

## РОЗДІЛ 3 ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС; СІМЕЙНЕ ПРАВО; МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО

УДК 347.431.5

DOI <https://doi.org/10.32782/2307-3322.58-1.21>

### ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ТРАНСКОРДОННИХ ПРАВОЧИНІВ ЩОДО НЕТТІНГУ В МІЖНАРОДНІЙ ПРАКТИЦІ

### LEGAL REGULATION OF CROSS-BORDER NETTING TRANSACTIONS IN INTERNATIONAL PRACTICE

**Виговський О.І.,**

*доктор юридичних наук, доцент,  
доцент кафедри міжнародного приватного права  
Інституту міжнародних відносин  
Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

Стаття присвячена аналізу правочинів щодо неттінгу, які характеризуються наявністю іноземного елемента та потребують регулювання за допомогою інструментів міжнародного приватного права. Автор наголошує на тому, що вирішення колізійного питання відносно таких правочинів має важливе значення з огляду на неоднакове регулювання інституту неттінгу в різних юрисдикціях та ризик перекваліфікації неттінгу як зарахування зустрічних однорідних вимог судами тих юрисдикцій, де відсутнє нормативне закріплення даного інституту. У статті досліджуються підходи щодо колізійно-правового регулювання договорів відносно неттінгу, зокрема, можливість застосування загальних принципів колізійного регулювання договірних зобов'язань у міжнародному приватному праві, в тому числі принципу автономії волі сторін, зважаючи на договірну природу інституту неттінгу. Автор наголошує на тому, що визнання компетентним судом вибору сторонами застосовного права в договорі щодо неттінгу залежить від ставлення юрисдикційних органів відповідної юрисдикції до самого інституту неттінгу, а також від правового статусу учасників та характеру судового провадження, де розглядаються правовідносини щодо неттінгу. Автор підкреслює, що ризик невизнання судом вибору застосовного права у договорі щодо неттінгу та перекваліфікації відповідних правовідносин особливо зростає у випадку ліквідаційного неттінгу та здійснення провадження у справі про банкрутство. На думку автора, визначення правопорядку, який повинен застосовуватись у випадку неплатоспроможності однієї зі сторін договору щодо неттінгу, має здійснюватися відповідно до колізійного принципу *lex concursus*, який застосовується у сфері банкрутства. На підставі проведеного дослідження автор робить висновок про особливості колізійно-правового регулювання транскордонних правочинів щодо неттінгу.

**Ключові слова:** неттінг, колізійне регулювання, зобов'язальний статут, принцип автономії волі сторін, принцип *lex concursus*.

The article is devoted to the analysis of netting transactions with foreign element which require regulation by means of the instruments of private international law. The author emphasizes that solution of conflict of laws issue regarding such transactions has significance in view of dissimilar regulation of netting in various jurisdictions and due to the risk of re-characterization of netting transaction as set-off arrangements by the courts of those jurisdictions where there is no specific legal regulation of such institute. The author of the article explores different approaches in the area of conflict of laws regulation of netting agreements, in particular, the possibility of application of general principles of conflict of laws regulation of contractual obligations in private international law, in particular, the principle of parties' autonomy, taking into consideration the contractual legal nature of netting. The author stresses that recognition by the competent court of the choice of the applicable law made by the parties of a netting agreement primarily depends on the position of the jurisdictional authorities of the relevant jurisdiction towards the netting itself, as well as the legal status of participants of the netting agreement and the nature of court proceedings in which the netting arrangements are being considered. The author places emphasis on the fact that the risk of rejection by the court of the choice of applicable law made by the parties of a netting agreement and the risk of re-characterization of the relevant legal relations especially increase in case of close-out netting provisions and bankruptcy proceedings. In the author's opinion, the laws which should be applicable in respect of netting arrangements in case of insolvency of one of the parties to a netting agreement should be determined pursuant to the conflict of laws principle of *lex concursus*, being applicable in the field of bankruptcy proceedings. Based on the results of research conducted in this area, the author makes conclusion about specific features of the conflict of laws regulation of cross-border netting transactions.

**Key words:** netting, conflict of laws regulation, law governing the obligations, principle of parties' autonomy, principle of *lex concursus*.

**Постановка проблеми.** Неттінг є однією з визначальних інновацій фінансового світу, яка набула особливого поширення протягом останніх десятиліть. Значення цього новітнього правового інструменту полягає в унікальній можливості істотного змен-

шення кредитного ризику, який притаманний трансакціям на ринках капіталу, і забезпечення стабільності транскордонної фінансової системи. За своєю правовою природою неттінг являє собою договірно-правовий механізм, який дозволяє сторонам

фінансових правочинів за погодженням між собою забезпечити повне або часткове припинення зустрічних цивільно-правових зобов'язань за такими правочинами в разі настання визначеної у договорі події або календарної дати в порядку, передбаченому у відповідному правочині. Якщо правочин містить положення щодо неттінгу, сторони мають можливість шляхом аналізу та зіставлення зустрічних фінансових зобов'язань вийти на чисту суму боргу, яка і повинна сплачуватися тією стороною фінансового правочину, чия сума боргу за зустрічними зобов'язаннями виявиться більшою за розміром. За результатами неттінгу для кожного клієнта визначається чисте сальдо – залишок на величину грошових вимог, якщо такі перевищували грошові зобов'язання, і навпаки [1, с. 95]. Така консолідація фінансових зобов'язань зумовлює проведення розрахунків виключно в межах чистої суми боргу. Значення цього інституту полягає у переведенні сторонами лише різниці, що утворюється в результаті підрахунку і вирахування відповідних вимог сторін, що важливо у практиці міжбанківських угод щодо взаємного заліку і компенсації зобов'язань і активів [2, с. 469]. Механізм багатостороннього взаємозаліку сприяє ефективнішому використанню ресурсів і зменшенню обсягів документообігу [3, с. 87]. Неттінг є найважливішим компонентом хеджування ризиків строкових угод з похідними фінансовими інструментами (деривативами) [4, с. 84]. Завдяки цьому механізму полегшуються розрахунки між сторонами та спрощується процес закриття трансакцій на міжнародних фінансових ринках.

Разом із тим інститут неттінгу визнається та регулюється на нормативному рівні далеко не в кожній країні. У декількох десятках юрисдикцій були прийняті або розробляються нормативно-правові акти, які передбачають можливість реалізації цього договірної інструменту в цивільних правовідносинах. Однак існують юрисдикції, в яких правовий вакуум щодо неттінгу зумовлює ризик його перекваліфікації на досить схожий, але принципово відмінний від неттінгу інститут зарахування зустрічних однорідних вимог. Така кваліфікація матиме негативні наслідки у випадку перебування однієї зі сторін договору щодо неттінгу в стадії банкрутства, адже законодавства ряду країн у сфері неспроможності прямо забороняють здійснення такого зарахування або можуть розглядати ліквідаційний неттінг як надання певному кредитору незаконних переваг у порівнянні з іншими кредиторами.

За таких умов та враховуючи транскордонний характер більшості правочинів щодо неттінгу, особливого значення у міжнародній практиці набуває вирішення колізійного питання відносно неттінгу за допомогою інструментарію міжнародного приватного права. Безумовно, сторони відповідного правочину будуть намагатися підпорядкувати свої відносини тому правопорядку, який більш лояльно ставиться до такого роду правочинів та визнає неттінг на законодавчому рівні, що істотно зменшує ризик перекваліфікації. Однак питання щодо визна-

ння такого вибору застосовного права сторонами залишається відкритим. Визначення права, що підлягає застосуванню до неттінгу, є одним із ключових факторів забезпечення його визнання та практичної реалізації. З огляду на це надзвичайно актуальним уявляється аналіз підходів щодо колізійно-правового регулювання правовідносин відносно неттінгу та дослідження правового режиму неттінгу в міжнародному приватному праві.

**Аналіз останніх досліджень та публікацій.** В українській доктрині питання правового регулювання неттінгу майже не знайшли належного висвітлення. Неттінг аналізувався здебільшого в економічному аспекті, зокрема, у працях Ю.С. Єпіфанової [1], В.М. Диби та В.С. Котковського [2], О. Парандія [3] та ін. У зарубіжній доктрині правовим питанням неттінгу були присвячені, праці І. Аннетс [5], Дж. Бенджамін [6], О. Бюгера [7], Ф. Вуда [8], Ф. Паєха [9] тощо. Разом із тим колізійним питанням транскордонних правочинів щодо неттінгу не була приділена належна увага з боку наукового співтовариства, що зумовлює актуальність нашого звернення до цієї проблематики.

**Метою статті** є аналіз колізійно-правового регулювання неттінгу в приватноправових відносинах, обтяжених іноземним елементом, встановлення колізійних прив'язок, які є найбільш оптимальними для визначення застосовного правопорядку до таких правовідносин, та вирішення проблем, які потенційно виникають під час вирішення колізійного питання щодо неттінгу.

**Виклад основного матеріалу.** Відповідно до п. 11-1) ст. 1 Закону України «Про депозитарну систему України» від 06.07.2012 року, неттінг – це повне або часткове припинення зобов'язань за правочинами щодо цінних паперів та інших фінансових інструментів шляхом заліку зобов'язань або в інший спосіб. На момент здійснення неттінгу строк виконання зобов'язань, за якими здійснюється неттінг, вважається таким, що настав.

Визначальною ознакою неттінгу, яка відрізняє його від суміжного інституту зарахування зустрічних однорідних вимог, існуючого в силу закону, є договірний характер даного інструменту – правовідносини щодо неттінгу виникають між сторонами виключно в силу закріплення ними в договорі положень щодо такого способу припинення зобов'язань між ними. Концептуальною основою існування даного інструменту виступає принцип свободи договору, який дозволяє фіксувати в договірному порядку будь-які положення, які не суперечать законодавству. Свобода договору проявляється також у праві укладати договори, які не передбачені актами цивільного законодавства, але відповідають його загальним засадам, у праві сторін за своєю згодою змінювати, розривати або продовжувати дію укладеного ними договору [10, с. 11].

Оскільки неттінг є інститутом договірної права і різновидом договірних зобов'язань, то для вирішення колізійних питань, які виникають у цій сфері, цілком логічним буде застосування колізійних прин-

ципів регулювання договірних зобов'язань у міжнародному приватному праві. У доктрині та практиці міжнародного приватного права вихідним колізійним началом у сфері договірних зобов'язань є принцип автономії волі сторін. Відповідно до ч. 1 ст. 5 Закону України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 року у випадках, передбачених законом, учасники (учасник) правовідносин можуть самостійно здійснювати вибір права, що підлягає застосуванню до змісту правових відносин. Оскільки в транскордонних правочинах щодо неттінгу вочевидь присутній іноземний елемент, то, відповідно, сторони правочину щодо неттінгу вправі зробити вибір застосовного до змісту цього правочину правопорядку, і такий вибір має визнаватися компетентними юрисдикційними органами в процесі правозастосування. Якщо положення щодо неттінгу містяться в генеральній угоді, якою врегульовано фінансові відносини між сторонами, то право, обране для застосування до такої угоди в цілому, має визначати і правовий режим неттінгу як способу припинення фінансових зобов'язань між сторонами.

Незважаючи на те, що принцип автономії волі сторін є домінуючим у міжнародному приватному праві більшості юрисдикцій світу, слід мати на увазі, що він не є безальтернативним способом розв'язання колізій у сфері договірних правовідносин. Як відомо, в міжнародному приватному праві існує проблема «обходу закону», коли вибір певного законодавства вочевидь спрямований на те, щоб уникнути застосування до правовідношення будь-яких примусових законів, яким це правовідношення підпорядковано [11, с. 444]. У деяких випадках суди можуть не визнати вибір застосовного права сторонами правочину, застосувавши, наприклад, імперативні норми юрисдикції, право якої підлягало б застосуванню на підставі об'єктивної колізійної прив'язки за відсутності вибору права сторонами, або застосувавши застереження про публічний порядок. На нашу думку, існує істотний ризик застосування імперативних норм права країни суду або звернення судом до застереження про публічний порядок у тій юрисдикції, в якій не існує законодавчого визнання неттінгу, і де суди схильні кваліфікувати незнайомий їм інститут неттінгу як звичне зарахування зустрічних однорідних вимог. Застосування застереження про публічний порядок може бути продиктоване, зокрема, міркуваннями захисту вітчизняних кредиторів боржника від «несправедливих преференцій», які нібито створює для іноземного кредитора положення про неттінг у договорі. Особливо високою є загроза застосування імперативних норм законодавства країни суду, коли всі істотні елементи правочину мають найбільш тісний зв'язок з відповідною юрисдикцією. У такій ситуації, коли до правочину щодо неттінгу суд застосовує інше право, ніж те, яке було обране його сторонами, виникає ризик перекваліфікації або невизнання правових наслідків здійсненого неттінгу через невідповідність правочину положенням права, що застосував суд.

У тому випадку, якщо сторони правочину не здійснили вибору застосовного правопорядку, колізійне питання має вирішуватися на підставі об'єктивних колізійних прив'язок. У сфері договірних зобов'язань принцип найбільш тісного зв'язку вказує на застосування права тієї держави, в якій сторона, що повинна здійснити виконання, яке має вирішальне значення для змісту правочину, має своє місце проживання або місцезнаходження (див. ч. 3 ст. 32 Закону України «Про міжнародне приватне право»). Зазвичай вирішальним є таке виконання договору, за яке інша сторона сплачує винагороду (наприклад, у договорі купівлі-продажу такою стороною є продавець, а у договорі підряду – підрядник). Однак у випадку з неттінгом об'єктивно складно встановити заздалегідь, до моменту підрахунку сукупних фінансових зобов'язань і виходу на чисту суму боргу, яка саме сторона здійснюватиме вирішальне виконання (як відомо, сторона, чиє виконання є вирішальним, має визначатися на момент укладення договору, а не на момент його виконання). Крім того, на нашу думку, сплату різниці між взаємними зобов'язаннями навряд чи можна вважати вирішальним виконанням у розумінні ст. 44 Закону України «Про міжнародне приватне право». Не в усіх випадках договірних відносин можна однозначно встановити сторону, яка здійснює вирішальне виконання, і договір щодо неттінгу являє собою як раз такий приклад. На наш погляд, у даному випадку, виходячи із субсидіарного характеру зобов'язань, що впливають із правочину щодо неттінгу, слід застосовувати правопорядок, який регулює або основний правочин, де містяться положення щодо неттінгу (наприклад, генеральну угоду), або правочин, в якому зафіксовані фінансові зобов'язання, до яких застосовується механізм неттінгу. Якщо неттінг застосовується до фінансових результатів трансакцій, які відбувалися на біржі, то застосовним слід визнати право держави, де знаходиться біржа.

Ситуація ускладнюється, коли одна зі сторін правочину щодо неттінгу знаходиться у стані банкрутства чи ліквідації. Якщо в праві країни суду відсутні норми, які легалізують ліквідаційний неттінг, то ймовірність визнання та забезпечення виконання такого правочину відповідно до місцевого законодавства про неспроможність залишатиметься вкрай низькою. Навіть у тих юрисдикціях, де присутнє спеціальне правове регулювання неттінгу, його визнання на стадії провадження у справі про банкрутство не є гарантованим. Компетентний суд буде виходити з того, що черговість задоволення вимог кредиторів та порядок їх погашення мають безальтернативно визначатися правом країни місця розгляду справи про банкрутство. Сам неттінг може розглядатися як інструмент, який порушує встановлену імперативними нормами країни суду черговість задоволення вимог кредиторів, надаючи переваги кредитору, який є стороною правочину щодо неттінгу, особливо якщо такий кредитор є незабезпеченим. Існує значний ризик невизнання вибору права сторонами правочину і застосування права країни суду. З огляду на це у випадку

провадження у справі про банкрутство щодо однієї зі сторін правочину відносно нетінгу застосовною слід визнати колізійну прив'язку *lex concursus*, що вказує на право країни місця здійснення провадження у справі про банкрутство.

**Висновок.** Для вирішення колізійних питань, які виникають щодо нетінгу, слід застосовувати колізійні принципи регулювання договірних зобов'язань у міжнародному приватному праві. Генеральною колізійною прив'язкою слід визнати принцип автономії волі сторін (*lex voluntatis*). Однак при цьому існує істотний ризик застосування імперативних норм кра-

їни суду або звернення судом до застереження про публічний порядок у тій юрисдикції, в якій не існує законодавчого визнання нетінгу. За відсутності вибору права сторонами правочину щодо нетінгу слід застосовувати правопорядок, що регулює правочин, в якому зафіксовані фінансові зобов'язання, до котрих застосовується механізм нетінгу. У випадку провадження у справі про банкрутство щодо однієї зі сторін правочину відносно нетінгу застосовною слід визнати колізійну прив'язку *lex concursus*, що вказує на право країни місця здійснення провадження у справі про банкрутство.

#### СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Спіфанова Ю.С. Неттинг як спосіб подолання фінансових ризиків. *Вісник Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна. Серія «Право»*. 2014. Вип. № 17. С. 94–96.
2. Діба В.М., Котковський В.С. Неттинг – банківська новація у розрахунках. *Формування ринкової економіки*. 2010. № 24. С. 467–482.
3. Парандій О. Використання послуг центрального контрагента на фінансовому ринку України. *Ринок цінних паперів України*. 2012. № 1–2. С. 83–88.
4. Греков М.Н. Правовая природа неттинга в деривативных договорах. *Актуальные проблемы российского права*. 2015. № 2. С. 84–91.
5. Annetts I., Murray E. Set-Off, Netting and Alternatives to Security. *Corporate Finance Law in the UK and EU*. Oxford : Oxford University Press, 2011. P. 269–295.
6. Benjamin J. Interests in Securities, A Proprietary Law Analysis of the International Securities Markets. Oxford : Oxford University Press, 2000. 348 p.
7. Böger O. Close-Out Netting Provisions in Private International Law and International Insolvency Law (Part I). *Uniform Law Review*. 2013. Vol. 18 (2). P. 232–261.
8. Wood Ph.R. Set-Off and Netting, Derivatives, Clearing Systems. 2<sup>nd</sup> edition. London : Sweet & Maxwell, 2007.
9. Paech P. Close-out Netting, Insolvency Law and Conflict-of-Laws. *LSE Law Working Paper Series*. 2014. №. 14/2004. P. 1–34.
10. Цивільний кодекс України. Постатейний коментар у двох частинах / Керівники авторського колективу та відповідальні редактори проф. А.С. Довгерт, проф. Н.С. Кузнецова. Київ : Юстініан, 2005. Частина 1. 680 с.
11. Филиппов А.Г. Некоторые аспекты автономии воли в российском международном частном праве. *Актуальные проблемы гражданского права : сборник статей*. Москва : Статут, 1999. Вып. 1. С. 422–461.