỳ khoản tiền nào mà vì lý do nào đó đã được thanh toán cho hoặc nhận được bởi:
 - (1) người tiến hành thủ tục mất khả năng thanh toán sở tại thay mặt cho chi nhánh sở tại mất khả năng thanh toán; và/hoặc
 - (2) bất kỳ người tiến hành thủ tục mất khả năng thanh toán nước ngoài nào thay mặt cho bên nước ngoài có nhiều chi nhánh

liên quan đến quyền thanh toán ròng toàn cầu theo thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến nhiều chi nhánh mà, nếu được cộng thêm vào trách nhiệm của bên không mất khả năng thanh toán theo điểm (i), sẽ vượt quá quyền thanh toán ròng toàn cầu; và

- (B) một khoản tiền bằng giá trị thị trường hợp lý, hoặc bất kỳ số tiền thu được nào, của tài sản bảo đảm dùng để bảo đảm hoặc hỗ trợ cho các nghĩa vụ của bên không mất khả năng thanh toán theo thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến nhiều chi nhánh và đã được bên nước ngoài có nhiều chi nhánh hoặc bất kỳ người tiến hành thủ tục mất khả năng thanh toán nào hành động thay mặt bên nước

ngoài có nhiều chi nhánh sử dụng để đáp ứng các nghĩa vụ của bên không mất khả năng thanh toán theo thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến nhiều chi nhánh đối với bên nước ngoài có nhiều chi nhánh.

3. **Tài sản bảo đảm cho thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến nhiều chi nhánh.** Nếu bên không mất khả năng thanh toán trong thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến nhiều chi nhánh đã nhận tài sản bảo đảm theo một thỏa thuận về tài sản bảo đảm để bảo đảm hoặc hỗ trợ cho các nghĩa vụ của bên nước ngoài có nhiều chi nhánh theo thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến nhiều chi nhánh, thì bên không mất khả năng thanh toán có thể giữ lại tài sản bảo đảm nêu trên và sử dụng tài sản bảo đảm đó để đáp ứng nghĩa vụ của bên nước ngoài có nhiều chi nhánh liên quan đến nghĩa vụ thanh toán ròng toàn cầu. Sau khi sử dụng như nêu trên, bên không mất khả năng thanh toán phải nhanh chóng trả lại bất kỳ tài sản bảo đảm dư thừa nào cho bên nước ngoài có nhiều chi nhánh.

CÁC NGUYÊN TẮC UNIDROIT VỀ VIỆC VẬN DỤNG CÁC ĐIỀU KHOẢN VỀ XÁC ĐỊNH NGHĨA VỤ THANH TOÁN RÒNG KHI CHẤM DỨT TRƯỚC THỜI HẠN NĂM 2013

Toàn bộ văn bản của các Nguyên Tắc UNIDROIT về Việc Vận dụng các điều khoản về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn năm 2013 bao gồm cả các quy tắc [về luật] cơ bản (được sao chép lại dưới đây với sự cho phép của UNIDROIT) và các Bình Luận kèm theo. Toàn bộ văn bản được đăng tải trên trang web của UNIDROIT theo địa chỉ:

<https://www.unidroit.org/english/principles/netting/netting-principles2013-e.pdf>

NGUYÊN TẮC 1

Phạm vi của các Nguyên Tắc

- (1) Những Nguyên Tắc này điều chỉnh việc vận dụng các điều khoản về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn được giao kết bởi các bên đủ điều kiện đối với các nghĩa vụ đủ điều kiện.
- (2) Trừ khi được xác định rõ ràng khác đi trong những Nguyên Tắc này, thuật ngữ ‘vận dụng’ bao gồm sự tạo lập, hiệu lực, khả năng thi hành, giá trị pháp lý chống lại các bên thứ ba và khả năng chấp nhận làm chứng cứ của điều khoản về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn.

NGUYÊN TẮC 2

Định nghĩa của ‘điều khoản về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn’

‘Điều khoản về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn’ có nghĩa là điều khoản hợp đồng mà trên cơ sở của điều khoản hợp đồng đó, sau khi xảy ra sự kiện được định nghĩa trước trong điều khoản đó liên quan đến một bên trong hợp đồng, các nghĩa vụ của các bên đối với nhau được điều chỉnh bởi điều khoản đó, bất kể là vào thời điểm đó các nghĩa vụ có đến hạn và phải thanh toán hay không, được tự động hoặc theo sự lựa chọn của một trong các bên được giảm xuống thành hoặc được thay thế bằng nghĩa vụ thanh toán ròng duy nhất, bất kể bằng cách thay mới, chấm dứt hoặc bằng cách khác, đại diện cho tổng giá trị của các nghĩa vụ kết hợp mà sau đó đến hạn và phải thanh toán bởi một bên cho bên còn lại.

NGUYÊN TẮC 3

Định nghĩa của ‘bên đủ điều kiện’ và các khái niệm liên quan

- (1) ‘Bên đủ điều kiện’ có nghĩa là bất kỳ người hoặc tổ chức nào ngoại trừ thể nhân đang hành động chủ yếu cho mục đích cá nhân, gia đình hoặc hộ gia đình, và bao gồm hợp danh, tổ chức không có tư cách pháp nhân hoặc nhóm người khác.
- (2) ‘Thành viên tham gia thị trường tài chính đủ tiêu chuẩn’ có nghĩa là bất kỳ chủ thể nào sau đây:
 - (a) ngân hàng, công ty đầu tư, nhà tạo lập thị trường chuyên nghiệp của các công cụ tài chính hoặc tổ chức tài chính khác (trong từng trường hợp) phải chịu quản lý hoặc sự giám sát về mặt bảo đảm an toàn;
 - (b) công ty bảo hiểm hoặc tái bảo hiểm;
 - (c) chương trình đầu tư tập thể hoặc quỹ đầu tư;

(d) bên đối tác trung ương hoặc hệ thống thanh toán, bù trừ hoặc quyết toán, hoặc bên vận hành hệ thống đó (trong từng trường hợp) phải chịu tuân thủ theo quy định, sự theo dõi hoặc sự giám sát về mặt đảm bảo an toàn;

(e) công ty hoặc tổ chức khác mà theo tiêu chí do Nhà Nước hữu quan quyết định, được ủy quyền hoặc chịu giám sát với tư cách là một thành viên quan trọng tham gia thị trường của Nhà Nước hữu quan đối với các hợp đồng làm phát sinh các nghĩa vụ đủ điều kiện.

(3) ‘Cơ quan công quyền’ có nghĩa là bất kỳ cơ quan nào sau đây:

(a) tổ chức chính phủ hoặc tổ chức công khác;

(b) ngân hàng trung ương;

(c) Ngân Hàng Thanh Toán Quốc Tế, ngân hàng phát triển đa phương, Quỹ Tiền Tệ Quốc Tế hoặc một tổ chức nào tương tự.

NGUYÊN TẮC 4

Định nghĩa của ‘nghĩa vụ đủ điều kiện’

(1) ‘Nghĩa vụ đủ điều kiện’ có nghĩa là:

(a) nghĩa vụ phát sinh theo hợp đồng thuộc bất kỳ loại nào sau đây giữa các bên đủ điều kiện mà có ít nhất một bên trong đó là cơ quan công quyền hoặc thành viên tham gia thị trường tài chính đủ tiêu chuẩn:

(i) Các công cụ phái sinh, cụ thể là các hợp đồng quyền chọn, hợp đồng kỳ hạn, hợp đồng tương lai, hợp đồng hoán đổi, hợp đồng về chênh lệch giá và bất kỳ giao dịch nào khác đối với tài sản gốc hoặc tài sản tham chiếu hoặc giá trị tham chiếu mà hiện là hoặc trong tương lai trở thành đối tượng của các hợp đồng định kỳ trong thị trường sản phẩm phái sinh;

(ii) Các thỏa thuận mua lại, thỏa thuận cho vay chứng khoán và các giao dịch tài trợ chứng khoán khác, trong từng trường hợp liên quan chứng khoán, các công cụ hoặc đơn vị của thị trường tiền tệ trong chương trình đầu tư tập thể hoặc quỹ đầu tư;

(iii) Các thỏa thuận về tài sản bảo đảm có chuyển giao quyền sở hữu liên quan đến các nghĩa vụ đủ điều kiện;

(iv) Hợp đồng mua, bán hoặc giao:

a. chứng khoán;

b. các công cụ của thị trường tiền tệ;

c. các đơn vị trong chương trình đầu tư tập thể hoặc quỹ đầu tư;

d. tiền tệ của bất kỳ quốc gia, lãnh thổ hoặc liên minh tiền tệ nào;

e. vàng, bạc, bạch kim, palladium hoặc các kim loại quý khác;

(b) nghĩa vụ của bên đủ điều kiện (bất kể là với tư cách bên bảo đảm hay là chính bên nợ) trong việc thực hiện nghĩa vụ của người khác mà nghĩa vụ đó là nghĩa vụ đủ điều kiện theo đoạn (a);

(c) nghĩa vụ thanh toán rỗng duy nhất được xác định theo điều khoản về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn được ký kết giữa các bên đó liên quan đến nghĩa vụ theo đoạn (a) hoặc (b).

(2) Nhà Nước hữu quan có thể lựa chọn mở rộng phạm vi của đoạn (1)(a) theo một trong hai hoặc cả hai cách sau đây:

(a) bằng cách quy định rằng đoạn đó áp dụng cho cả các nghĩa vụ phát sinh theo hợp đồng giữa các bên mà không bên nào là cơ quan công quyền hoặc thành viên tham gia thị trường tài chính đủ tiêu chuẩn;

(b) bằng cách quy định rằng đoạn đó áp dụng cho cả các nghĩa vụ không nằm trong giới hạn ở những nghĩa vụ được liệt kê trong đoạn (1);

trong bất kỳ trường hợp nào trong hai trường hợp nêu trên, vẫn phải chịu sự chi phối của của các giới hạn hoặc ngoại lệ mà Nhà Nước hữu quan có thể quy định.

NGUYÊN TẮC 5

Các hành vi chính thức và yêu cầu báo cáo

(1) Pháp luật của Nhà Nước hữu quan không nên khiến cho việc vận dụng điều khoản về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn bị lệ thuộc vào:

(a) việc chính thức thực hiện bất kỳ một hành vi nào ngoại trừ yêu cầu rằng điều khoản về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn phải được thể hiện bằng văn bản hoặc bằng bất kỳ hình thức nào tương đương về mặt pháp lý;

(b) việc sử dụng các điều khoản tiêu chuẩn của các hiệp hội thương mại cụ thể.

(2) Pháp luật của Nhà Nước hữu quan không nên khiến cho vận dụng điều khoản về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn và các nghĩa vụ được điều chỉnh bởi điều khoản đó bị lệ thuộc vào việc tuân thủ theo bất kỳ yêu cầu báo cáo dữ liệu nào liên quan đến những nghĩa vụ đó cho một tổ chức lưu trữ dữ liệu giao dịch hoặc tổ chức tương tự cho các mục đích quản lý theo luật định.

NGUYÊN TẮC 6

Vận dụng các điều khoản về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn nói chung

(1) Pháp luật của Nhà Nước hữu quan nên bảo đảm rằng điều khoản về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn có khả năng thi hành theo các quy định của điều khoản đó. Cụ thể, pháp luật của Nhà Nước hữu quan:

(a) không nên áp đặt các yêu cầu thi hành vượt ra ngoài những yêu cầu được nêu cụ thể trong chính điều khoản về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn;

(b) cần bảo đảm rằng, trường hợp có một hoặc nhiều nghĩa vụ được điều chỉnh bởi điều khoản về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn bị và tiếp tục bị vô hiệu, không thể thi hành hoặc không đủ điều kiện, thì việc vận dụng điều khoản về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn liên quan đến những nghĩa vụ được điều chỉnh mà vẫn có hiệu lực, khả năng thi hành, và đủ điều kiện sẽ không bị ảnh hưởng.

(2) Những Nguyên Tắc này không mang lại hiệu lực thi hành cho một điều khoản về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn hoặc một nghĩa vụ đủ điều kiện khi mà điều khoản đó có thể

không có hiệu lực thi hành toàn bộ hoặc một phần với lý do gian lận hoặc mâu thuẫn với các yêu cầu khác được áp dụng chung có ảnh hưởng đến hiệu lực hoặc khả năng thi hành của các hợp đồng.

NGUYÊN TẮC 7

Việc vận dụng các điều khoản về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn trong trường hợp mất khả năng thanh toán hoặc bị kiểm soát đặc biệt

(1) Còn phụ thuộc vào Nguyên Tắc 8 và bổ sung cho Nguyên Tắc 6, pháp luật của Nhà Nước hữu quan nên bảo đảm rằng sau khi bắt đầu thủ tục mất khả năng thanh toán hoặc trong trường hợp thực hiện chế độ kiểm soát đặc biệt liên quan đến một bên theo điều khoản về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn:

(a) việc vận dụng điều khoản về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn không bị đình chỉ;

(b) quản tài viên xử lý trường hợp mất khả năng thanh toán, tòa án hoặc cơ quan kiểm soát đặc biệt không nên được phép yêu cầu bên còn lại thực hiện bất kỳ nghĩa vụ nào được điều chỉnh bởi điều khoản về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn mà lại từ chối việc thực hiện bất kỳ nghĩa vụ nào đối với bên còn lại được điều chỉnh bởi điều khoản về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn;

(c) bản thân việc ký kết và vận dụng điều khoản về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn như nêu trên không nên cấu thành cơ sở để từ chối điều khoản về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn với lý do là không thống nhất với nguyên tắc đối xử công bằng giữa các chủ nợ;

(d) việc vận dụng điều khoản về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn, và việc bao gồm bất kỳ nghĩa vụ nào trong việc tính toán nghĩa vụ thanh toán rỗng duy nhất theo điều khoản về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn không nên bị hạn chế chỉ vì điều khoản về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn đã được ký kết, nghĩa vụ được bao gồm bởi quy định đó đã phát sinh hoặc nghĩa vụ thanh toán rỗng duy nhất theo điều khoản về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn trở nên đến hạn và phải thanh toán trong khoảng thời gian được quy định trước khi, hoặc vào cùng ngày nhưng trước khi bắt đầu thủ tục.

(2) Những Nguyên Tắc này không ảnh hưởng đến việc hạn chế một phần hoặc toàn bộ việc thực hiện điều khoản về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn theo pháp luật về mất khả năng thanh toán của Nhà Nước hữu quan với những lý do bao gồm các yếu tố không phải là, hoặc ngoài, những yếu tố được nhắc đến trong các đoạn (c) và (d) ở trên, ví dụ như việc biết là có thủ tục mất khả năng thanh toán đang chờ giải quyết vào thời điểm điều khoản về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn được ký kết hoặc nghĩa vụ đã phát sinh, thứ tự ưu tiên của các loại yêu cầu, hoặc việc từ chối giao dịch gian lận của các chủ nợ.

NGUYÊN TẮC 8

Kiểm soát đặc biệt các tổ chức tài chính

Những Nguyên Tắc này không làm ảnh hưởng đến việc đình chỉ hoặc bất kỳ biện pháp nào khác mà pháp luật của Nhà Nước hữu quan, còn phụ thuộc vào các biện pháp bảo vệ phù hợp, có thể quy định trong bối cảnh có chế độ kiểm soát đặc biệt đối với các tổ chức tài chính.

Ý KIẾN PHÁP LÝ CỦA ISDA VỀ XÁC ĐỊNH NGHĨA VỤ THANH TOÁN RÒNG VÀ TÀI SẢN BẢO ĐẢM

Bảng dưới đây liệt kê các ý kiến pháp lý về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng và tài sản bảo đảm mà ISDA đã nhận được từ luật sư tại các lãnh thổ tài phán được nêu bên dưới, tính đến ngày 25 tháng 9 năm 2018. Để xem thư viện danh sách cập nhật đầy đủ các ý kiến pháp lý của ISDA, [vui lòng] truy cập trang web của ISDA tại www.isda.org.⁶⁸

Lãnh thổ tài phán	Xác định nghĩa vụ thanh toán ròng	Tài sản bảo đảm
	<i>Ngày đưa ra ý kiến pháp lý gần nhất</i>	<i>Ngày đưa ra ý kiến pháp lý gần nhất</i>
Anguilla	ngày 06 tháng 3 năm 2018	ngày 06 tháng 3 năm 2018
Úc	ngày 28 tháng 02 năm 2017	ngày 08 tháng 8 năm 2017
Áo	ngày 03 tháng 5 năm 2017	ngày 20 tháng 4 năm 2018
Bahamas	ngày 12 tháng 12 năm 2016	ngày 03 tháng 4 năm 2017
Barbados	ngày 10 tháng 6 năm 2016	ngày 10 tháng 6 năm 2016
Bỉ	ngày 13 tháng 5 năm 2016	ngày 28 tháng 02 năm 2017
Bermuda	ngày 08 tháng 7 năm 2016	ngày 12 tháng 6 năm 2018
Brazil	ngày 23 tháng 10 năm 2017	ngày 23 tháng 10 năm 2017
Quần đảo Virgin thuộc Anh	ngày 06 tháng 3 năm 2018	ngày 06 tháng 3 năm 2018
Canada ⁶⁹	ngày 21 tháng 12 năm 2017	ngày 23 tháng 12 năm 2017, ⁷⁰ ngày 01 tháng 01 năm 2017 ⁷¹
Quần đảo Cayman	ngày 29 tháng 6 năm 2017	ngày 29 tháng 6 năm 2017
Chile	ngày 14 tháng 7 năm 2017	ngày 14 tháng 7 năm 2017
Colombia	ngày 14 tháng 12 năm 2017	ngày 14 tháng 12 năm 2017

⁶⁸ Đây là danh sách các ý kiến pháp lý về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng và tài sản bảo đảm. Thư viện ý kiến pháp lý đầy đủ của ISDA bao gồm các ý kiến pháp lý liên quan đến thanh toán bù trừ và ý kiến pháp lý khác không được bao gồm trong bảng này. Danh sách được cập nhật mới có trên trang web của ISDA tại liên kết sau đây: <https://www.isda.org/2017/10/02/opinions-overview/>. Xin lưu ý rằng chỉ các thành viên của ISDA mới truy cập được vào các ý kiến pháp lý này.

⁶⁹ Lãnh thổ tài phán liên bang, Ontario, Alberta, British Columbia và Quebec.

⁷⁰ Lãnh thổ tài phán liên bang, Ontario, Alberta và British Columbia

⁷¹ Quebec

Lãnh thổ tài phán	Xác định nghĩa vụ thanh toán ròng	Tài sản bảo đảm
	<i>Ngày đưa ra ý kiến pháp lý gần nhất</i>	<i>Ngày đưa ra ý kiến pháp lý gần nhất</i>
Curaçao, Aruba, St Maarten	ngày 12 tháng 12 năm 2016	<i>đang thực hiện</i>
Síp	ngày 06 tháng 8 năm 2018	ngày 29 tháng 5 năm 2017
Cộng hòa Séc	ngày 31 tháng 01 năm 2017	ngày 01 tháng 3 năm 2017
Đan Mạch	ngày 06 tháng 12 năm 2017	ngày 06 tháng 12 năm 2017
Anh và xứ Wales	ngày 23 tháng 6 năm 2017	ngày 10 tháng 10 năm 2017
Phần Lan	ngày 11 tháng 4 năm 2017	ngày 07 tháng 12 năm 2017
Pháp	ngày 28 tháng 6 năm 2018	ngày 13 tháng 7 năm 2017
Đức	ngày 01 tháng 9 năm 2017	ngày 01 tháng 9 năm 2017
Hy Lạp	ngày 22 tháng 02 năm 2018	ngày 27 tháng 3 năm 2018
Guernsey	ngày 07 tháng 12 năm 2017	ngày 26 tháng 7 năm 2018
Hong Kong	ngày 06 tháng 7 năm 2017	ngày 06 tháng 7 năm 2017
Hungary	ngày 06 tháng 7 năm 2018	ngày 28 tháng 5 năm 2018
Iceland	ngày 05 tháng 4 năm 2017	ngày 29 tháng 8 năm 2017
Ấn Độ	ngày 12 tháng 2 năm 2016	ngày 15 tháng 9 năm 2016
Indonesia	ngày 09 tháng 7 năm 2013	ngày 09 tháng 7 năm 2013
Ireland	ngày 28 tháng 6 năm 2018	ngày 10 tháng 4 năm 2017
Israel	ngày 15 tháng 5 năm 2018	ngày 13 tháng 6 năm 2016
Ý	ngày 18 tháng 01 năm 2018	ngày 18 tháng 01 năm 2018
Nhật Bản	ngày 16 tháng 10 năm 2017	ngày 01 tháng 9 năm 2017
Jersey	ngày 20 tháng 10 năm 2017	ngày 07 tháng 3 năm 2018
Liechtenstein	ngày 28 tháng 9 năm 2017	--
Lithuania	ngày 08 tháng 5 năm 2018	--
Luxembourg	ngày 09 tháng 3 năm 2017	ngày 14 tháng 5 năm 2018

Lãnh thổ tài phán	Xác định nghĩa vụ thanh toán ròng	Tài sản bảo đảm
	<i>Ngày đưa ra ý kiến pháp lý gần nhất</i>	<i>Ngày đưa ra ý kiến pháp lý gần nhất</i>
Malaysia	ngày 07 tháng 8 năm 2018	ngày 07 tháng 8 năm 2018
Malta	ngày 27 tháng 7 năm 2017	ngày 30 tháng 8 năm 2017
Mauritius	ngày 25 tháng 2 năm 2016	--
Mexico	ngày 03 tháng 11 năm 2017	ngày 03 tháng 11 năm 2017
Hà Lan	ngày 13 tháng 6 năm 2017	ngày 17 tháng 5 năm 2018
New Zealand	ngày 19 tháng 01 năm 2017	ngày 04 tháng 7 năm 2017
Na Uy	ngày 22 tháng 6 năm 2017	ngày 22 tháng 8 năm 2017
Peru	ngày 17 tháng 8 năm 2016	ngày 29 tháng 9 năm 2016
Philippines	ngày 28 tháng 3 năm 2016	ngày 28 tháng 3 năm 2016
Ba Lan	ngày 17 tháng 7 năm 2017	ngày 17 tháng 7 năm 2017
Bồ Đào Nha	ngày 14 tháng 6 năm 2017	ngày 13 tháng 11 năm 2017
Qatar ⁷²	ngày 08 tháng 7 năm 2018	--
Romania	ngày 18 tháng 7 năm 2018	ngày 31 tháng 7 năm 2018
Nga	ngày 17 tháng 7 năm 2018	--
Scotland	ngày 18 tháng 4 năm 2017	ngày 05 tháng 3 năm 2018
Singapore	ngày 07 tháng 8 năm 2017	ngày 07 tháng 8 năm 2017
Slovakia	ngày 24 tháng 7 năm 2018	--
Slovenia	ngày 09 tháng 8 năm 2018	<i>đang thực hiện</i>
Nam Phi	ngày 09 tháng 02 năm 2017	ngày 21 tháng 6 năm 2018
Hàn Quốc	ngày 28 tháng 11 năm 2017	ngày 28 tháng 11 năm 2017
Tây Ban Nha	ngày 08 tháng 6 năm 2017	ngày 15 tháng 02 năm 2018
Thụy Điển	ngày 03 tháng 5 năm 2017	ngày 30 tháng 8 năm 2017

⁷²

Chỉ có Trung tâm Tài chính Qatar

Lãnh thổ tài phán	Xác định nghĩa vụ thanh toán ròng	Tài sản bảo đảm
	<i>Ngày đưa ra ý kiến pháp lý gần nhất</i>	<i>Ngày đưa ra ý kiến pháp lý gần nhất</i>
Thụy Sĩ	ngày 31 tháng 5 năm 2017	ngày 12 tháng 4 năm 2018
Đài Loan	ngày 18 tháng 9 năm 2017	ngày 18 tháng 9 năm 2017
Thái Lan	ngày 12 tháng 12 năm 2017	ngày 12 tháng 12 năm 2017
Thổ Nhĩ Kỳ	ngày 04 tháng 12 năm 2017	ngày 04 tháng 12 năm 2017
Các Tiểu vương quốc Ả Rập Thống nhất	ngày 18 tháng 9 năm 2017, ⁷³ ngày 05 tháng 10 năm 2016 ⁷⁴	--
Hoa Kỳ ⁷⁵	ngày 01 tháng 3 năm 2018	ngày 01 tháng 3 năm 2018

⁷³ Khu vực tự do của Thị Trường Toàn Cầu Abu Dhabi (ADGM)

⁷⁴ Khu vực tự do của Trung Tâm Tài Chính Quốc Tế Dubai (DIFC)

⁷⁵ Pháp luật liên bang Hoa Kỳ và tiểu bang New York, ngoại trừ các công ty bảo hiểm Hoa Kỳ. Xem trang web của ISDA để biết thêm thông tin các ý kiến pháp lý về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến các công ty bảo hiểm Hoa Kỳ, mà các thủ tục mất khả năng thanh toán đối với các công ty bảo hiểm Hoa Kỳ đó được điều chỉnh bởi pháp luật tiểu bang thay vì pháp luật liên bang Hoa Kỳ.

TÌNH TRẠNG CỦA CÁC PHÁP LUẬT VỀ XÁC ĐỊNH NGHĨA VỤ THANH TOÁN RÒNG

Lời giới thiệu:

Trong bảng dưới đây, chúng tôi trình bày hiểu biết của ISDA về tình trạng hiện thời của các pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng tại từng lãnh thổ tài phán được liệt kê trong bảng dựa trên những thông tin mà ISDA có được tính đến ngày xuất bản Tài Liệu Hướng Dẫn này⁷⁶.

Trong mọi trường hợp, thông tin được trình bày trong bảng có độ chính xác theo phạm vi hiểu biết của ISDA. Tuy nhiên, những thông tin này chỉ được trình bày cho mục đích hướng dẫn chung và không nên được lấy làm căn cứ. Thay vào đó, nên tham khảo nguồn phù hợp tại quốc gia có liên quan, ví dụ như nguồn của chính phủ hoặc cố vấn pháp lý hoặc chuyên môn khác đủ năng lực thích hợp.

Nội dung cấu thành pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng thay đổi theo từng quốc gia, như đã được thảo luận ở những phần khác trong Tài Liệu Hướng Dẫn này. Tại một số quốc gia, nội dung đó là một đạo luật độc lập hoặc là một chương tách biệt của một đạo luật hoặc bộ luật [có phạm vi điều chỉnh] lớn hơn. Tại các quốc gia khác, nội dung đó là một tập hợp các bản sửa đổi của các đạo luật hoặc quy định của bộ luật hiện hành khác nhau điều chỉnh các vấn đề riêng biệt. Điều quan trọng cần ghi nhớ là phạm vi và tính chất của pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khác nhau theo từng lãnh thổ tài phán. Việc một quốc gia có pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng thường (nhưng không nhất thiết) có nghĩa là cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn có khả năng thi hành đối với bên đối tác trong nước với tiêu chuẩn cao về sự chắc chắn về mặt pháp lý cần thiết để công nhận cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn như là [cơ chế] giảm thiểu rủi ro cho mục đích của các quy tắc an toàn vốn. Trong từng trường hợp, cần thiết phải tham vấn luật sư nước sở tại để xác nhận phạm vi và mức độ khả năng thi hành của cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn đối với bên đối tác trong nước, thông thường là với hình thức của [văn bản] ý kiến pháp lý với đầy đủ lý luận.⁷⁷

Trường hợp ISDA có được tên của đạo luật bằng ngôn ngữ chính thức của lãnh thổ tài phán liên quan, chúng tôi dùng tên của đạo luật đó cùng với tên bằng tiếng Anh, nếu có, của đạo luật vừa nêu. Bản dịch là không chính thức, trừ khi được quy định khác đi. Nếu không có pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng hiện hành tại một quốc gia nhưng khung pháp lý của nước sở tại, ít nhất về một số khía cạnh nhất định, có lợi cho [cơ chế] xác định nghĩa vụ thanh toán ròng, thì nội dung đó sẽ được chú thích trong bảng cùng với thông tin liên quan được nêu ngắn gọn.⁷⁸ Các tham chiếu dưới đây đến các đạo luật là dẫn đến các đạo luật như được sửa

⁷⁶ Xem mặt trong trang bìa để biết ngày xuất bản Hướng Dẫn này. Trường hợp ISDA nhận được ý kiến pháp lý về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng từ luật sư nước sở tại tại một quốc gia cụ thể (xem Phụ Lục C), nội dung trình bày được rút ra từ ý kiến pháp lý về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng. Đối với một số quốc gia khác mà ISDA chưa nhận được ý kiến pháp lý về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng, ISDA đã nhận được thông tin cập nhật chưa chính thức trong nước từ luật sư nước sở tại về một số vấn đề pháp lý liên quan đến giao dịch sản phẩm phái sinh, bao gồm khả năng thi hành của [cơ chế] xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn. Do đó, với một số quốc gia, nội dung trình bày pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng được rút ra từ thông tin cập nhật chưa chính thức có liên quan. Trường hợp các quốc gia khác không có ý kiến pháp lý cũng như thông tin cập nhật chưa chính thức trong nước, ISDA đã nhận được thông tin liên quan đến pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng trong nước từ một hoặc nhiều nguồn phù hợp trong quốc gia đó.

Về phần này, xem Phụ Lục C.

⁷⁷ Lưu ý rằng tại một số quốc gia, cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn theo thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng có khả năng thi hành đầy đủ với mức độ chắc chắn cao về mặt pháp lý trên cơ sở các nguyên tắc chung mà không cần phải có quy định pháp luật đặc biệt. Thường thì sẽ là như vậy, ví dụ, tại Anh và xứ Wales và của Scotland. Việc Luật Ngân hàng năm 2009 đưa ra chế độ kiểm soát đặc biệt dành cho các ngân hàng và các hiệp hội nhà ở cho thấy rằng những quy định pháp luật nhất định về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng là cần thiết để bảo vệ khả năng thi hành của cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn đối với ngân hàng hoặc tổ chức tài chính khác là đối tượng kiểm soát đặc biệt.

đổi trong từng thời điểm và hiện tại đang có hiệu lực, dựa trên thông tin ISDA có được tính đến ngày xuất bản Tài Liệu Hướng Dẫn này.

Quốc gia	Tình trạng của pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng
Andorra	<i>Llei 8/2013, del 9 de maig, sobre els requisits organitzatius i les condicions de funcionament de les entitats operatives del sistema financer, la protecció de l'inversor, l'abús de mercat i els acords de garantia financera</i> (Luật 8/2013, ngày 09 tháng 5 quy định các yêu cầu về tổ chức và điều kiện vận hành của các tổ chức đang hoạt động thuộc hệ thống tài chính, biện pháp bảo vệ nhà đầu tư, lạm dụng thị trường và các thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng mang tính hợp đồng, các thỏa thuận về tài sản bảo đảm tài chính và các bảo lãnh tài chính).
Ăng gô la	Luật Xác định nghĩa vụ thanh toán ròng (Luật 15/2006), các Đạo Luật được sửa đổi của Ăng gô la, Chương N3, có hiệu lực vào ngày 19 tháng 10 năm 2006, được sửa đổi vào ngày 15 tháng 12 năm 2006.
Armenia	<p>Pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng tại Armenia được đưa ra theo hình thức là các bản sửa đổi của:</p> <p>(i) Luật Phá sản (Luật N 20-51-Ն của Cộng hòa Armenia về Phá sản ngày 25 tháng 12 năm 2006, được sửa đổi ngày 27 tháng 10 năm 2016) quy định khả năng thi hành của các thỏa thuận xác định nghĩa vụ thanh toán ròng phát sinh từ các giao dịch tài chính và các thỏa thuận về tài sản bảo đảm bất kể có lệnh tạm hoãn theo luật định hay quyền hạn của thanh lý viên trong việc hủy bỏ các giao dịch sau khi phá sản; và</p> <p>(ii) Luật Phá sản các tổ chức tín dụng (Luật N 20-262 của Cộng hòa Armenia về Phá sản ngân hàng, tổ chức tín dụng, công ty đầu tư, công ty quản lý quỹ đầu tư và các công ty bảo hiểm ngày 25 tháng 12 năm 2006, được sửa đổi ngày 27 tháng 10 năm 2016) quy định khả năng thi hành của các thỏa thuận xác định nghĩa vụ thanh toán ròng bất kể việc mở thủ tục tuyên bố phá sản của tổ chức tín dụng.</p> <p>Mặc dù đã có những biện pháp này, việc hủy bỏ các thỏa thuận có điều khoản xác định nghĩa vụ thanh toán ròng và thỏa thuận về tài sản bảo đảm và/hoặc các giao dịch tài chính phát sinh sau khi phá sản vẫn có thể xảy ra trong một số trường hợp hạn chế.</p>
Ăc hen ti na	Các mục 188-194 của Luật số 27.440 (“Luật Cấp vốn hiệu quả”), có hiệu lực vào ngày 19 tháng 5 năm 2018.
Úc	Phần 4 của Luật các Hệ thống thanh toán và xác định nghĩa vụ thanh toán ròng năm 1998, Số 83, năm 1998, được sửa đổi và có hiệu lực vào ngày 01 tháng 6 năm 2016.
Áo	(i) <i>Bundesgesetz über das Insolvenzverfahren (Insolvenzordnung) (Bộ luật Mật khả năng thanh toán) RGBL. Nr. 337/1914, được sửa đổi và có hiệu lực vào</i>

Đối với hầu hết, nếu không phải là tất cả, các loại pháp nhân khác, cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn tiếp tục có khả năng thi hành theo pháp luật Anh và xứ Wales và theo pháp luật Scotland mà không cần phải có pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng. Các lãnh thổ tài phán khác có cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn thông thường có khả năng thi hành mà không cần phải có pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng bao gồm Hong Kong, Hà Lan và Thổ Nhĩ Kỳ.

Quốc gia	Tình trạng của pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng
	<p>ngày 31 tháng 7 năm 2017;</p> <p>(ii) <i>Bundesgesetz über das Bankwesen (Bankwesengesetz)</i> (Luật Ngân hàng) BGBI. Nr. 532/1993, được sửa đổi và có hiệu lực vào ngày 24 tháng 4 năm 2018;</p> <p>(iii) <i>Abschnitt 9 des Bundesgesetz über Sicherheiten auf den Finanzmärkten (Finanzsicherheiten-Gesetz)</i> (Mục 9 của Luật thỏa thuận về tài sản bảo đảm tài chính), được sửa đổi và có hiệu lực vào ngày 20 tháng 02 năm 2015</p> <p>(iv) <i>Abschnitt 91 des Bundesgesetz über Investmentfonds (Investmentfondsgesetz 2011)</i> (Luật các Quỹ đầu tư năm 2011), được sửa đổi và có hiệu lực vào ngày 14 tháng 6 năm 2018; và</p> <p>(v) <i>Bundesgesetz über die Sanierung und Abwicklung von Banken (Sanierungs- und Abwicklungsgesetz)</i> (Luật Kiểm soát đặc biệt và phục hồi ngân hàng), BGBI. I Nr. 98/2014, được sửa đổi và có hiệu lực vào ngày 14 tháng 6 năm 2018.</p>
Bahamas	<p>Cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn có khả năng thi hành tại Bahamas theo các nguyên tắc chung mà không cần phải có pháp luật riêng.⁷⁹ Tuy nhiên, cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn được củng cố tại Bahamas bằng một điều khoản cụ thể của pháp luật: mục 236 của Luật Công ty năm 1992 được đưa vào Luật Công ty kinh doanh quốc tế năm 2000 bằng mục 2 về Luật Công ty kinh doanh quốc tế (Bản sửa đổi về giải thể) năm 2011.</p>
Bahrain	<p>حالة لإقصة وموجب دفع سلاوق (Quy định Cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn theo hợp đồng thị trường), có hiệu lực vào ngày 19 tháng 12 năm 2014.</p>
Barbados	<p>Mục 35 của Luật Phá sản và mất khả năng thanh toán [CAP.303].</p>
Bi	<p>(i) <i>Articles 4 et 14-16 de la Loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers</i> (Các mục 4 và 14-16 của Luật về các tài sản bảo đảm tài chính và về các quy định khác nhau về thuế liên quan đến các thỏa thuận về biện pháp bảo đảm và các khoản vay có liên quan đến công cụ tài chính ngày 15 tháng 12 năm 2004, “Luật về Tài sản bảo đảm tài chính”), có hiệu lực ngày 01 tháng 02 năm 2005; và.</p> <p>(ii) <i>Article 286 de la Loi du 25 avril 2014 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit</i> (Điều 286 của Luật về tình trạng và kiểm soát các tổ chức tín dụng ngày 25 tháng 4 năm 2014, “Luật Tổ chức tín dụng”), có hiệu lực ngày 07 tháng 5 năm 2014.</p>
Bermuda	<p>Cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn có khả năng thi hành tại Bermuda theo các nguyên tắc chung mà không cần phải có pháp luật riêng.⁸⁰</p>

⁷⁹ Xem ghi chú số 78

⁸⁰ Xem ghi chú số 78

Quốc gia	Tình trạng của pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng
Brazil	<i>Artigo 119o e 122o de Lei No 11.101, de 9 de Fevereiro de 2005</i> (các Điều 119 và 122 của Luật số 11.101, ngày 09 tháng 02 năm 2005, “Luật Phá sản”).
Quần đảo Virgin thuộc Anh	Phần XVII của Luật Mật khả năng thanh toán năm 2003.
Bulgaria	Hiện tại không có pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng tại Bulgaria, nhưng Bulgaria đã thi hành Chỉ thị về về Tài sản bảo đảm tài chính của Liên minh châu Âu. ⁸¹
Canada	<ul style="list-style-type: none"> (i) Mục 65 của Luật Phá sản và mật khả năng thanh toán năm 1992; (ii) Mục 22 của Luật Giải thể và tái cơ cấu năm 1985; (iii) Mục 39.15 của Luật Công ty bảo hiểm tiền gửi Canada năm 1985; (iv) Mục 34 của Luật về Thỏa thuận với các chủ nợ của công ty năm 1985; và (v) Mục 13 của Luật Bù trừ và quyết toán thanh toán năm 1996.
Quần đảo Cayman	Cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn có khả năng thi hành tại Quần đảo Cayman theo các nguyên tắc chung mà không cần phải có pháp luật riêng. ⁸²
Quần đảo Channel – Guernsey	Cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn có khả năng thi hành tại Guernsey theo các nguyên tắc chung mà không cần phải có pháp luật riêng. ⁸³
Quần đảo Channel– Jersey	Luật Phá sản (Các điều khoản về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng, thứ tự ưu tiên thanh toán theo hợp đồng và không khởi kiện) (Jersey) năm 2005, được sửa đổi và có hiệu lực vào ngày 01 tháng 01 năm 2006.
Chile	<i>Capítulo III.D.2 del Compendio de Normas Financieras del Banco denominado Reconocimiento y regulación de convenios marco de contratación de derivados para efectos que indica</i> (Chương III.D.2 Bản tóm tắt các quy định tài chính có tên là Công nhận và điều chỉnh các thỏa thuận khung cho các hợp đồng sản phẩm phái sinh có hiệu lực như được ấn định), có hiệu lực ngày 09 tháng 4 năm 2018.
Colombia	<ul style="list-style-type: none"> (i) Artículo 74 de Ley 1328 de 2009 (Điều 74 của Luật 1328 năm 2009), có hiệu lực ngày 15 tháng 7 năm 2009; và (ii) Decreto Reglamentario 4765 de 2011 (Nghị định 4765 năm 2011), có hiệu lực ngày 14 tháng 12 năm 2011.
Croatia	(i) <i>Zakon o ništetnosti ugovora o kreditu s međunarodnim obilježnjima sklopljenim u Republici Hrvatskoj</i> (Luật về tính vô hiệu của các hợp đồng vay), có hiệu lực ngày 29 tháng 7 năm 2017;

⁸¹ Chỉ Thị 2002/47/EC của Nghị viện và Hội đồng châu Âu ngày 6 tháng 6 năm 2002 về các thỏa thuận về tài sản bảo đảm tài chính [2002] OJ L168/43

⁸² Xem ghi chú số 78

⁸³ Xem ghi chú số 78

Quốc gia	Tình trạng của pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng
	<ul style="list-style-type: none"> (ii) <i>Članak 8. Zakona o financijskom osiguranju</i> (Điều 8 Luật về tài sản bảo đảm tài chính), có hiệu lực ngày 01 tháng 01 năm 2008; (iii) <i>Stečajni zakon</i> (Luật Phá sản), có hiệu lực ngày 01 tháng 9 năm 2015; (iv) <i>Zakon o sanaciji kreditnih institucija i investicijskih društava</i> (Luật phục hồi các tổ chức tín dụng và công ty đầu tư), có hiệu lực ngày 28 tháng 02 năm 2015.
Síp	<ul style="list-style-type: none"> (i) <i>Ο περί Πτώχευσης Νόμος</i> (Luật Phá sản), Chương 5 của Luật, được sửa đổi và có hiệu lực vào ngày 13 tháng 7 năm 2018; (ii) <i>Ο περί Εταιρειών Νόμος</i> (Luật Công ty), Chương 113 của Luật, được sửa đổi và có hiệu lực vào ngày 13 tháng 7 năm 2018; (iii) <i>Ο περί Εξυγίανσης Πιστωτικών Ιδρυμάτων και Επενδυτικών Εταιρειών Νόμος του 2016</i> (Luật Kiểm soát đặc biệt các tổ chức tín dụng và các tổ chức khác năm 2016), N.22(I)/2016, được sửa đổi và có hiệu lực vào ngày 18 tháng 3 năm 2016; và (iv) <i>Ο Περί των Συμφωνιών Παροχής Χρηματοοικονομικής Εξασφάλισης Νόμος του 2004</i> (Luật Thỏa thuận về tài sản bảo đảm tài chính năm 2004), N.43(I)/2004, được sửa đổi và có hiệu lực vào ngày 20 tháng 10 năm 2017.
Cộng hòa Séc	<ul style="list-style-type: none"> (i) <i>§ 193 Zákon č. 256/2004 Sb., o podnikání na kapitálovém trhu</i> (Mục 193 của Luật tổng hợp số 256/2004, về Thực hiện hoạt động kinh doanh trên thị trường vốn), được sửa đổi và có hiệu lực vào ngày 03 tháng 01 năm 2018; (ii) <i>§ 2(a) a 6 Zákon č. 408/2010 Sb., o finančním zajištění</i> (Mục 2(a) và 6 của Luật tổng hợp số 408/2010, về Tài sản bảo đảm tài chính), được sửa đổi và có hiệu lực vào ngày 03 tháng 01 năm 2018; (iii) <i>§ 366(2) Zákon č. 182/nám 2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon)</i>, (Mục 366(2) của Luật tổng hợp số 182/2006, về Mất khả năng thanh toán và cách thức giải quyết việc mất khả năng thanh toán), được sửa đổi và có hiệu lực vào ngày 01 tháng 12 năm 2017; và (iv) <i>Zákon č. 374/2015 Sb., o ozdravných postupech a řešení krize na finančním trhu</i> (Luật tổng hợp số 374/2015, về Khung khổ cho việc phục hồi và giải quyết khủng hoảng trên thị trường tài chính, được sửa đổi và có hiệu lực vào ngày 01 tháng 01 năm 2017.
Đan Mạch	<ul style="list-style-type: none"> (i) <i>Lov om kapitalmarkeder</i> (Luật Thị trường vốn), Luật số 650 đề ngày 08 tháng 6 năm 2017, có hiệu lực ngày 03 tháng 01 năm 2018; (ii) <i>Lov om restrukturering og afvikling af visse finansielle virksomheder</i> (Luật Phục hồi và kiểm soát đặc biệt các tổ chức tín dụng), Luật số 333 đề ngày 31 tháng 3 năm 2015, có hiệu lực ngày 01 tháng 6 năm 2015; và (iii) <i>Bekendtgørelse af lov om finansiel virksomhed</i> (Luật Kinh doanh tài chính), Luật Hợp Nhất số 1140 đề ngày 26 tháng 9 năm 2017, có hiệu lực ngày 01

Quốc gia	Tình trạng của pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng
	tháng 7 năm 2007.
Estonia	<ul style="list-style-type: none"> (i) <i>Pankrotiseadus</i> (Luật Phá sản), có hiệu lực ngày 01 tháng 01 năm 2004; (ii) <i>Krediidiastutuste seadus</i> (Luật Tổ chức tín dụng), có hiệu lực ngày 01 tháng 7 năm 1999; và (iii) <i>Kindlustustegevuse seadus</i> (Luật Hoạt động bảo hiểm), có hiệu lực ngày 01 tháng 01 năm 2016.
Phần Lan	<ul style="list-style-type: none"> (i) <i>Laki eräistä arvopaperi- ja valuuttakaupan sekä selvitysjärjestelmän ehdoista</i> (Luật một số điều khoản về giao dịch và quyết toán chứng khoán và ngoại hối (1084/1999)), được sửa đổi và có hiệu lực vào ngày 31 tháng 5 năm 2018; và (ii) <i>4 §, 13 luku, Laki luottolaitosten ja sijoituspalveluyritysten kriisinratkaisusta</i> (Mục 4, Chương 13 của Luật quy trình kiểm soát đặc biệt các tổ chức tín dụng và công ty đầu tư (1194/2014)), được sửa đổi và có hiệu lực vào ngày 31 tháng 5 năm 2018.
Pháp	<i>Articles L.211-36, L.211-36-I, L.211-40 et L.613-57-1, Code monétaire et financier</i> (Điều L.211-36, L.211-36-1, L.211-40 và L.613-57-1 của Bộ luật tài chính và tiền tệ).
Georgia	Pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng hiện đang được suy xét tại Georgia, nhưng chưa được ban hành.
Đức	<ul style="list-style-type: none"> (i) <i>Abschnitt 104 des Insolvenzordnung</i> (Mục 104 Bộ luật mất khả năng thanh toán); và (ii) <i>Abschnitt 110 des Gesetz zur Sanierung und Abwicklung von Instituten und Finanzgruppen (Sanierungs- und Abwicklungsgesetz)</i> (Mục 110 Luật phục hồi và kiểm soát đặc biệt các tổ chức tín dụng và các tập đoàn tài chính (Luật phục hồi và kiểm soát đặc biệt).
Ghana	Pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng hiện đang được suy xét tại Ghana, nhưng chưa được ban hành.
Hy Lạp	<ul style="list-style-type: none"> (i) <i>Άρθρο 16, Νόμος 3156/2003 Ομολογιακά Δανεια, Τιτλοποίηση Απαιτήσεων Και Απαιτήσεων Απο Ακίνητα Και Άλλες Διαταξεις</i> (Điều 16 của Luật 3156/2003 các khoản vay theo hình thức trái phiếu); (ii) <i>Άρθρο 7, Νόμος 3301/2004 Συμφωνίες Παροχής Χρηματοοικονομικής Ασφαλείας Εφαρμογή Των Διεθνών Λογιστικών Προτύπων Και Άλλες Διαταξεις</i> (Điều 7 của Luật 3301/2004 thỏa thuận về tài sản bảo đảm tài chính); và (iii) <i>Άρθρο 76, Νόμος 4335/2015 Επειγόντα Μέτρα Εφαρμογής Του Ν. 4334/2015 (Α' 80)</i> (Điều 76 của Luật 4335/2015 về các biện pháp khẩn cấp để thi hành Luật 4334/2015 (80 A).
Hong Kong	Cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn có khả năng thi hành tại Hong Kong theo các nguyên tắc chung mà không cần phải có pháp luật

Quốc gia	Tình trạng của pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng
	riêng. ⁸⁴
Hungary	<p>(i) 2001. évi CXX. törvény a tőkepiacról (Luật CXX năm 2001 về Thị trường vốn), được sửa đổi và có hiệu lực vào ngày 03 tháng 01 năm 2018;</p> <p>(ii) 40(4) §, 1991. évi XLIX. Törvény a csődeljárásról és a felszámolási eljárásról (Mục 40(4) của Luật XLIX năm 1991 về Thủ tục tuyên bố phá sản và thanh lý), được sửa đổi và có hiệu lực vào ngày 18 tháng 6 năm 2018; và</p> <p>(iii) 2014. évi XXXVII. törvény a pénzügyi közvetítőrendszer egyes szereplőinek biztonságát erősítő intézményrendszer továbbfejlesztéséről (Luật XXXVII năm 2014 về việc cải thiện khung khổ cho việc tăng cường khả năng phục hồi của một số tổ chức thuộc hệ thống trung gian tài chính), được sửa đổi và có hiệu lực vào ngày 01 tháng 01 năm 2018.</p>
Iceland	Lög um verðbréfiðskipti 2007 nr. 108 26. Júní, 2 gr, V kafli, 39 gr – 41 gr (Luật về giao dịch chứng khoán số 108/2007 đề ngày 26 tháng 6 năm 2007), Điều 2 và Chương V, Điều 39-41.
Ấn Độ	Cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn có khả năng thi hành tại Ấn Độ theo các nguyên tắc chung mà không cần phải có pháp luật riêng. ⁸⁵
Indonesia	Cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn có khả năng thi hành tại Indonesia theo các nguyên tắc chung mà không cần phải có pháp luật riêng. ⁸⁶ Tuy nhiên, luật sư cho ý kiến pháp lý về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng của ISDA xác nhận rằng nội dung quan trọng của các quy tắc pháp lý có liên quan, bao gồm phạm vi và khả năng thi hành có mức độ không chắc chắn tương đối cao.
Ireland	<p>(i) Luật Xác định nghĩa vụ thanh toán ròng của các hợp đồng tài chính năm 1995;</p> <p>(ii) Quy định số 30 trong các Quy định năm 2011 của Cộng đồng Châu Âu (Tổ chức lại và giải thể các tổ chức tín dụng);</p> <p>(iii) Các Quy định năm 2010 của Cộng đồng Châu Âu (Thỏa thuận về tài sản bảo đảm tài chính); và</p> <p>(iv) Mục 45(5) và 104(1), Luật Ngân hàng trung ương và các tổ chức tín dụng (Kiểm soát đặc biệt) năm 2011.</p>
Israel	ק-2006 "התשס"ו, ספינסיי בנכסים הסכמים ק (Luật thỏa thuận về tài sản tài chính 5766-2006), được sửa đổi và có hiệu lực vào ngày 15 tháng 01 năm 2018.
Ý	<p>(i) Decreto Legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (Nghị định lập pháp số 58 đề ngày 24 tháng 02 năm 1998), được sửa đổi và có hiệu lực vào ngày 28 tháng 02 năm 2018;</p> <p>(ii) Decreto Legislativo 21 maggio 2004, n. 170 (Nghị định lập pháp số 170 đề ngày 21 tháng 5 năm 2004), được sửa đổi và có hiệu lực vào ngày 6 tháng 5</p>

⁸⁴ Xem ghi chú số 78

⁸⁵ Xem ghi chú số 78

⁸⁶ Xem ghi chú số 78

Quốc gia	Tình trạng của pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng
	<p>năm 2011;</p> <p>(ii) <i>Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267</i> (Nghị định hoàng gia số 267 đề ngày 16 tháng 3 năm 1942), được sửa đổi và có hiệu lực vào ngày 17 tháng 6 năm 2006;</p> <p>(iii) <i>Decreto Legislativo 1 settembre 1993, n. 385</i> (Nghị định lập pháp số 385 đề ngày 01 tháng 9 năm 1993), được sửa đổi và có hiệu lực vào ngày 13 tháng 01 năm 2018;</p> <p>(iv) <i>Decreto Legislativo 16 novembre 2015, n. 180</i> (Nghị định lập pháp số 180 đề ngày 16 tháng 11 năm 2015), được sửa đổi và có hiệu lực vào ngày 9 tháng 3 năm 2016; và</p> <p>(v) <i>Legge 4 agosto 2017, n. 124</i> (Luật số 124 đề ngày 4 tháng 8 năm 2017), được sửa đổi và có hiệu lực vào ngày 01 tháng 01 năm 2018.</p>
Jamaica	Mục 53(8) Luật Mất khả năng thanh toán năm 2014.
Nhật Bản	<p>(i) <i>kin'yuu kikan tou ga okonau tokutei kin'yuu torihiki no ikkatsu seisan ni kansuru houritsu</i> (Luật về thanh lý chung các giao dịch tài chính cụ thể do các tổ chức tín dụng thực hiện), Luật số 108 năm 1998, có hiệu lực ngày 01 tháng 12 năm 1998; và</p> <p>(ii) <i>hasan hou</i> (Luật Phá Sản), Luật số 154 năm 2002, có hiệu lực ngày 01 tháng 01 năm 2002.</p>
Latvia	Pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng hiện đang được cân nhắc tại Latvia, nhưng chưa được ban hành. Latvia đã ban hành Chỉ thị về tài sản bảo đảm tài chính của Liên minh châu Âu. ⁸⁷
Liechtenstein	<p>(i) <i>Artikel 33(4) des Gesetz über das Konkursverfahren (Konkursordnung)</i> (Điều 33(4) của Luật mất khả năng thanh toán), được sửa đổi và có hiệu lực vào ngày 01 tháng 01 năm 2017;</p> <p>(ii) <i>Artikel 392 und 398 des Sachenrecht</i> (Điều 392 và 398 của Luật Tài sản), được sửa đổi và có hiệu lực vào ngày 01 tháng 01 năm 2017;</p> <p>(iii) <i>Artikel 9b des Gesetz betreffend den Nachlassvertrag</i> (Điều 9(b) của Luật Thỏa thuận với chủ nợ), được sửa đổi và có hiệu lực vào ngày 01 tháng 01 năm 2017;</p> <p>(iv) <i>Artikel 16 des Gesetz über die Wirksamkeit von Abrechnungen in Zahlungs- sowie Wertpapierliefer- und -abrechnungssystemen (Finalitätsgesetz)</i> (Điều 16 của Luật về Hiệu lực của việc thực hiện thanh toán và hệ thống thanh toán chứng khoán (Luật về Quyết định cuối cùng)), được sửa đổi và có hiệu lực vào ngày 03 tháng 01 năm 2018; và</p> <p>(v) <i>Gesetz zur Sanierung und Abwicklung von Banken und Wertpapierfirmen, SAG</i> (Luật Phục hồi và kiểm soát đặc biệt các ngân hàng và công ty đầu tư),</p>

⁸⁷ Xem ghi chú số 17

Quốc gia	Tình trạng của pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng
	có hiệu lực ngày 01 tháng 01 năm 2017.
Lithuania	<p>(i) <i>Lietuvos Respublikos finansinio užtikrinimo susitarimų įstatymas Lietuvos Respublikos finansinio</i> (Luật thỏa thuận về tài sản bảo đảm tài chính của Cộng hòa Lithuania), số IX-2127 được sửa đổi và có hiệu lực vào ngày 03 tháng 12 năm 2015; và</p> <p>(ii) <i>91 ir 92 straipsniai, Lietuvos Respublikos finansinio tvarumo įstatymas</i> (Điều 91 và 92 của Luật tài chính bền vững của Cộng hòa Lithuania), số XI-393, được sửa đổi và có hiệu lực vào ngày 01 tháng 01 năm 2016.</p>
Luxembourg	<p>(i) <i>Loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière</i> (Luật về thỏa thuận về tài sản bảo đảm tài chính đề ngày 05 tháng 8 năm 2005), Mémorial A n° 128 de 2005, có hiệu lực ngày 28 tháng 12 năm 2015;</p> <p>(ii) <i>Art. 61-24, Loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier</i> (Điều 61-24, Luật về lĩnh vực tài chính đề ngày 05 tháng 4 năm 1993), Mémorial A n° 27 de 1993;</p> <p>(iii) <i>Loi du 18 décembre 2015 relative aux mesures de résolution, d'assainissement et de liquidation des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement ainsi qu'aux systèmes de garantie des dépôts et d'indemnisation des investisseurs</i> (Luật phục hồi, kiểm soát đặc biệt và thanh lý các tổ chức tín dụng và một số công ty đầu tư, cũng như bảo lãnh tiền gửi và phương án bồi thường của nhà đầu tư đề ngày 18 tháng 12 năm 2015), Mémorial A n° 246 de 2015.</p>
Malaysia	Luật Xác định nghĩa vụ thanh toán ròng của các thỏa thuận tài chính năm 2015, có hiệu lực ngày 30 tháng 3 năm 2015.
Malta	<p>(i) <i>Att dwar Tpaçija u Netting f'kaz ta' Insolvenza</i> (Luật Bù trừ và xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi mất khả năng thanh toán, Chương 459), có hiệu lực ngày 01 tháng 6 năm 2003;</p> <p>(ii) <i>Regolamenti dwar Istituzzjonijiet ta' Kreditu (Organizzazzjoni mill-Ġdid u Stralċ) - Att dwar il-Kummerċ Bankarju</i> (Các quy định về Tổ chức tín dụng (tổ chức lại và giải thể) - Luật Ngân hàng), Chương 371.12, có hiệu lực ngày 01 tháng 5 năm 2004; và</p> <p>(iii) <i>Regolamenti dwar Ditti ta' Investiment (Organizzazzjoni mill-Ġdid u Stralċ) - Att dwar Servizzi ta' Investiment</i> (Các quy định về Các công ty đầu tư (Tổ chức lại và giải thể) - Luật Dịch vụ đầu tư), Chương 370.30, có hiệu lực ngày 18 tháng 9 năm 2015.</p>
Quần đảo Marshall	Cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn có khả năng thi hành tại Quần đảo Marshall theo các nguyên tắc chung mà không cần phải có pháp luật riêng. ⁸⁸
Mauritius	Phần V của Luật mất khả năng thanh toán năm 2009, có hiệu lực ngày 01 tháng 6 năm

⁸⁸ Xem ghi chú số 78

Quốc gia	Tình trạng của pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng
	2009.
Mexico	(i) Artículo 176 de Ley de Instituciones de Credito (Điều 176 của Luật Ngân hàng), có hiệu lực ngày 18 tháng 7 năm 1990; và (ii) Artículos 102, 104 y 105 de Ley de Concursos Mercantiles (Điều 102, 104 và 105 của Luật Mất khả năng thanh toán thương mại), có hiệu lực ngày 12 tháng 5 năm 2000.
Morocco	Pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng hiện đang được cân nhắc tại Morocco, nhưng chưa được ban hành.
Hà Lan	Cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn có khả năng thi hành tại Hà Lan theo các nguyên tắc chung mà không cần phải có pháp luật riêng. ⁸⁹
Hà Lan– Aruba, Curaçao, St Maarten	Cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn có khả năng thi hành lãnh thổ Hà Lan tại Aruba, Curaçao và Sint Maarten theo các nguyên tắc chung mà không cần phải có pháp luật riêng. ⁹⁰
New Zealand	(i) Luật Công ty sửa đổi năm 1999, số 19, có hiệu lực ngày 26 tháng 4 năm 1999; (ii) Luật Doanh nghiệp (Điều tra và quản lý) sửa đổi năm 1999, số 20, có hiệu lực ngày 26 tháng 4 năm 1999; (iii) Luật Ngân hàng dự trữ sửa đổi của New Zealand năm 1999, số 22, có hiệu lực ngày 26 tháng 4 năm 1999; và (iv) Luật Công ty sửa đổi năm 2006, số 56, có hiệu lực ngày 07 tháng 11 năm 2006.
Na Uy	(i) <i>Lov om verdipapirhandel (verdipapirhandelloven)</i> (Luật Giao dịch chứng khoán), số 75 đề ngày 29 tháng 6 năm 2007, có hiệu lực ngày 01 tháng 11 năm 2007; và (ii) <i>Lov om finansiell sikkerhetsstillelse</i> (Luật thỏa thuận về tài sản bảo đảm tài chính), số 17 đề ngày 26 tháng 3 năm 2004, có hiệu lực ngày 01 tháng 7 năm 2004.
Pakistan	Pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng hiện đang được cân nhắc tại Pakistan, nhưng chưa được ban hành.
Panama	Pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng hiện đang được cân nhắc tại Panama, nhưng chưa được ban hành.
Peru	<i>Artículo 116 de Ley General del Sistema Financiero y Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros</i> , (Điều 116 Luật Ngân hàng), Luật 26702.

⁸⁹ Xem ghi chú số 78

⁹⁰ Xem ghi chú số 78

Quốc gia	Tình trạng của pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng
Philippines	Cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn có khả năng thi hành tại Philippines theo các nguyên tắc chung mà không cần phải có pháp luật riêng. ⁹¹ Tuy nhiên, luật sư cho ý kiến pháp lý về cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng lưu ý rằng các quy định liên quan của Bộ luật dân sự có thể ảnh hưởng đến phạm vi những giao dịch có khả năng được thực hiện một cách an toàn với các bên đối tác Philippines nếu như chúng được ký kết cho mục đích thanh toán bằng tiền mặt hoặc nếu như chúng không được giao kết nhằm mục đích bảo hiểm rủi ro hoặc cho các mục đích kinh doanh hợp pháp khác.
Phần Lan	<p>(i) <i>Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. - Prawo upadłościowe</i> (Luật đề ngày 28 tháng 02 năm 2003 - Luật phá sản), J.L. 2016, mục 2171, có hiệu lực ngày 01 tháng 10 năm 2003;</p> <p>(ii) <i>Ustawa z dnia 15 maja 2015 r. - Prawo restrukturyzacyjne</i> (Luật đề ngày 15 tháng 5 năm 2015 - Luật tái cơ cấu), J.L. 2016, mục 1574, có hiệu lực ngày 01 tháng 01 năm 2016; và</p> <p>(iii) <i>Ustawa z dnia 10 czerwca 2016 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji</i> (Luật đề ngày 10 tháng 6 năm 2016 về Quỹ bảo lãnh ngân hàng, chương trình bảo lãnh tiền gửi và tái cơ cấu bắt buộc), J.L. 2016, mục 996, có hiệu lực ngày 09 tháng 10 năm 2016.</p>
Bồ Đào Nha	<p>(i) <i>Decreto-Lei n.º 70/97 de 3 de Abril 1997</i> (Nghị định pháp luật số 70/97 đề ngày 03 tháng 4 năm 1997), Diário da República n.º 78/1997, Série I-A de 1997-04-03;</p> <p>(ii) <i>Decreto-Lei n.º 298/92 de 31 de Dezembro 1992, Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras</i> (Nghị định pháp luật số 298/92 ngày 31 tháng 12 năm 1992, Chế độ chung của các tổ chức tín dụng và công ty tài chính), Diário da República n.º 301/1992, 6º Suplemento, Série I-A de 1992-12-31;</p> <p>(iii) <i>Decreto-Lei n.º 53/2004 de 18 de Março 2004, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas</i> (Nghị định pháp luật số 53/2004 ngày 18 tháng 3 năm 2004, Bộ luật mất khả năng thanh toán và hồi phục kinh doanh), Diário da República n.º 66/2004, Série I-A de 2004-03-18; và</p> <p>(iv) <i>Decreto-Lei n.º 157/2014 de 24 de Outubro 2014</i> (Nghị định pháp luật số 157/2014 ngày 24 tháng 10 năm 2014), Diário da República n.º 206/2014, Série I de 2014-10-24.</p>
Qatar	Pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng tại Qatar được giới hạn bằng chế độ của Trung Tâm Tài Chính Qatar. Pháp luật liên quan về vấn đề này là các Điều khoản về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng của Trung Tâm Tài Chính Qatar, Quy định số 20 năm 2017.
Romania	(i) <i>Lege nr. 85 din 25 iunie 2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență</i> (Luật số 85 đề ngày 25 tháng 6 năm 2014 về

⁹¹ Xem ghi chú số 78

Quốc gia	Tình trạng của pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng
	<p>các thủ tục trước khi mất khả năng thanh toán và khi mất khả năng thanh toán); và</p> <p>(ii) <i>Lege nr. 312 din 4 decembrie 2015 privind redresarea și rezoluția instituțiilor de credit și a firmelor de investiții, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative în domeniul financiar</i> (Luật số 312 đề ngày 04 tháng 12 năm 2015 về phục hồi và kiểm soát đặc biệt các tổ chức tín dụng và công ty đầu tư).</p>
Nga	<i>Статья 4.1 от Федеральный закон О несостоятельности (банкротстве)</i> (Điều 4.1 Luật liên bang về mất khả năng thanh toán (Phá sản), số 127-FZ, đề ngày 26 tháng 10 năm 2002.
San Marino	<i>Decreto Delegato 31 Agosto 2018 N.113 (Disposizioni in Materia di Contratti di Garanzia Finanziaria in Recepimento della Direttiva 2002/47/CE).</i>
Saudi Arabia (Ả Rập Xê Út)	Pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng hiện đang được cân nhắc tại Saudi Arabia, nhưng chưa được ban hành.
Serbia	Pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng chưa được thi hành tại Serbia, nhưng sẽ có hiệu lực vào ngày 01 tháng 01 năm 2019. Pháp luật liên quan là: <i>Zakon o finansijskom obezbeđenju</i> (Luật Tài sản bảo đảm tài chính).
Seychelles	Pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng hiện đang được cân nhắc tại the Seychelles, nhưng chưa được ban hành.
Singapore	Cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán rỗng khi chấm dứt trước thời hạn có khả năng thi hành in Singapore theo các nguyên tắc chung mà không cần phải có pháp luật riêng. ⁹²
Slovakia	<p>(i) <i>Zákon o konkurze a reštrukturalizácii a o zmene a doplnení niektorých zákonov</i> (Luật phá sản và tái cơ cấu), Luật tổng hợp số 7/2005, được sửa đổi và có hiệu lực vào ngày 30 tháng 9 năm 2015; và</p> <p>(ii) <i>Zákon o riešení krízových situácií na finančnom trhu a o zmene a doplnení niektorých zákonov</i> (Luật giải quyết tình hình khủng hoảng trong thị trường tài chính), Luật tổng hợp số 371/2014, được sửa đổi và có hiệu lực vào ngày 14 tháng 10 năm 2015.</p>
Slovenia	<p>(i) <i>Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju</i> (Luật Hoạt động tài chính, thủ tục mất khả năng thanh toán và giải thể bắt buộc), Công báo của Cộng hòa Slovenia, Số 126/2007;</p> <p>(ii) <i>Zakon o reševanju in prisilnem prenehanju bank</i> (Luật Kiểm soát đặc biệt và giải thể bắt buộc tổ chức tín dụng), Công báo của Cộng hòa Slovenia, Số 44/2016; và</p> <p>(iii) <i>Zakon o bančništvu</i> (Luật Ngân hàng), Công báo của Cộng hòa Slovenia,</p>

⁹² Xem ghi chú số 78

Quốc gia	Tình trạng của pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng
	Số 25/2015.
Nam Phi	<ul style="list-style-type: none"> (i) Mục 35B và 46 Luật Mật khả năng thanh toán năm 1936, có hiệu lực ngày 31 tháng 3 năm 2005; và (ii) Mục 69(6)(b) Luật Các ngân hàng năm 1990, có hiệu lực ngày 01 tháng 11 năm 1996.
Hàn Quốc	<ul style="list-style-type: none"> (i) Điều 120, Đoạn 3 và Điều 336 Luật Phá sản và phục hồi tư cách bên mắc nợ, có hiệu lực ngày 01 tháng 01 năm 2006; (ii) Luật Khuyến khích tái cơ cấu doanh nghiệp, có hiệu lực ngày 18 tháng 3 năm 2016; và (iii) Phán quyết của Ủy Ban Dịch Vụ Tài Chính Hàn Quốc về phạm vi của các yêu cầu về cấu tài chính theo Luật khuyến khích tái cơ cấu doanh nghiệp.
Tây Ban Nha	<ul style="list-style-type: none"> (i) <i>Capítulo II, Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública</i> (Chương II, Sắc lệnh hoàng gia số 5/2005, đề ngày 11 tháng 3 về cải cách khẩn cấp để tăng năng suất và cải thiện sức mua sắm công), có hiệu lực ngày 15 tháng 3 năm 2005; (ii) <i>Ley 6/2005, de 22 de abril, sobre saneamiento y liquidación de las entidades de crédito</i> (Luật 6/2005, đề ngày 22 tháng 4 về tổ chức lại và thanh lý tổ chức tín dụng), có hiệu lực ngày 24 tháng 4 năm 2005; và (iii) <i>Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión</i> (Luật 11/2015, đề ngày 18 tháng 6 về phục hồi và kiểm soát đặc biệt tổ chức tín dụng và công ty dịch vụ đầu tư), có hiệu lực ngày 20 tháng 6 năm 2015.
Thụy Điển	<ul style="list-style-type: none"> (i) <i>Avsnitt 5(1), Sw: Lag 1991:980 om handel med finansiella instrument</i> (Mục 5(1) của Luật Giao dịch các công cụ tài chính); và (ii) <i>Sw: Lag 2015:106 om resolution</i> (Luật Kiểm soát đặc biệt).
Thụy Sĩ	<ul style="list-style-type: none"> (i) <i>Artikel 211 para 2bis des Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) / Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)</i> (Điều 211 đoạn 2^{bis} của Luật liên bang Thụy Sĩ về Xử lý nợ và phá sản), SR 281.1, được sửa đổi và có hiệu lực vào ngày 03 tháng 10 năm 2003. (ii) <i>Artikel 27 para 1 des Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (BankG) / Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (LB)</i> (Điều 27 đoạn 1 của Luật liên bang Thụy Sĩ về Ngân hàng và ngân hàng tiết kiệm), SR 952.0, được sửa đổi và có hiệu lực vào ngày 22 tháng 4 năm 1999.

Quốc gia	Tình trạng của pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng
Đài Loan	Cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn có khả năng thi hành tại Đài Loan theo các nguyên tắc chung mà không cần phải có pháp luật riêng. ⁹³
Thái Lan	Cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn có khả năng thi hành tại Thái Lan theo các nguyên tắc chung mà không cần phải có pháp luật riêng. ⁹⁴
Trinidad và Tobago	Mục 49 Luật Phá sản và mất khả năng thanh toán, Chương 9:70.
Thổ Nhĩ Kỳ	Cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn có khả năng thi hành tại Thổ Nhĩ Kỳ theo các nguyên tắc chung mà không cần phải có pháp luật riêng. ⁹⁵
Ukraine	Pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng hiện đang được cân nhắc tại Ukraine, nhưng chưa được ban hành.
Các Tiểu vương quốc Ả Rập Thống nhất	<p>Pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng tại các Tiểu vương quốc Ả Rập Thống nhất được giới hạn bởi các cơ chế của Trung Tâm Tài Chính Quốc Tế Dubai (DIFC) và Thị Trường Toàn Cầu Abu Dhabi (ADGM):</p> <ul style="list-style-type: none"> (i) Liên quan đến ADGM: Phần 7 (Thị trường tài chính và xác định nghĩa vụ thanh toán ròng) của các Quy định về mất khả năng thanh toán của ADGM năm 2015; và (ii) Liên quan đến DIFC: <ul style="list-style-type: none"> (a) Luật Xác định nghĩa vụ thanh toán ròng, Luật số 2 năm 2014 của DIFC; và (b) Quy định 5.25 của Các quy định về mất khả năng thanh toán năm 2009 của DIFC. <p>Pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng hiện đang được cân nhắc ở mức độ liên bang tại các Tiểu vương quốc Ả Rập Thống nhất, nhưng chưa được ban hành.</p>
Vương quốc Anh	Vương quốc Anh gồm có ba lãnh thổ tài phán riêng biệt, cụ thể là: (1) Anh và xứ Wales hình thành một lãnh thổ tài phán duy nhất, (2) Scotland và (3) Bắc Ireland. Cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn thực hiện được trên cơ sở các nguyên tắc chung tại từng lãnh thổ tài phán nêu trên, chỉ phụ thuộc vào yêu cầu là cần có pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng để bảo vệ tránh việc làm gián đoạn cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn thông qua việc sử dụng quyền hạn chuyển nhượng một phần tài sản trong trường hợp ngân hàng hoặc hiệp hội nhà ở bị kiểm soát đặc biệt. Theo Luật Ngân hàng năm 2009, theo đó quyền hạn của cơ quan thực hiện kiểm soát đặc biệt để ra lệnh chuyển nhượng một phần tài sản được phát sinh, được áp dụng riêng cho Anh

⁹³ Xem ghi chú số 78

⁹⁴ Xem ghi chú số 78

⁹⁵ Xem ghi chú số 78

Quốc gia	Tình trạng của pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng
	và xứ Wales, Scotland và Bắc Ireland. Pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng là Luật Ngân hàng năm 2009 (Hạn chế chuyển nhượng một phần tài sản) Lệnh 2009 SI 2009/322. ⁹⁶
Hợp chủng quốc Hoa Kỳ	<p>Hoa Kỳ (ngoại trừ các khu vực lãnh thổ của Hoa Kỳ như Puerto Rico) gồm có năm mươi hai lãnh thổ tài phán, chính là từng tiểu bang trong số 50 tiểu bang của Hoa Kỳ, Quận Colombia và lãnh thổ tài phán liên bang, được áp dụng trên toàn Hoa Kỳ. Liên quan đến hầu hết các bên đối tác là doanh nghiệp và ngân hàng,⁹⁷ sự kiện phá sản (mất khả năng thanh toán) chủ yếu được pháp luật liên bang điều chỉnh. Do đó, pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng chủ yếu là pháp luật liên bang, pháp luật quan trọng gồm:</p> <ul style="list-style-type: none"> (i) Bộ luật Phá sản của Hoa Kỳ, 11 U.S.C. §101 cùng các nội dung về ban hành sau đó; (ii) Luật Bảo hiểm tiền gửi liên bang, 12 U.S.C. §1811 cùng các nội dung ban hành sau đó; (iii) Đạo luật của cơ quan thanh lý theo thứ tự, 12 U.S.C. § 5381 cùng các nội dung ban hành sau đó; (iv) Luật Công ty bảo hiểm tiền gửi liên bang sửa đổi năm 1991; và (v) Luật Xác định nghĩa vụ thanh toán ròng tài chính sửa đổi năm 2006. <p>Ngoài ra, liên quan đến một số tổ chức và thủ tục tại New York, pháp luật về xác định nghĩa vụ thanh toán ròng sau đây của New York là: Luật Ngân hàng của New York, Luật Ngân hàng của N.Y. §1 cùng các nội dung về sau.</p>
Zambia	Khả năng thi hàng của cơ chế xác định nghĩa vụ thanh toán ròng khi chấm dứt trước thời hạn đối với pháp nhân được bảo vệ bởi các điều khoản liên quan của Luật Doanh nghiệp mất khả năng thanh toán (Luật số 41 năm 2016).
Zimbabwe	Mục 35-36 của Luật mất khả năng thanh toán năm 2018 (Cap. 6:07, số 7/2018).

⁹⁶ Xem ghi chú số 78

⁹⁷ Nhưng đáng chú ý là không phải các công ty bảo hiểm Hoa Kỳ

**NHỮNG ĐIỂM KHÁC NHAU GIỮA PHIÊN BẢN NĂM 2018 VÀ PHIÊN BẢN NĂM 2006
CỦA LUẬT XÁC ĐỊNH NGHĨA VỤ THANH TOÁN RÒNG MẪU**

Đã có một số thay đổi đối với nội dung của Luật XĐNVTTTRM 2018 so với phiên bản năm 2006 của Luật Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Ròng Mẫu (“Luật XĐNVTTTRM 2006”) nhằm cập nhật và làm rõ văn phong. Chúng tôi chỉ tóm tắt dưới đây những điểm khác biệt quan trọng giữa phiên bản năm 2018 và phiên bản năm 2006. Lý do cho những thay đổi quan trọng vừa nêu được đề cập tại các phần khác trong Tài Liệu Hướng Dẫn này.

Khi giải thích bất kỳ quy định pháp luật nào đang hiện hành có một phần hoặc toàn bộ nội dung dựa vào phiên bản năm 1997, 2002 hoặc 2006 của Luật Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Ròng Mẫu, không nên rút ra kết luận từ bất kỳ khác biệt nào giữa nội dung của Luật XĐNVTTTRM 2018 và nội dung của bất kỳ phiên bản nào trước đó của Luật Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Ròng Mẫu. Mỗi phiên bản là một bộ độc lập các điều khoản mẫu.

Các điểm khác biệt quan trọng giữa Luật XĐNVTTTRM 2018 và Luật XĐNVTTTRM 2006 như sau:

Phần I: Xác định nghĩa vụ thanh toán ròng

1. Mục 1 (Định nghĩa):
 - (a) Định nghĩa của “Ngân Hàng” trong Luật XĐNVTTTRM 2006 đã được sửa đổi thành “Cơ Quan Có Thâm Quyền”.
 - (b) Định nghĩa của “thanh lý viên” trong Luật XĐNVTTTRM 2006 đã được sửa đổi thành “người tiến hành thủ tục mất khả năng thanh toán”.
 - (c) Định nghĩa của “các thủ tục mất khả năng thanh toán” đã được đưa thêm vào.
 - (d) Định nghĩa của “hợp đồng tài chính đủ điều kiện” trong Luật XĐNVTTTRM 2006 đã được sửa đổi bằng cách bổ sung dẫn chiếu trong khoản (l) đến “quyền truyền tải trên thực tế, v.v.” và bằng cách thêm vào một khoản (là khoản “(z)” và khoản (z) cũ được đổi thành khoản “(aa)”) đề cập đến các giao dịch tuân thủ Luật Hồi Giáo Shari’a.
 - (e) Định nghĩa của “thủ tục kiểm soát đặc biệt” đã được đưa thêm vào.
2. Mục 3 (Khả năng thi hành của Hợp Đồng Tài Chính Đủ Điều Kiện):
 - (a) Khoản (b) mới đã được bổ sung (và nội dung ban đầu được để làm khoản “(a)”) để giải quyết vấn đề liên quan đến hợp đồng tài chính đủ điều kiện được xem là tuân thủ Luật Hồi Giáo Shari’a từ khi được lập ra, nhưng có một bên tìm cách dựa vào việc thay đổi cách giải thích các quy tắc hoặc nguyên tắc liên quan của Luật Hồi Giáo Shari’a để hủy bỏ hợp đồng.
3. Mục 4 (Khả năng thi hành của Thỏa Thuận Có Điều Khoản Xác Định Nghĩa Vụ Thanh Toán Ròng):
 - (a) Khoản (j) mới đã được bổ sung nhằm xử lý trường hợp mà bên mất khả năng thanh toán là tổ chức tài chính phải chịu các thủ tục kiểm soát đặc biệt (cho dù là vì tổ

chức tài chính bị mất khả năng thanh toán hoặc vì bất kỳ lý do nào khác mà phải bị kiểm soát đặc biệt theo quy định pháp luật về kiểm soát đặc biệt).

Phần II Tùy chọn: Xác định nghĩa vụ thanh toán ròng liên quan đến nhiều chi nhánh

Không có thay đổi đáng kể nào được đưa ra, nhưng lại được sửa đổi nhiều hơn so với Phần I để làm rõ nội dung soạn thảo. Điều này dựa trên phản hồi nhận được liên quan đến Luật XĐNVTTTRM 2006.

[Trang này được cố tình để trống]