

# Сфери практики



## Інвестиційне право

Транспозиція фінансової застави в законодавство України

стор. 18



## Аграрне право

Ринок сільськогосподарської землі: потреба правової модернізації

стор. 22



## Транспозиція фінансової застави в законодавство України

Законодавство ЄС, як відомо, є субсидіарним, тобто його норми ухвалюють тоді, коли важко досягти бажаного результату без колективної дії держав-членів. Директиви ЄС про фінансову заставу охоплюють декілька ситуацій, пов'язаних із централізованим реєстром стандартних чи стандартизованих вимог. Цілі ставилися поступово і законодавство ЄС з фінансової застави наразі містить такі спеціалізовані акти:

- Директива 2002/47/ЄС Європейських Парламенту та Ради від 06.06.2002 про угоди фінансової застави (ОJ [EN] L 168, 27.6.2002);

- Директива 98/26/ЄС Європейських Парламенту та Ради від 19.05.1998 про остаточність розрахунків у системах розрахунків платежів та цінних паперів (ОJ [EN] L 166, 11.6.98);

- Директива 2009/44/ЄС Європейських Парламенту та Ради від 06.06.2009 про зміни та доповнення Директиви 98/26/ЄС про остаточність розрахунків у системах розрахунків платежів та цінних паперів та Директиви 2002/47/ЄС про угоди фінансової застави (ОJ [EN] L 146, 10.6.2009).

До загальних джерел можна віднести Директиву 2004/39/ЄС Європейських парламенту та Ради від 21.04.2004 про ринки фінансових інструментів, яка вносить зміни та доповнення до Директив Ради 85/611/ЄЕС й 93/6/ЄЕС та Директиви 2000/12/ЄС Європейських парламенту та Ради, яка скасовує Директиву Ради 93/22/ЄЕС (ОJ [EN] L 145, 30.4.2004), Директиву 2001/17/ЄС Європейських парламенту та Ради від 19.03.2001 про

реорганізацію та припинення страхових організацій (ОJ [EN] L 110, 20.4.2001), Директиву 2001/24/ЄС Європейських Парламенту та Ради від 04.03.2001 про реорганізацію та припинення кредитних організацій (ОJ [EN] L 110, 20.4.2001), Положення Ради 1346/2000 від 29.05.2000 про процедури неплатоспроможності (ОJ [EN] L 110, 20.4.2001).

Важливим джерелом практичного застосування також є Європейський кодекс клірингу та розрахунків, укладений центральними контрагентами (біржами, кліринговими центрами, центральними депозитаріями) держав-членів – див. [http://ec.europa.eu/internal\\_market/financial-markets/docs/code/code\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/financial-markets/docs/code/code_en.pdf), Директива 2008/48/ЄС Європейських Парла-

менту та Ради від 23.04.2008 про кредитні договори із споживачами (ОJ [EN] L 133, 22.5.2008). Усі зазначені вище акти законодавства ЄС є частиною зобов'язань України за договором про асоціацію.

Нині до стандартизованих вимог зараховано три категорії в такій хронології: бездокументарні цінні папери; безготівкові гроші та банківські метали; вимоги за кредитними договорами. До того ж результати щодо законодавства про цінні папери та кошти на рахунках визнано задовільними, а про стан господарського обігу вимог за кредитними договорами Єврокомісія повинна опублікувати доповідь для Ради та Парламенту найближчим часом.

Продовження на стор. 18

# Транспозиція фінансової застави в законодавство України

Закінчення. Початок на стор. 13



**Олег ЗАГНІТКО**, к.ю.н.,  
адвокат МЮФ Gide Loyrette Nouel

Українське законодавство загалом наслідує прогрес у країнах Європейського Співтовариства, однак, що розвиток нашої країни помітно відстає. Наголосимо, що фінансова застава є способом покращити забезпечення ринку фінансових інструментів України навіть і без міжнародних зобов'язань, отже, є сподівання, що воно станеться значно

раніше, ніж через допливу п'яти років, передбачених договором між Україною та ЄС.

Масив норм про фінансову заставу регулює ситуації, коли предметом забезпечення виступають гроші на рахунку в банку, вимоги за кредитом або цінні папери; до того ж забезпечення може бути як у вигляді обтяження, зокрема застави, так і у переказі титулу на користь обтяжувача впродовж дії основного зобов'язання. Фактично, в один інститут об'єднано договори РЕПО, заклад та заставу. В Україні погляди на ці інститути істотно відрізняються; ускладненою є реалізація прав застави на речі у господарському обігу, по-різному для цілей обтяження розглядають режими рахунків у цінних паперах та банківського рахунку (істотні відмінності й між депозитними та поточними рахунками). Угоди з вимогами за кредитним договором важко прокладають шлях у господарському обігу, зокрема, й через податкове законодавство та законодавство про фінансові послуги: тут форма продовжує домінувати над змістом. Пануючий спосіб мислення можна було б характеризувати як адміністративний: прямо не дозволене законом чи підзаконним актом вважають забороненим.

Відповідно, у цій статті ми спробуємо розглянути проблему транспозиції директив ЄС про фінансову заставу не лише з огляду на відповідність інститутам права, але й регуляторному законодавству.

Директиви ЄС про фінансову заставу вимагають від національного законодавства розв'язання таких мінімальних завдань:

– мінімум формальностей для забезпечення дійсності угод у письмовій формі;

– виконання контрактних положень про зарахування зустрічних зобов'язань (наприклад, за договором РЕПО чи деривативами без виконання) та заміну/доповнення предмета застави;

– можливість використання предмета застави (крім кредитних вимог) заставодержателем без шкоди для прав за основним договором чи за обтяжувальним забезпеченням;

– безперешкодний договірний перехід титулу на заставлене майно за умови його належної оцінки, зокрема без:

(а) попереднього повідомлення про намір звернути стягнення;

(б) затвердження умов реалізації публічними установами, зокрема судом (тобто тягар доведення перекладають на боржника);

(в) проведення публічних аукціонів чи встановлення у законодавстві іншого способу продажу;

(г) обов'язкового періоду між порушенням договору та зверненням стягнення;

– початок реорганізації чи припинення заставодавця не повинен впливати на обов'язок виконати договір та звернення стягнення, навіть у день початку судового провадження про неплатоспроможність боржника.

## Цінні папери

Почнемо з застави цінних паперів, що цей інститут прямо передбачений законами «Про заставу», «Про цінні папери та фондовий ринок» та Положенням про провадження депозитарної діяльності (Рішенням НКЦПФР №35 від 23.04.2013). Застава цінних паперів відповідно до директиви не повинна бути обмежена додатковими реєстраціями, дозволами чи ліцензіями; але положення вимагає укладення договору блокування цінних паперів, окрім власне застави чи іншого договору, для того, аби уникнути одностороннього відкликання депонентом свого розпорядження на блокування. Завдання стягнення чи безперешкодного користуватися заставленими цінними паперами застави тим більше



цілком залежить від доброї волі сторін та співробітництва депозитарної установи й заставодавця. Ускладненим є механізм розрахунків чи зарахування однорідних вимог або доповнення предмета застави, оскільки вимагає надання такої самої кількості документів, що й початкова застава. Умови провадження про неплатоспроможність, припинення чи реорганізацію боржника також дають підстави стверджувати, що розрахунки у цінних паперах, зокрема зарахуванням, можуть бути визнані недійсними (у випадку банків – нікчемними), якщо вони сталися впродовж 12 місяців до початку провадження. Додаткового уточнення вимагають положення українського закону про банкрутство щодо доручень на розрахунок чи переказ цінних паперів у день винесення судом постанови про початок провадження: такі оголошення повинні оприлюднюватися негайно у день їхнього винесення. Крім того, потрібні правила про розпорядження цінними паперами у законах про обтяження та про заставу щодо особливостей звернення стягнення у системах із централізованим обліком. Незважаючи на досить прогресивне положення про можливість блокування та надалі договірному списання цінних паперів з рахунку депонента – на вимогу заставодержателя (Розділ V, Глава 2, пп. 1(7), 11; Глава 3, пп. 7(3), 8(2) Положення), депозитарні установи відмовляються брати на себе такий обов'язок. Натомість, консервативна позиція юридичних департаментів депозитарних установ, найбільшими з яких є банки, допускає списання виключно через механізм розпорядження рахунком у цінних паперах (Розділ V, Глава 3, п. 9), припускаючи, що це – агентські відносини. Але кредитор, діючи за дорученням від власника цінних паперів, вчиняє правочин у власних інтересах, отже, такий правочин може бути спростованим (ст. 238 ЦК України); крім того, повноваження представника є відкличними, за винятком випадків, прямо передбачених законом (ст. 249 ЦК України). Крім того, за тлумачення повноважень на списання як агентських відносин можна забути про залік, користування чи заміну застави заставодержателем, оскільки усе це вимагає додаткового погодження із заставодавцем.

Задля зменшення ризиків, найімовірніше щодо стягнення, сторонами договору про блокування та переказ цінних паперів наразі стають не лише кредитор та депонент, але й депозитарна установа, внаслідок чого кредитор може розраховувати, що блокування не буде відкликано без згоди усіх сторін.

Зокрема є два способи розв'язання невідповідності норм українського законодавства директиві ЄС: роз'яснення положень щодо списання цінних паперів за ініціативою кредитора (у разі РЕПО чи деривативу, кожна зі сторін може бути забез-

печеним кредитором). Складніший спосіб – запровадження спеціального закону щодо агентських відносин у зверненні заставодержателем стягнення на заставлене майно.

### Рахунок у банку

З регулювання застави банківських рахунків у нормативних актах Національного банку України можна зробити висновок, що регулятор визнає гроші на банківському рахунку, зокрема депозитному, грошовими вимогами клієнта до обслуговуючого банку (див. Інструкцію №492 від 12.11.2003, пп. 9.6, 10.12, 15.4, 16.12, Положення №23 від 25.01.2012, п. 3.7, особливо п. 4.2.1); отже, стягнення на



них може відбуватися за правилами грошових вимог законів про заставу та про захист прав кредиторів.

Водночас предметом такого договору, на думку НБУ, є «застава коштів», що не сприяє розумінню уповноваженими банками. Також, заставу поточних та кореспондентських рахунків регулятор спеціально не розглядає, що самі банки тлумачать як договірне списання (Закон України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» від 05.04.2001, статті 22, 23) та неможливість конструкції приватного обтяження, на відміну від публічного, внаслідок домінування норми абз. 2 ч. 2 статті 1067 та 1074 ЦК України над нормами ч. 3 ст. 1066. На наш погляд, суб'єкт господарювання повинен мати можливість обмежити своє право розпорядження коштами на користь кредитора. Ймовірно, таке право слід застосовувати спочатку до кредитних установ, потім поширити на фінансові установи й згодом – на усіх суб'єктів господарювання. До того ж застава банківського рахунку не повинна виникати автоматично за договором банківського рахунку; такою підставою може бути інше зобов'язання – кредит, зокрема, у формі овердрафту, акредитив, гарантій тощо.

Загальний ґрунт для застави рахунків досить чітко визначено законом, але НБУ повинен надати методологічну та нормотворчу допомогу в запровадженні такої застави до широкого господарського обігу, адже його ведення рахунків є виключно банківською діяльністю. Наголосимо, що законодавство ЄС про заставу банківських рахунків не поширюється на фізичних осіб.

НБУ обмежило можливість договірної (без індивідуальних заяв клієнта) обміну валюти лише погашенням кредиту, виданого банком, в якому відкрито рахунок (Положення про порядок та умови торгівлі іноземною валютою, затвердженою По-

становою НБУ №281 від 10.08.2005, Розділ IV, глава 2, п. 14). Таку можливість слід надати й іншим банкам, де можуть бути відкриті рахунки клієнта, що підвищить надійність застави рахунку як інструмента забезпечення. Такі стосунки також можна поширити на кредити від нерезидентів, зокрема, від міжнародних фінансових організацій та кредитних установ країн ЄС, до того ж, свободу руху капіталу між Україною та ЄС (ст. 63 Угоди про функціонування ЄС (Римська угода) 1958 р.) передбачено угодою про асоціацію (Доповнення XVII-2 Правила, що застосовуються до фінансових послуг, розділ Н).

Закон України «Про платіжні системи...» (ст. 22.9) та НБУ як регулятор повинні внести зміни до порядку списання коштів з рахунків клієнтів господарювання, аби забезпечити пріоритетність вимог заставодержателя (обтяжувача) до коштів на банківському рахунку – звичайно, лише після настання відкладальної умови. Дотепер стягнення на заставлені кошти здійснюються у порядку загальної черги.

### Вимоги за кредитом

Запровадження загальноєвропейського обігу передбачено директивою 2009 р., яка повинна бути

втілена до 30.12.2010. Одразу застережемо, що обіг вимог за кредитом обмежений відносинами між кредитними установами, а також центральними контрагентами, такими як центральний депозитарій чи клірингова установа, отже, не йдеться про широке розуміння предмета застави, до прикладу, товарні кредити.

Розглянемо перешкоди для здійснення звернення стягнення на вимоги за кредитом як предметом застави. Безумовно, такі вимоги є грошовими, проте надання кредиту є також і фінансовою послугою. Операції з такою фінансовою послугою, від заміни сторони до відступлення капіталізованих вимог, Нацкомфін-

послуг може тлумачити як частину фінансової послуги – факторингу у кращому випадку, кредитну – у гіршому. Отже, по-перше, необхідні регуляторні інструменти для розрізнення торгівлею кредитними вимогами та факторингом. По-друге, слід поширити можливості придбання таких вимог інвестиційними фірмами (директивою 2004/39/ЄС передбачено близько 15 обов'язкових винятків (ст. 2) та три винятки на розсуд держави – члена у ст. 3 щодо юридичних осіб, які не можуть брати участь у торгівлі). По-третє, потрібне роз'яснення податкових наслідків для торгівлі боргами: як простроченими, так і стандартної якості.

До того ж необхідна інфраструктура для торгівлі: правила й програмне забезпечення для торгів на біржі, розрахунків у депозитарній чи кліринговій системі та єдиний необтяжливий порядок надання унікального ідентифікаційного номера кредитній вимозі. Таку інфраструктуру необхідно розробити з огляду на майбутнє підключення до Eurostream та Euroclear. Поки що торгівля вимогами за кредитом є досить ризикованою, до того ж, НБУ не визнає заставу таких вимог достатнім забезпеченням для формування резервів.