

УДК 342.95

М. О. ГЛОТОВ

**ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ ПОРЯДКУ
ЗВЕРНЕННЯ СТЯГНЕННЯ НА МАЙНО УКРАЇНСЬКОГО
НЕПЛАТОСПРОМОЖНОГО БАНКУ ЗА АНГЛІЙСЬКИМ
ТА УКРАЇНСЬКИМ ПРАВОМ**

Висвітлюється питання неузгодженості між нормами англійського та українського права, які застосовуються до звернення стягнення на майно українського банку, до якого було введено тимчасову адміністрацію та/або стосовного якого було розпочато ліквідацію. Наголошено на неузгодженості, у порівнянні між англійським та українським правом, між договірними правовідносинами щодо звернення стягнення на предмет забезпечення, наданого банком на користь його кредиторів-нерезидентів, та процесуальними нормами, які застосовуються до відповідного банку у випадку його неплатоспроможності. Показано, що в контексті транскордонної неплатоспроможності банку (коли предмет забезпечення знаходиться за кордоном і обтяжувач є нерезидентом), вищезазначений конфлікт важко вирішити лише в рамках англійського та українського права, що застосовується до відповідних правовідносин. Відтак, врегулювання цієї неузгодженості може потребувати застосування спеціального міжнародного договору.

Ключові слова: *обтяження, звернення стягнення, неплатоспроможність банку, транскордонна неплатоспроможність, колізія права.*

Глотов М.О. Сравнительно-правовой анализ порядка обращения взыскания на имущество украинского неплатежеспособного банка согласно английскому и украинскому праву

Освещается вопрос несогласованности между нормами английского и украинского права, применяемые к обращению взыскания на имущество украинского банка, в котором была введена временная администрация и / или в отношении которого было начата ликвидация. Отмечено несогласованности, в сравнении между английским и украинским правом, между договорными правоотношениями по обращению взыскания на предмет обеспечения, предоставленного банком в пользу его кредиторов-нерезидентов, и процессуальными нормами, которые применяются к соответствующему банку в случае его неплатежеспособности. Показано, что в контексте трансграничной неплатежеспособности банка (когда предмет обеспечения находится за границей и обременителем является нерезидент) вышеупомянутый конфликт трудно решить только в рамках английского и украинского права, применимого к соответствующим

© ГЛОТОВ Максим Олександрович – юрист з питань банківського, фінансового права, Представництво «Бейкер і Макензі» – Сі-Ай-Ес, Лімітед

правоотношениям. Следовательно, урегулирование этой несогласованности может потребовать применения специального международного договора.

Ключевые слова: обременения, обращение взыскания, неплатежеспособность банка, трансграничная неплатежеспособность, коллизия права.

Hlotov M.O. Comparative and legal analysis of the enforcement proceedings under the English and Ukrainian laws concerning the assets of the Ukrainian insolvent bank.

Article discusses conflicts between English and Ukrainian laws applicable to enforcement in relation to the assets of the Ukrainian bank where an insolvency trustee was appointed and/or which became subject to the liquidation proceedings. It focuses on inconsistency, comparing English and Ukrainian laws, between contractual relationships concerning enforcement of security provided by a bank in favor of non-resident creditors and procedural requirements, applicable to the respective bank in case it becomes subject to insolvency proceedings. It is further discussed that in the context of cross-border insolvency of such bank (when security is located abroad and security holder is non-resident), the above conflict may be difficult to resolve only on the premises of the applicable English and Ukrainian laws. Therefore, this inconsistency may need to be addressed by the special international treaty.

Key words: encumbrance, enforcement of encumbrance, bank insolvency, cross-border insolvency, conflict of laws.

Актуальність дослідження англійського законодавства щодо звернення стягнення на обтяжене майно неплатоспроможного банку у порівнянні із українським законодавством щодо звернення стягнення на обтяжене майно неплатоспроможного банку виникає у зв'язку з тим, що українські банки на практиці деколи укладають договори обтяження свого майна (наприклад, обтяження прав вимоги на кошти на рахунок за кордоном (далі – «**Застава коштів**»), які часто розміщуються в англійських банках) на користь контрагента за межами України (який часто знаходиться в одній із країн Європейського Союзу), до яких застосовується англійське право. Так, наприклад, деколи банки розміщують забезпечення за кордоном на користь оператора міжнародної платіжної системи, для забезпечення своїх платіжних зобов'язань перед цим оператором або іншими учасниками системи. Особливої уваги вимагає ситуація, коли такий український банк стає неплатоспроможним і до нього вводиться тимчасова адміністрація та/або здійснюється ліквідація цього банку (надалі – «**Банк**»).

У цьому випадку постає питання чи обтяжувач – нерезидент зобов'язаний дотримуватись вимог українського законодавства перед тим як звернути стягнення на предмет обтяження з огляду на те, що предмет обтяження знаходиться за межами території України. Англійське право не дає чіткої відповіді на це питання. Правом Європейського Союзу, членом якого є Англія, у подібній ситуації дотримання законодавства країни, в якій знаходиться неплатоспроможний банк, не вимагається. Оскільки Україна не є членом Європейського Союзу, то вирішення даного питання залишається відкритим.

Окремі українські вчені у своїх дослідженнях вдаються до проблематики правового регулювання транскордонної неплатоспроможності, зокрема, такі вчені як О.М. Бірюков, Б. М. Поляков, В. В. Джунь та І.І. Новосельцев. Так, наприклад, О.М. Бірюков у своїх дослідженнях запропонував визначення поняття транскордонного банкрутства, під яким розуміється комплекс приватноправових відносин з іноземним елементом, пов'язаних із

неспроможністю приватної особи виконати свої майнові зобов'язання за рахунок наявного майна та з визнанням її неспроможною чи банкрутом; при чому іноземний елемент у цих правовідносинах виступає в одній з таких форм: а) стороною у цих правовідносинах виступає іноземна особа чи особи, б) майно боржника міститься на території щонайменше двох країн, або в) порушено кілька судових проваджень у справі про банкрутство особи на території кількох країн. І.І. Новосельцев, серед іншого, проводить дослідження транскордонних банкрутств у контексті європейського права.

Глобальна фінансова криза, ефект якої досяг теренів України в 2008 році мала дуже негативні наслідки для українського банківського сектору. В результаті багато банків мали проблеми з ліквідністю, були реорганізовані або націоналізовані українським урядом. Криза також спричинила відтік стратегічних іноземних інвесторів, які придбали суттєві пакети акцій українських банків перед кризою. Ці події призвели до зниження ліквідності в банківській системі України.

В таких умовах надійність забезпечення, яке надається Банком, стала надважливою для його іноземних кредиторів та партнерів. Проте, згідно з вимогами українського законодавства, перед тим як обтяжувач може звернути стягнення на предмет обтяження, наданого Банком, він повинен виконати певні формальні вимоги, які можуть суттєво вплинути на таке звернення стягнення або взагалі йому зашкодити.

Зокрема, згідно з вимогами українського законодавства обтяжувач не може звернути стягнення на майно Банку після запровадження у Банку тимчасової адміністрації¹. Крім того, після прийняття Національним банком України (далі – «НБУ») рішення про ліквідацію Банку майно Банку, що є предметом застави, включається до ліквідаційної маси Банку і обтяжувач може звернути стягнення на таке майно лише за погодженням з уповноваженою особою Фонду гарантування вкладів фізичних осіб (далі – «Фонд»)².

На практиці проблема набуває більших масштабів, оскільки представник Фонду, який згідно з вимогами Закону про неплатоспроможність банків є тимчасовим адміністратором та/або ліквідатором Банку³, просто вимагає від обтяжувача повністю повернути предмет обтяження⁴. Така вимога робиться незважаючи на права обтяжувача згідно з положеннями відповідного договору забезпечення, який регулюється англійським правом, а також відповідних вимог англійського законодавства, яке регулює порядок звернення стягнення на майно неплатоспроможного банку. Ці обставини створюють високі юридичні ризики для кредиторів та партнерів Банку.

Юридичні питання, які виникають в цьому контексті спричинені відмінностями англійського та українського законодавства про неплатоспроможність банків з однієї сторони та відмінностями колізійних норм в кожній відповідній юрисдикції – з іншої сторони.

За таких обставин, коли предмет обтяження знаходиться за межами України, ключовими є питання (1) чи є неплатоспроможність Банку згідно з українським правом перешкодою для звернення стягнення на предмет обтяження згідно з англійським правом, (2) чи зобов'язаний згідно з

англійським правом обтяжувач-нерезидент виконувати вимоги українського законодавства перед тим як звернути стягнення на відповідний предмет застави та чи (3) настануть для такого обтяжувача якісь негативні наслідки, якщо він не виконає відповідних вимог українського законодавства та або представника Фонду та зверне стягнення на предмет застави не враховуючи вимог українського законодавства.

Згідно з англійським правом передбачено лише три способи як застосування до заставодавця законодавства про неплатоспроможність може вплинути на надане ним забезпечення:

забезпечення може бути визнане недійсним;

звернення стягнення на предмет обтяження може бути припинено; та

застосування до заставодавця процедур щодо неплатоспроможності може створити пріоритет щодо стягнення на відповідне майно для інших кредиторів⁵.

Ситуація ускладнюється, коли заставодавець, такий як Банк, знаходиться за межами Англії і до нього застосовується законодавство про неплатоспроможність іншої країни, такої як Україна.

До недавнього часу до англійського банку, який відчував фінансові труднощі, застосовувалося загальне законодавство про неплатоспроможність, яке застосовувалося до будь-яких господарюючих суб'єктів⁶. Відтак, виходячи із припущення, що Банк знаходиться в Англії і був оголошений банкрутом або щодо нього відкрили процедуру ліквідації, за загальним правилом жодна з цих обставин не впливала на можливість звернути стягнення на Заставу коштів і обтяжувачу не потрібно було отримувати згоду ліквідатора на звернення стягнення. За умови, що Застава коштів була дійсною і не було підстав для її оскарження, ліквідатор не мав права перешкоджати такому зверненню стягнення, оскільки в обтяжувача було майнове право на відповідні кошти, що виводило їх за межі банкрутства та/або ліквідації Банку.

Якщо до Банку вводили адміністрацію, тоді це, за загальним правилом, могло вплинути на можливість обтяжувача звернути стягнення. Проте, ми вважаємо, що це обмеження не застосовувалося по відношенню до Застави коштів, оскільки Застава коштів підпадала під визначення «фінансового обтяження» згідно з Директивою ЄС щодо фінансових обтяжень №2002/47/ЄС⁷ (далі – «**Директива про фінансові обтяження**»), яка була імплементована в законодавство Англії шляхом прийняття Положення про фінансові обтяження №2 від 2003 року⁸ (далі – «**Положення про обтяження**»). Положення про обтяження усунуло багато положень англійського законодавства щодо неплатоспроможності, які обмежували права забезпечених кредиторів в контексті звернення стягнення на предмет обтяження⁹.

Тим не менше, після того як глобальна фінансова криза досягла берегів Англії, англійським Парламентом був прийнятий Закон про банки від 12 лютого 2009 року (далі – «**Закон про банки**»)¹⁰. Зокрема, Законом про банки був запроваджений режим врегулювання неплатоспроможності англійських банків (далі – «**Режим врегулювання**»). По суті, Режим врегулювання передбачає застосування трьох стабілізаційних методів та двох заходів з врегулювання неплатоспроможності: введення адміністрації до

банку та «режим неплатоспроможності», які по суті нагадують порядок введення адміністрації та процедуру банкрутства, передбачені Законом про неплатоспроможність¹¹.

Виходячи із формального аналізу Закону про банки можна прийти до висновку, що жоден з цих двох заходів з врегулювання неплатоспроможності банку не впливає на здатність кредитора звернути стягнення на Заставу коштів. Навпаки, Закон про банки передбачає повноваження фінансового підрозділу англійського уряду приймати нормативно-правові акти, які б забезпечили звернення стягнення на предмет застави, переданий у заставу на підставі договору щодо фінансового обтяження незважаючи на ліквідацію банку¹².

З точки зору українського законодавства порядок звернення стягнення на предмет обтяження встановлюється правом держави, на території якої знаходиться рухоме майно, яке є предметом обтяження¹³. З огляду на те, що в нашому випадку кошти Банку, права вимоги щодо яких є предметом Застави коштів, знаходяться на рахунку в банку на території Англії, то порядок звернення стягнення на предмет обтяження встановлюється англійським правом.

Тим не менше, ці положення українського законодавства не повною мірою узгоджуються з вимогами українського законодавства про неплатоспроможність банків, згідно з якими обтяжувач повинен виконати певні процесуальні дії перед тим як звернути стягнення на предмет обтяження, який належить неплатоспроможному Банку. Зокрема, коли до Банку вводиться тимчасова адміністрація, обтяжувач не може звернути стягнення, оскільки таке звернення стягнення під час тимчасової адміністрації не допускається¹⁴. Крім того, на практиці уповноважена особа Фонду при введенні до Банку тимчасової адміністрації по суті вимагає розірвання договору Застави коштів та повернення обтяжувачем відповідних коштів Банку.

Коли НБУ приймає рішення про ліквідацію Банку, то майно, що є предметом обтяження (включаючи права вимоги за Заставою коштів), включається до ліквідаційної маси Банку і може бути використане обтяжувачем для задоволення його вимог лише за погодженням уповноваженої особи Фонду¹⁵, що на практиці може бути доволі проблематичним.

Згідно з колізійними нормами українського законодавства застосування права іноземної держави охоплює всі його норми, які регулюють відповідні правовідносини¹⁶. Відповідно, у нашому випадку для звернення стягнення на предмет обтяження за Заставою коштів обтяжувач повинен виконувати лише вимоги англійського права, яке застосовується до цих правовідносин. Проте, відповідний закон містить норму, яка на нашу думку певною мірою не узгоджується з попереднім висновком, оскільки стверджує, що правила цього закону не обмежують дії імперативних норм права України, що регулюють відповідні відносини, незалежно від права, яке підлягає застосуванню¹⁷. Таким чином, можна прийти до висновку, що якщо вимоги Закону про неплатоспроможність банків є за своєю суттю імперативними, то вони повинні виконуватися незалежно від того, що з цього приводу говорить англійське право, яке застосовується до цих правовідносин.

З точки зору англійського права в цій ситуації виникають два основних конфлікти правових принципів:

речовий ефект Застави коштів визначається англійським правом, оскільки це право застосовується до цього договору, проте

порядок врегулювання неплатоспроможності Банку визначається українським законодавством, яке певним чином обмежує права обтяжувача звернути стягнення на предмет обтяження¹⁸.

З точки зору англійського права важливо, що Банк знаходиться за межами Європейського Союзу і зазвичай немає там філій, відтак, Директива ЄС щодо реорганізації та ліквідації кредитних установ №2001/24/ЄС (далі – «**Директива про неплатоспроможність**»)¹⁹ застосувати для вирішення цього конфлікту неможливо. Відтак, позиція є невизначеною. Якби цей спір був розглянутий англійським судом, суд би застосував загальні принципи. Проте, видається, що серед рішень англійських судів відсутній прецедент, який би чітко вказав який із принципів повинен мати переважну силу. У такому випадку англійський суд міг би застосувати Директиву про неплатоспроможність по аналогії.

Згідно з Директивою про неплатоспроможність видається, що порядок неплатоспроможності, що застосовується до банку в його власній юрисдикції не впливає на право обтяжувача звернути стягнення на предмет обтяження у ситуації, коли цей предмет обтяження знаходиться в державі-члені ЄС іншій ніж держава, в якій знаходиться сам банк. На цих засадах, англійський суд може відмовити у визнанні (а) мораторію на звернення стягнення на предмет обтяження чи (б) повноважень уповноваженої особи Фонду, оскільки предмет обтяження за Заставою коштів знаходиться в Англії.

Проте, зважаючи на той факт, що Директива про неплатоспроможність не застосовується у нашому випадку, обтяжувач може відчувати певний дискомфорт, покладаючись на запропоноване вище вирішення цього питання згідно з англійським правом. Оскільки обтяжував часто має суттєвий зв'язок з Україною, порушення умов мораторію та неповага до повноважень уповноваженої особи Фонду можуть теоретично призвести до застосування певних санкцій або виникнення інших репутаційних ризиків для обтяжувача.

Якби це питання розглядав український суд, наприклад у ситуації коли уповноважена особа Фонду звернулася би до суду в Україні, щоб повернути кошти, що є предметом застави, існує імовірність, що суд міг би зайняти сторону уповноваженої особи Фонду. В такому випадку уповноважено особа Фонду теоретично могла би на підставі міжнародного договору або принципу взаємності виконати таке рішення в країні де в обтяжувача є активи.

Проте, англійський суд не визнав би такого рішення, оскільки таке рішення чи акт експропріації щодо предмета обтяження не міг би бути вчинений англійським судом, тимчасовим адміністратором чи ліквідатором банку в Англії.

В англійському праві дуже мало прецедентів, які стосуються права обтяжувача звернути стягнення на предмет застави, який знаходиться в Англії в ситуації, коли щодо заставодавця розпочалася процедура банкрутства в іншій державі. З огляду на те, що Банк знаходиться за межами

Європейського Союзу і обтяжувач не може покладатися на права передбачені законодавством ЄС, позиція з цього питання залишається невизначеною. В цій ситуації можна стверджувати, що законодавство ЄС повинно застосовуватися по аналогії, щоб заповнити певну відсутність чіткого регулювання. Проте, зважаючи на потенційний зв'язок обтяжувача з Україною, порушення вимог українського законодавства може призвести до застосування певних санкцій або виникнення інших репутаційних ризиків для обтяжувача.

Такий стан справ не узгоджується з міжнародною практикою та принципами, які пропонуються міжнародними організаціями, зокрема Базельським Комітетом в його нещодавньому звіті щодо транскордонної неплатоспроможності банків. Базельський Комітет вважає, що зобов'язання неплатоспроможного банку повинні передаватися фінансово здоровій установі, а якщо це не можливо, то відповідальні органи влади повинні забезпечити можливість звернути стягнення на предмет застави²⁰.

Відтак, видається, що звернення стягнення на предмет забезпечення, коли договір забезпечення обтяжений іноземним елементом, наражається на ряд юридичних ризиків, які, можливо, необхідно врегулювати в рамках міжнародного договору або ряду регіональних договорів. В іншому випадку, такі або подібні неузгодженості права будуть виникати і надалі і привабливість цього інструменту забезпечення виконання зобов'язань українськими контрагентами буде певною мірою погіршуватись.

1. Закон України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб» від 23 лютого 2012 року №4452-VI // Офіційний вісник України. – 2012. – № 22 (далі – «Закон про неплатоспроможність банків»). – П.2 ч.5 ст. 36. 2. Закон про неплатоспроможність банків. – Ч.3 ст. 52. 3. Там само. – Ч.1 ст. 35. 4. Згідно з п.4 ч.2 Ст. 37 та п.9 ч.2 Ст. 48 Закону про неплатоспроможність банків представник Фонду як тимчасового адміністратора та/або ліквідатора Банку, уповноважений відмовлятися від виконання або розривати будь-які договори за участю банку, які є збитковими для банку або виконання яких має негативний вплив на фінансовий стан банку. 5. *Richard Calnan. Taking Security: Law and Practice / Richard Calnan.* – Jordans, p.325. 6. Закон про неплатоспроможність 1986 року (*Insolvency Act of 1986*) (далі – «Закон про неплатоспроможність») [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/45/contents>. 7. *Official Journal of the European Communities*, L 168/43, dated 27.6.2002. 8. Положення про обтяження від 2003 р. № 2 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.legislation.gov.uk/uksi/2003/3226/pdfs/ukxi_20033226_en.pdf. 9. *Richard Calnan.* Цит. праця. – P.99. 10. Закон про банки від 12 лютого 2009 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2009/1>. 11. *Cross-Border Bank Insolvency*, edited by Rosa M. Lastra, Oxford University Press, 2011, p. 389. 12. Закон про банки. – Ст. 255 (4)(а)(ві) (положення ще не набуло чинності). 13. Закон України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» від 18 листопада 2003 року № 1255-IV// Офіційний вісник України. – 2003. – № 52. – Ч. 3 Ст. 47. 14. Закон про неплатоспроможність банків. – П.2 ч.5 ст. 36. 15. Там само. – Ч. 3 ст. 52. 16. Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 року №2709-IV // Офіційний вісник України. – 2005. – № 29. – Ч.1 ст. 6. 17. Там само. – Ч. 1 ст. 14. 18. *Richard Calnan.* Цит. праця. – P. 532. 19. *Official Journal of the European Communities* L 125/15 dated 5.5.2001. 20. *Report and Recommendations of the Cross-border Bank Resolution Group*, Basel Committee on Banking Supervision, March 2010, p.2 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.bis.org/publ/bcbss169.pdf>.