

О. І. ВИГОВСЬКИЙ

Олександр Ігорович Виговський, кандидат юридичних наук, асистент кафедри Інституту міжнародних відносин КНУ імені Тараса Шевченка

КОЛІЗІЙНІ АСПЕКТИ ЗАСТАВИ ЦІННИХ ПАПЕРІВ У МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

Одним із наслідків інтернаціоналізації ринків капіталів стало збільшення обсягів міжнародних операцій з цінними паперами, розміщення і обіг яких дедалі частіше виходять за рамки однієї юрисдикції. Міжнародний ринок цінних паперів виник на базі міжнародних операцій національних ринків позикових капіталів<sup>1</sup>. Досить часто цінні папери виступають предметом транскордонних забезпечувальних правочинів, які, як правило, здійснюються для забезпечення виконання зобов'язань за міжнародними кредитними договорами. У той же час, положення національних законодавств відносно встановлення заставного обтяження на конкретне майно і способів реалізації прав заставодержателя при невиконанні боржником основного зобов'язання істотно відрізняються, рівень уніфікації матеріальних і колізійних норм в цій сфері залишається вкрай низьким, а тому від належного вирішення колізійних питань, пов'язаних з проведенням таких операцій, в значній мірі залежить рівень захищеності сторін договору застави цінних паперів.

Предметом нашого аналізу в рамках даної статті виступатимуть питання колізійно-правового регулювання застави цінних паперів, відносини щодо якої обтяжені іноземним елементом. Метою цього дослідження є визначення колізійної прив'язки, яка найбільш оптимально вирішує колізійне питання щодо застави цінних паперів. З огляду на відсутність будь-яких наукових досліджень на цю тему у вітчизняній науці міжнародного приватного права, яка, на жаль, залишає без уваги ті процеси, які відбуваються на сучасному міжнародному фондовому ринку, наше звернення до даної тематики є актуальним і своєчасним.

Вибране сторонами або об'єктивно визначене право (право держави заставодавця як сторони, яка має здійснити виконання, що має вирішальне значення для змісту договору – див. п. 22 ч. 1 ст. 44 Закону України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 р.) регулюватиме виключно зобов'язальний статут забезпечувального правочину – тлумачення договору, права і обов'язки сторін, виконання договору, наслідки невиконання або неналежного виконання договору, припинення договору, наслідки його недійсності. У той же час існує цілий ряд аспектів, що виходять за рамки зобов'язального статуту, які повинні вирішуватися із застосуванням самостійних «жорстких» колізійних правил. Це пояснюється тим, що інститут застави цінних паперів у міжнародному приватному праві існує на стику договірної, речового, корпоративного права і права транскордонної неспроможності. Можливість встановлення забезпечення відносно даної категорії майна, формальні вимоги відносно його встановлення (зокрема, необхідність реєстрації заставного обтяження і виконання інших спеціальних дій) і наслідки їх невиконання, здатність певної особи виступати в якості заставодавця або заставодержателя цінних паперів, юридична природа права забезпеченого кредитора відносно предмету забезпечення (обмежене речове або зобов'язальне право вимоги), обсяг його прав відносно предмету застави, пріоритетність вимог заставного кредитора відносно всіх інших кредиторів боржника в разі неспроможності останнього, способи і форми звернення стягнення на предмет забезпечення і його реалізації в разі невиконання основного зобов'язання, забезпеченого правом застави, – всі ці питання можуть регулюватися іншим правопорядком (правопорядками), ніж *lex causae* договору застави.

Необхідно звернути увагу на той факт, що цінні папери самі по собі є досить специфічним предметом забезпечення, а практика відносно їх застави в різних державах відрізняється за цілим рядом нюансів, а це ще більш загострює колізійне питання.

По-перше, загальнопоширеним явищем слід визнати встановлення обмежень і заборон відносно застави цінних паперів певного виду або категорії (так, відповідно до ч. 3 ст. 24 Закону України «Про акціонерні товариства» від 17.09.2008 р., акціонерне товариство не має права приймати в заставу власні цінні папери; подібна заборона існує в законодавствах і ряду інших країн світу з метою унеможливлення обходу імперативних норм про порядок проведення викупу акцій їх емітентом).

По-друге, в різних державах існують різні юрисдикційні механізми встановлення обтяження відносно цінних паперів і, відповідно, висуваються різні формальні вимоги. Залежно від способу формалізації застави цінних паперів всі юрисдикції можна розділити на дві групи: ті, які вимагають передачу предмету застави заставодержателю, при цьому така передача опосередковується здійсненням певних легітимізаційних дій («*possessory pledge jurisdictions*»), і ті, в яких для виникнення забезпечувального права такої передачі не вимагається («*non-possessory pledge jurisdictions*»). До першої категорії належать країни романо-германської системи права, за винятком тих держав, де визнається механізм фидуціарної передачі цінних паперів (Німеччина, Нідерланди, Швейцарія, Японія, Південна Корея), і США (відносно бездокументарних цінних паперів), а до другої – країни англо-саксонської системи права (окрім США). У першому випадку заставодержатель фактично наділяється статусом уповноваженої за цінним папером особи: йому передаються сертифікати, його ім'я вноситься до реєстру власників іменних цінних паперів; в разі застави бездокументарних цінних паперів вони зараховуються на його рахунок у цінних паперах, відкритий у зберігача. У той

же час у більшості країн загального права передача предмету застави не потрібна, а тому формалізація застави цінних паперів зазвичай відбувається без передачі сертифікатів і без реєстрації заставодержателя в системі реєстру.

По-третє, з різними формами застави цінних паперів може бути пов'язаний неоднаковий розподіл повноважень між заставодавцем і заставодержателем відносно користування і розпорядження предметом застави. Можливість реалізації прав з цінних паперів тією або іншою стороною договору застави залежить не стільки від положень договору, скільки від того, який тип застави (володарський або звичайний) визнається в даній юрисдикції.

Можуть існувати і специфічні національні форми застави цінних паперів, за яких своєрідно визначатимуться повноваження заставодержателя. Так, у Великобританії існують два основні види застави акцій: «юридична застава» (*legal mortgage*) і «застава за правом справедливості» (*equitable mortgage*)<sup>2</sup>. У першому випадку заставодержатель реєструється в реєстрі компанії як акціонер і розглядається компанією як повноправний власник акцій, що вільно користується і розпоряджається ними. Після виконання основного зобов'язання і припинення права застави відбувається перереєстрація, і заставодавець знову вноситься до реєстру компанії. У разі ж застави за правом справедливості заставодавець залишається в реєстрі компанії як її учасник до моменту відчуження заставлених акцій, а порядок реалізації прав з акцій визначається в спеціальному меморандумі.

Якщо заставне обтяження було належним чином створене на території Великобританії згідно з англійськими законами, подальше переміщення предмету застави, скажімо, до Німеччини означатиме, що хоча факт існування обтяження цінних паперів і визнаватиметься німецьким судом, обсяг повноважень і статус забезпеченого кредитора можуть істотним чином змінитися. Як зазначають німецькі дослідники, якщо інститут іноземних забезпечувальних прав не знайомий правопорядку країни призначення, то це може зумовити виникнення труднощів. У цьому випадку повинні застосовуватися чинні норми національного права щодо забезпечення застави, які подібні за своїми умовами і наслідками іноземним<sup>3</sup>. Іншими словами, як вказує А. Майєр, виникає питання, чи треба трансформувати іноземне речове забезпечувальне право в один з національних способів забезпечення і яким чином<sup>4</sup>, зважаючи на доктрину *numerus clausus* (замкненого кола речових прав). Цей процес включає автономну кваліфікацію функції і мети іноземного правового інституту і вибір судом найбільш близького за метою і функціями аналога з числа наявних в *lex fori* забезпечувальних інститутів.

По-четверте, відмінності полягають і в кваліфікації застави бездокументарних цінних паперів, яка може розглядатися як застава зобов'язального права вимоги власника до депозитарної установи або як застава сукупності майнових прав, посвідчених цінним папером. Така кваліфікація матиме істотне значення при зверненні стягнення на предмет застави для задоволення вимог заставного кредитора.

Нарешті, різною може бути і сама процедура звернення стягнення на заставлені цінні папери і їх реалізації. Так, у Франції заставодержатель в разі невиконання основного зобов'язання має право публічного продажу паперів через вісім днів з моменту повідомлення боржника про свій намір отримати задоволення за рахунок предмету застави. Будь-яке положення в договорі про приватний продаж є недейсним<sup>5</sup>. Водночас, юрисдикція системи загального права властиві гнучкіші процедури, включаючи приватний продаж.

Наведений нами короткий огляд основних розбіжностей в регулюванні позадоговірних аспектів застави цінних паперів свідчить про важливість належного вирішення колізійних питань в даній сфері, де можуть конкурувати такі правопорядки, як право держави місцезнаходження предмету застави (*lex situs*), право держави емітента цінних паперів (*lex societatis*), особисті закони сторін заставного правочину, право держави місця укладення правочину (*lex loci contractus*), зобов'язальний статут самого правочину (*lex causae*), право держави, відповідно до якого здійснюється процедура банкрутства заставодавця (*lex concursus*).

Проблема колізії законів відносно формалізації заставного обтяження цінних паперів належить до найбільш дискусійних в доктрині міжнародного приватного права і вкрай важливих для сторін договору застави, адже виконання вимог всіх перерахованих вище юрисдикцій може бути вельми обтяжливим. Навпаки, якщо сторонам транскордонного договору застави вже на стадії його укладення буде відомо, право якої юрисдикції регулюватиме питання, що виходять за рамки суто договірних відносин, вони зможуть адекватно скоригувати положення договору, з урахуванням особливостей законодавчих підходів такої юрисдикції.

Фундаментальну основу вирішення колізійного питання відносно застави певного майна складає принцип місцезнаходження такого майна на момент виникнення його обтяження правом застави (*lex situs*)<sup>6</sup>. Витоки такого принципу, очевидно, пов'язані з вказаним вище концептуальним сприйняттям застави рядом правових систем як речового права, виникнення і припинення якого визначаються за правом держави місцезнаходження речі на момент виникнення відповідного юридичного факту, з яким пов'язане встановлення права застави. Виникає питання, яку юрисдикцію слід вважати місцезнаходженням заставлених цінних паперів.

Існує декілька позицій відносно вирішення цього питання. Першим із них є застосування колізійної прив'язки *lex societatis* емітента цінного паперу як права, яке визначає їх правовий режим і здатність бути предметом тих або інших операцій, включаючи договір застави. Так, як зазначає Н. Хорн, відносно облігацій слід вважати, що застосовним правом для регулювання забезпечення є право, яке регулює облігацію<sup>7</sup>. Основний недолік такого рішення пов'язаний з тим, що предметом транскордонної застави, як правило,

виступає портфель цінних паперів, емітенти яких мають різну «національність». Відповідно, сторони повинні забезпечити виконання формальних вимог щодо встановлення права застави всіх відповідних юрисдикцій, перелік яких може бути досить широкий. А якщо умовами договору застави передбачається необхідність заміни предмету застави або його частини з метою підтримки вартісного рівня, внаслідок чого «поліюрисдикційність» портфеля збільшуватиметься із зміною його структурних компонентів, проблема формалізації стане перманентним явищем протягом всього строку існування забезпечувального обтяження.

При застосуванні права держави фактичного місцезнаходження заставлених цінних паперів дана проблема знімається лише частково: якщо відносно пакету цінних паперів на пред'явника їх *situs* визначатиметься місцем знаходження їх сертифікатів, а тому, як правило, збігатиметься з місцем здійснення заставної операції (*lex loci actus*), то відносно іменних цінних паперів, реєстр яких ведеться, як правило, в державі їх емітента, проблема залишається невирішеною.

Крім того, якщо держава місцезнаходження цінного паперу, визначена згідно з колізійними нормами держави суду, пов'язує здійснення формалізації застави не з місцем знаходження його предмету, а, скажімо, з державою «національності» заставодавця, питання по суті не вирішується. Слід також зазначити, що лише в разі «знаходження» цінних паперів на території юрисдикції заставодавця питання відносно права, застосовного до формалізації обтяження, вирішуватиметься однаково як судом цієї юрисдикції, так і іноземним судом, який визнає принцип *lex situs*. У разі ж ведення реєстру іменних цінних паперів на території іншої держави, ніж держава заставодавця, може виникнути ситуація, коли законодавства двох різних держав вимагатимуть здійснення різних формальних вимог, причому суди обох держав розглядатимуть відповідні норми місцевого законодавства як імперативні, а заставу, що вчинена без їх дотримання, – формально недійсною. Більше того, у ситуації, коли предметом застави виступають цінні папери на пред'явника, сертифікати яких під час укладення договору застави знаходилися на території держави заставодавця, а згодом змінили своє місцезнаходження (наприклад, були передані заставодержателю, який знаходиться на території іншої юрисдикції), закон цієї іншої держави також може вимагати здійснення формалізації застави у такій державі, незважаючи на виконання всіх вимог в юрисдикції заставодавця, з метою захисту осіб, що знаходяться в такій державі, які можуть і не знати, що дане майно обтяжене правом застави в іншій юрисдикції.

На наш погляд, відносно застави цінних паперів безальтернативним на сьогоднішній день колізійним принципом слід визнати *lex situs*: питання формалізації і дійсності такого забезпечення повинне вирішуватися за правом тієї держави, на території якого цінні папери (їх сертифікати) знаходилися на момент укладення договору застави. І хоча відносно іменних цінних паперів застосування колізійного принципу *lex situs* створює об'єктивні труднощі, про які йшла мова вище, будь-яка пропозиція відійти від нього і створити штучну прив'язку до закону будь-якої іншої держави наштовхуватиметься на вірогідність визнання такої застави недійсною за правом держави емітента через відсутність належної формалізації в системі реєстру. Проте, у випадку з бездокументарними цінними паперами проблема «поліюрисдикційності» повністю знімається: застосовним в цьому випадку більшість юрисдикцій визнають єдине для всього портфеля заставлених цінних паперів право держави місця ведення рахунку в цінних паперах, на якому обліковуються заставлені папери, або місцезнаходження відповідного посередника.

<sup>1</sup> Гетьман-Павлова И. В. Международное частное право: учебник / Изд. 2-е, перераб и доп. – М.: Эксмо, 2009. – С. 371.

<sup>2</sup> Кибенко Е. Р. Корпоративное право Великобритании. Законодательство. Прецеденты. Комментарии. – К.: Юстиниан, 2003. – С. 180-181.

<sup>3</sup> Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П. Международное частное право и сравнительное правоведение / Пер. с нем. – М.: Международные отношения, 2003. – С. 199-200.

<sup>4</sup> Майер А. Вещные права в немецком международном частном праве. К вопросу о признании и трансформации по немецкому праву иностранных способов обеспечения исполнения обязательств, относящихся к движимому имуществу // Государство и право. – 2007. – № 1. – С. 74.

<sup>5</sup> Wood P. R. Comparative Law of Security and Guarantees. – London: Sweet & Maxwell, 1995. – P. 61.

<sup>6</sup> Wood P. R. Conflict of Laws and International Finance. – London: Sweet & Maxwell, 2007. – P. 255.

<sup>7</sup> Horn N. Das Recht der Internationalen Anleihen. – Frankfurt/Main, 1972. – P. 292.

#### Резюме

У даній статті висвітлюються питання колізійного регулювання заставних операцій з цінними паперами, обтяжених іноземним елементом. У ній акцентується увага на міжгалузевому характері інституту застави цінних паперів у міжнародному приватному праві і вказуються чинники, що визначають конкуренцію правопорядків у сфері регулювання позадоговірних аспектів такої застави. Автором виділяються основні розбіжності в законодавчих підходах до регулювання застави цінних паперів і аналізуються основні доктринальні підходи до вирішення колізійного питання в цій сфері.

**Ключові слова:** цінні папери, міжнародне приватне право, договір застави, колізійне питання, застосовне право.

#### Резюме

В данной статье освещаются вопросы коллизионного регулирования залоговых операций с ценными бумагами, обремененных иностранным элементом. В ней отмечается межотраслевой характер института залога ценных бумаг в

международном частном праве и указываются факторы, определяющие конкуренцию правопорядков в сфере регулирования внедоговорных аспектов такого залога. Автором выделяются основные расхождения в законодательных подходах к регулированию залога ценных бумаг и анализируются основные доктринальные подходы к решению коллизионного вопроса в этой сфере.

**Ключевые слова:** ценные бумаги, международное частное право, договор залога, коллизионный вопрос, применимое право.

#### Summary

This article covers the conflict of laws issues of the cross-border securities collateral transactions. The author highlights the main conflict of laws problems arising in connection with the perfection of title to collateral securities and scrutinizes the legal approaches to their solution. Based on the foreign legislative measures and doctrinal studies, this article places emphasis on the main discrepancies between the regulatory practices in different legal systems concerning the perfection of title and substantiates the rationale of the *lex situs* approach to the solution of the said conflict of laws problem.

**Key words:** securities; private international law; pledge agreement; conflict of laws issue; governing law.

Отримано 22.07.2010

### АРИФ ДЖАМИЛЬ ОГЛЫ ГУЛИЕВ

*Ариф Джамиль оглы Гулиев, кандидат юридических наук, профессор Института международных отношений Национального авиационного университета*

## О НОВЫХ ВЫЗОВАХ И УГРОЗАХ НАЦИОНАЛЬНОЙ БЕЗОПАСНОСТИ ГОСУДАРСТВА

Коренное изменение международной ситуации, начавшееся в конце 1980-х – первой половине 1990-х гг., сопровождалось появлением новых острых проблем, имеющих общий для многих государств характер и выходящих далеко за рамки национальных границ. Информационная революция и появление Интернета резко стимулировали процесс глобализации во всех сферах жизнедеятельности человека. Межгосударственные границы перестали быть препятствием для массированного движения капитала, транснациональные корпорации приобрели небывалое влияние, в том числе на политические процессы, набрал силу беспрецедентный рост зарубежных инвестиций, направляемых как в развитые, так и в развивающиеся страны. Значительно возросло количество и влияние неправительственных организаций, распространивших свою деятельность на все сферы жизни, усилились интеграционные процессы и расширились контакты между людьми. Но эти глобальные изменения открыли путь и для негативных явлений.

В последние годы в условиях нарастающей глобализации и расширения международного сотрудничества на сцену вышли десятки новых международных, региональных и субрегиональных объединений и организаций, которые занимаются решением разнообразных глобальных, международных и локальных проблем в политической, экономической, военно-стратегической, гуманитарной, культурной, экологической и других областях.

В рамках этих объединений и организаций, которые являются целью исследования, решаются вопросы международного и многостороннего взаимодействия в таких важнейших сферах, как расширение торгово-экономического и инвестиционного сотрудничества, защита окружающей среды, борьба с глобальным изменением климата, противодействие международной преступности, росту международного терроризма. В настоящее время меняется само понятие международной безопасности, поскольку сегодня государствам нужна безопасность не друг от друга и уж тем более не безопасность против кого-то, а требуется безопасность от трансграничных угроз. Среди наиболее опасных новых вызовов и угроз – резкая активизация международного терроризма, общее увеличение его масштабов и расширение географических рамок; рост международной преступности, охватывающей все новые сферы, включая незаконный оборот наркотических средств и психотропных веществ, киберпреступность, контрабанду оружия и радиоактивных материалов, торговлю людьми.

Одним из успешных примеров международного взаимодействия в области борьбы с международным терроризмом является Региональная антитеррористическая структура ШОС, сформированная в 2002 г. В ее рамках страны – члены ШОС: Россия, Китай, Казахстан, Кыргызстан, Таджикистан и Узбекистан – решают вопросы объединения усилий, координации действий и противодействия международному терроризму, исламскому фундаментализму, сепаратизму и деятельности экстремистских организаций. Обмен информацией и опытом работы, проведение совместных учений и отработка практического взаимодействия в деле осуществления антитеррористических операций – вот некоторые наиболее активные сферы сотрудничества в рамках региональной антитеррористической структуры. Странами – участницами ШОС подписаны