

**ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС;  
СІМЕЙНЕ ПРАВО; МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО**

УДК 347.431.5

**ЛЮТИЙ В.Р.**

**КОЛІЗІЙНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВОРУ НЕТТІНГУ  
У МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ**

У статті розглядаються підходи до колізійно-правового регулювання договору неттінгу, які нині закріплено у міжнародному приватному праві. Основний аналіз зосереджується на питанні визначення застосовуваного права до договору неттінгу у разі платоспроможності усіх сторін цього правочину. Окрема увага приділяється ролі імперативних норм та публічного порядку, що можуть впливати на результати колізійного регулювання.

**Ключові слова:** *договір неттінгу, колізійне регулювання, застосовуване право, автономія волі, lex contractus, імперативні норми, публічний порядок.*

В статье рассматриваются подходы к коллизионно-правовому регулированию договора неттинга, которые на данный момент закрепились в международном частном праве. Основной анализ сосредотачивается на вопросе определения применимого права к договору неттинга в случае платежеспособности всех сторон данной сделки. Особое внимание уделяется роли императивных норм и публичного порядка, которые могут влиять на результаты коллизионного регулирования.

**Ключевые слова:** *договор неттинга, коллизионное регулирование, применимое право, автономия воли, lex contractus, императивные нормы, публичный порядок.*

This article discusses various approaches to the conflict of laws regulation of the netting agreement which have been entrenched in private international law. The main analysis in the article focuses on the determination of the law applicable to the netting agreement in the scenario where all parties thereto are solvent. Specific attention is paid to the role of mandatory rules and public policy that can affect the conflict of laws regulation.

**Key words:** *netting agreement, conflict of laws regulation, applicable law, party's autonomy, lex contractus, mandatory rules, public policy.*

**Вступ.** Договори неттінгу регулярно використовуються учасниками фінансового ринку у транскордонних транзакціях із метою оптимізації та управління кредитними ризиками. Беручи до уваги різноманітність підходів до правового регулювання неттінгу, які сформувались у рамках національного законодавства окремих держав, визначення правопорядку, що має регулювати застосування та виконання договорів неттінгу, є одним із ключових факторів, який необхідно враховувати учасникам фінансових ринків.

Останнім часом у міжнародному приватному праві прослідковується тренд – визнання та забезпечення юридичної обов'язковості договорів неттінгу. Тим не менше обсяг та підходи до такого визнання залишаються, як правило, в площині правового регулювання окремих юрисдикцій і можуть значною мірою різнитися [1, с. 315, 330]. В рамках статті ми зупинимось на аналізі колізійно-правового регулювання, яке нині закріплено у міжнародному приватному праві регіональних об'єднань та окремих держав (в тому числі України).

При цьому варто наголосити, що питання застосування неттінгу та підходи до його регулювання необхідно досліджувати, з огляду на два режими, в яких можуть перебувати сторони

цього правочину: (1) режим, за якого усі сторони є платоспроможними, та (2) режим, в якому одна зі сторін неплатоспроможна або перебуває у стані банкрутства. Залежно від того чи іншого режиму, колізійне регулювання може кардинально різнитися, що, своєю чергою, породжує різні правові наслідки для сторін. У цьому дослідженні ми сконцентруємо увагу на аналізі режиму, в якому усі сторони є платоспроможними.

Необхідно також зазначити, що питанням колізійного регулювання договорів нетінгу не приділяли належну увагу у вітчизняних наукових дослідженнях. Така ситуація, швидше за все, пов'язана із новизною цього правового інструменту в українській правовій системі та порівняною закритістю національного фінансового ринку від зовнішніх ринків. З іншого боку, у зарубіжних наукових колах сформувалась протилежна тенденція. Зокрема, іноземні науковці досить активно зацікавились питаннями колізійних проблем, що виникають у транскордонному регулюванні договорів нетінгу. В цьому контексті особливу роль відіграли роботи О. Богера, Ф. Вуда, Р. Дерхама та Ф. Паеха.

**Постановка завдання.** Мета статті полягає в аналізі тенденцій, що закріпились у колізійно-правовому регулюванні договорів нетінгу в рамках міжнародного приватного права, та висвітленні потенційних проблем, які можуть виникати у зв'язку з порівняною фрагментарністю такого регулювання.

**Результати дослідження.** У міжнародному приватному праві питання щодо дійсності, тлумачення та виконання договору, а також щодо наслідків його розірвання та припинення обов'язків сторін, які випливають із договору, вирішуються відповідно до права, що підлягає застосуванню до такого договору (*lex contractus*). Цей підхід підтверджується Регламентом ЄС Рим I про право, що застосовується до договірних зобов'язань (ст. 12) (далі – Регламент Рим I) та Міжамериканською конвенцією про право, що застосовується до міжнародних контрактів 1994 р. (ст. 14) (далі – Міжамериканська конвенція) [2; 3].

Аналогічний принцип використовується щодо договорів нетінгу, які загалом підпорядковуються праву, визначеному відповідно до положень та правил міжнародного приватного права [4, с. 934, 939]. За загальним правилом, як *lex contractus* виступає право, обране сторонами договору на основі принципу автономії сторін.

**Принцип автономії волі сторін (*lex voluntatis*).** Аналіз різноманітних підходів до колізійно-правового регулювання свідчить, що більшість юрисдикцій (особливо із розвиненими фінансовими ринками) забезпечують визнання принципу автономії волі сторін у міжнародному приватному праві [5, с. 153, 155]. Згідно з цим принципом, сторони вправі самостійно обрати право, що застосовуватиметься до їхнього договору.

Така позиція знаходить також своє підтвердження у міжнародно-правових договорах та інструментах «м'якого права» (*soft law*). Наприклад, Міжамериканська конвенція, яка є яскравим прикладом регіональної гармонізації правових норм, у ст. 7 закріплює принцип автономії волі сторін [3]. Своєю чергою, ст. 2.1 Принципів, що застосовуються до вибору права у міжнародних комерційних договорах 2015 р., розроблених у рамках Гаазької конференції з міжнародного приватного права, передбачає можливість вибору права сторонами міжнародного комерційного договору без будь-яких обмежувальних вимог [6].

Слушно звернути увагу на те, що у вітчизняному законодавстві також домінує принцип автономії волі сторін при виборі застосовуваного права. Зокрема, відповідно до ст. 5 Закону України про міжнародне приватне право (далі – Закон про МПРП) вимагається, щоб вибір права був явно вираженим або прямо впливав із дій сторін правочину, умов правочину чи обставин справи. При цьому свобода вибору права сторонами обмежується у тих випадках, коли такий вибір прямо заборонений законами України (наприклад, цим же Законом передбачений ряд ситуацій, в яких до конкретних правочинів має застосовуватися виключно право України, незалежно від вибору сторін) [7].

Враховуючи вищезазначене, в правових системах, що визнають принцип автономії волі у міжнародному приватному праві, визначення права, що застосовується до договорів нетінгу, може здійснюватися на підставі вибору, зробленого сторонами відповідного договору.

Тим не менш окремо взяті держави встановлюють ряд вимог для застосування принципу автономії волі сторін. Наприклад, у США автономія волі сторін при визначенні застосовуваного права може мати місце за умов наявності додаткових об'єктивних факторів. Так, відповідно до Другого Зводу колізійних норм США (ст. 187(2)(a)) та Уніфікованого торгового кодексу (ст. 1-301), принцип автономії волі сторін не може бути використаним, якщо при виборі застосовуваного права відсутній тісний зв'язок між договором та правом, що обирається сторонам

[8; 9]. За загальним правилом, одним з основних критеріїв наявності тісного зв'язку є виконання істотної частини договору в обраній сторонами юрисдикції.

Крім цього, у світовому співтоваристві залишилась незначна кількість правових систем (зокрема в країнах Латинської Америки), які загалом не визнають автономію волі сторін у міжнародному приватному праві.

Наприклад, у колізійному праві Парагваю (ст. 17 Цивільного кодексу Парагваю) та Уругваю (ст. 2.399 та ст. 2.403 Цивільного кодексу Уругваю) основною колізійною прив'язкою залишається *lex loci executionis* – право місця виконання договору [10; 11]. При цьому суди, як правило, не визнають автономії волі сторін при виборі іноземного права.

Варто також звернути увагу на те, що деякі латиноамериканські держави почали або уже реформували архаїчні норми національного міжнародного приватного права. Наприклад, в Аргентині до 2015 р. було передбачено використання двох колізійних прив'язок залежно від зв'язку правочину з її територією. Зокрема, договори, які не стосувалися Аргентини, регулювалися відповідно до колізійної прив'язки *lex loci contractus* – правом місця укладення договору (ст. 1205 Цивільного кодексу Аргентини 1869 р.), в той час як до договорів, що підлягали виконанню на території Аргентини, застосовувалася прив'язка *lex loci executionis* – право місця виконання договору (ст. 1209 Цивільного кодексу Аргентини 1869 р.) [12]. Проте з прийняттям у 2014 р. нового цивільного та комерційного кодексу Аргентини, який набув чинності з 1 серпня 2015 р., законодавці переглянули підходи до колізійного регулювання договірних зобов'язань з урахуванням кращих світових практик, і як основний принцип, що має застосовуватися в міжнародному приватному праві Аргентини, було закріплено автономію волі сторін (ст. 2651 Цивільного та комерційного кодексу Аргентини 2014 р.) [13].

Учасники транскордонних правовідносин при укладенні правочинів, як правило, очікують, що компетентний суд, у разі виникнення будь-яких спорів, які впливають із цих правовідносин, застосовуватиме право, обране сторонами, базуючись на принципі автономії волі [14, с. 690]. Проте все залежить від того, яке право буде визначене судом як застосовуване, з огляду на положення міжнародного приватного права, що діють у визначеному в юрисдикції місці знаходження такого судового органу. Якщо в результаті до договору неттінгу буде застосоване інше право, ніж те, що обрали сторони, та при цьому буде відсутній будь-який інший інструмент правового захисту інтересів сторін, виникає значний ризик, що такий договір (який був би юридично обов'язковим відповідно до права, обраного сторонами) може не підлягати виконанню або суперечити окремим положенням застосовуваного права, що визначив суд.

Саме тому вибір застосовуваного права сторонами договору неттінгу у юрисдикціях, які не визнають принципу автономії волі, швидше за все, не матиме юридичної сили. У зв'язку з цим сторони мають звертати увагу на матеріальні норми права, яке потенційно підлягатиме застосування згідно із колізійним регулюванням відповідної юрисдикції, щоб уникнути ситуацій, в яких такі матеріальні норми можуть інакше тлумачити питання використання договорів неттінгу (наприклад ототожнювати їх з інститутом зарахування зустрічних вимог чи новації), або ж, за більш негативним сценарієм, не визнавати можливість укладання таких договорів загалом.

*Право, що застосовується до договору неттінгу у разі відсутності вибору такого права сторонами.* За відсутності вибору права сторонами договору неттінгу застосовуване право зазвичай встановлюватиметься відповідно до об'єктивних критеріїв. У цьому контексті превалюючим підходом у визначенні застосовуваного права, що нині домінує в більшості юрисдикцій, можна вважати використання права, з яким відповідний договір має найбільш тісний зв'язок (*lex connectionis fermitatis*). Цей підхід знаходить своє підтвердження також у вже згадуваних регіональних кодифікованих актах щодо питань колізійних норм: Міжамериканській конвенції (ст. 9(1)) та Регламенті Рим I (ст.ст. 4(3) і 4(4)) [2; 3].

Тим не менш застосування такого загального підходу до договорів неттінгу має також свої нюанси та складнощі, оскільки в більшості правових систем світу (в тому числі в Україні, згідно зі ст.ст. 32, 44 Закону про МПРП) правом, що має найбільш тісний зв'язок із договором, виступатиме право держави, де має своє місце проживання або місцезнаходження сторона, що має здійснити виконання, яке має вирішальне значення для змісту договору. В цьому контексті основна особливість полягає в тому, що в договорах неттінгу досить складно визначити таку сторону. Це пов'язано, насамперед, із самою правовою природою договору неттінгу. Згідно з його положеннями сторони обраховують одночасно взаємні зустрічні вимоги, які виникли на підставі різних правочинів (*underlying contracts*) за певний період, та визначають суму чистого зобов'язання (*net amount*), яке підлягає виконанню. Тобто договір неттінгу виступає своєрідним саркофагом, що

покриває певний ряд погоджених зустрічних зобов'язання сторін по основних договорах, ключова функція якого зводиться до зарахування цих зобов'язань. Тому в судовому процесі можуть виникнути очевидні проблеми із встановленням сторони, яка мала б здійснювати вирішальні дії для виконання договору.

Окрім «вирішального виконання», варто звернути увагу також на ряд інших критеріїв, які вказують на тісний зв'язок із правопорядком певної держави. Зокрема, до таких критеріїв відноситься резидентність сторін трансакції, що може мати вирішальний вплив на визначення застосовуваного права до договорів неттінгу. Особливо цей критерій є актуальним у тих випадках, коли сторони є резидентами однієї юрисдикції. Наприклад, такий підхід закріплений у Другому Зводі колізійних законів США (ст. 188(2)(e)) та Законі про міжнародне приватне право та процес Туреччини (ст. 24(4)) [8; 15].

Крім цього, Регламент Рим I вказує на ще один критерій найбільш тісного зв'язку, який є особливо характерним для договорів неттінгу, – виникнення прав та обов'язків сторін правовідносин у результаті здійснення трансакцій із фінансовими інструментами у рамках багатосторонніх торгових площадок (до яких, у тому числі, належать фондові біржі). Зокрема, якщо укладення договору неттінгу здійснюється через відповідні торгівельні системи і сторони трансакції не обрали застосовуваного права, конкретний договір регулюватиметься правом держави, яка встановлює єдині правила торгів для таких торгівельних систем (ст. 4(1)(h) Регламенту Рим I) [2]. Подібне положення містить також Закон про МПрП. Так, п. 3 ч. 2 ст. 44 цього Закону передбачає, що до договору, укладеного на біржі, застосовується право держави, в якій знаходиться біржа [7].

Ще одним, хоча і менш поширеним критерієм для визначення застосовуваного права, може виступати право, що регулює безпосередньо самі правочини, щодо яких передбачене застосування неттінгу. При цьому заради демонстрації найбільш тісного зв'язку із договором неттінгу до таких правочинів має застосовуватися право однієї і тієї самої юрисдикції.

*Роль імперативних норм та публічного порядку.* У колізійному праві зазвичай відсутній сценарій, в якому можливе універсальне та беззаперечне застосування конкретно визначеного правопорядку до відповідних правовідносин. Це пояснюється, насамперед, тим, що в рамках окремо взятої юрисдикції завжди залишається місце для обмежень, що впливають з імперативних норм та публічного порядку цієї юрисдикції. Саме тому, незважаючи на поширену практику визнання принципу автономії волі сторін, завжди ймовірно її обмежене застосування, коли у гру вступають загально обов'язкові норми права.

Розглядаючи у цьому контексті договір неттінгу, варто звернути увагу, що у разі платоспроможності усіх сторін цього договору обмеження імперативних норм та публічного порядку досить рідко впливають на вибір застосовуваного права, зроблений на основі автономії волі. Винятками з цього правила є ситуації, в яких можливе використання імперативних норм держави суду (*lex fori*) або іншого (ніж те, яке обрали сторони) права, яке підлягає застосуванню, коли усі необхідні елементи, що демонструють найбільш тісний зв'язок, знаходяться в його юрисдикції.

Однак використання цих винятків для договорів неттінгу має досить обмежену можливість, оскільки відносини між сторонами таких договорів (у тому числі самих правочинів, на які ці договори поширюються), як правило, характеризуються множинністю зв'язків із різними юрисдикціями, не даючи змоги встановити єдиний найбільш тісний зв'язок. Крім цього, суди не часто схильні до використання імперативних норм інших юрисдикцій, незалежно від того, чи підлягає право таких юрисдикцій застосуванню згідно з колізійним регулюванням.

Що ж стосується публічного порядку, то це обмеження має досить обмежену природу в контексті використання неттінгу. У комерційних та фінансових трансакціях правила про публічний порядок в основному підлягають застосуванню у разі, коли має місце стримування або обмеження торгівлі [14, с. 742]. Таке обмеження, як правило, може виникати лише в рамках правочинів, на які поширюється неттінг (оскільки останній як такий спрямований не на обмеження торгівельної діяльності, а на її розширення).

Таким чином, підсумовуючи вище наведений огляд підходів, закріплених у міжнародно-приватному праві стосовно договорів неттінгу, можна зробити такі висновки:

1. Внаслідок договірної природи неттінгу у правових системах більшості юрисдикцій сформувався тренд, відповідно до якого основною колізійною прив'язкою у таких договорах визнається *lex contractus*, тобто право, застосовуване до договору.

2. При цьому як *lex contractus*, як правило, виступає право, обране сторонами згідно з принципом автономії волі. Такий підхід дає сторонам певний комфорт, що до їх правовідносин

застосовуватиметься саме те право, яке вони погодили в процесі переговорів при укладенні відповідного договору.

3. У світовому співтоваристві все ж залишається ряд юрисдикцій, які в колізійному регулюванні обмежують або забороняють автономію волі у виборі застосовуваного права. Проте наявність таких підходів залишається у явній меншості. При цьому окремі держави уже ініціювали процес реформування національного колізійного регулювання.

4. У тих випадках, коли сторони договору нетінгу не здійснили явно вираженого вибору права, за загальним правилом, до їх правочину застосовуватиметься право, що має найбільш тісний зв'язок із цим правочином.

5. За своєю природою договори нетінгу рідко потрапляють у спектр правовідносин, які можуть суперечити окремим імперативним нормам чи публічному порядку загалом. Однак діаметрально протилежним може бути підхід у випадках із самими правочинами, на які націлене застосування договорів нетінгу.

**Висновки.** У зв'язку із відмінностями у формальних вимогах щодо суб'єктного складу та предметної сфери застосування нетінгу, а також залежно від обсягу правового захисту, який гарантується загальними та спеціальними нормами права (насамперед, імперативними нормами окремо взятої юрисдикції), визначення права, що застосовуватиметься до договорів нетінгу, залишається ключовим для забезпечення їх визнання та належного виконання.

В контексті колізійного регулювання одним з основних завдань законотворців виступає створення такого правового середовища, в якому могли б ефективно функціонувати положення про нетінг відповідно до домовленостей, погоджених сторонами приватно-правових трансакцій. Тобто відповідні правила міжнародного приватного права мали бути спрямованими на забезпечення очікувань сторін стосовно права, яке підлягатиме застосуванню до договорів нетінгу. Варто підкреслити, що неможливість виконання договору нетінгу потенційно створює суттєві негативні наслідки, які не обмежуються лише зростанням кредитних ризиків для його сторін, а можуть створювати потенційну загрозу для безпечного функціонування фінансової системи загалом.

Наостанок варто зазначити, що ключова ідея полягає не в тому, що автономія волі сторін має бути непорушною та беззаперечною, а, навпаки, зводиться до того, що будь-які обмежувальні вимоги, які встановлюються державою, не мають створювати невизначеність у рамках чинного законодавства та, як супровідний ефект, не формувати перешкод для вибору застосовуваного права, зробленого сторонами.

#### **Список використаних джерел:**

1. Leckow R. Operational Issues / R. Leckow, T. Laryea, S. Kerr // Cross-Border Bank Insolvency. Oxford, 2011. (Oxford University Press). 544 p.
2. Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I). URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32008R0593>.
3. Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts of 1994. URL: <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-56.html>.
4. Ekelmans M. La loi applicable a la compensation. Revue de Droit Commercial Belge/Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht. 2006. P. 934–939.
5. Ruhl G. Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency. Conflict of Laws in a Globalized World / Eckart Gottschalk and others (eds). Cambridge, 2007. (Cambridge University Press). P. 153–197.
6. Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts of 2015. URL: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135>.
7. Про міжнародне приватне право: Закон України від 23.06.2005 р. № 2709-IV. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2709-15>.
8. Restatement (Second) of Conflict of Laws of 1971 (as revised). URL: <https://home.heinonline.org/titles/American-Law-Institute-Library/Restatement-Second-Conflict-of-Laws/>
9. Uniform Commercial Code of 1952 (as revised). URL: <https://home.heinonline.org/titles/American-Law-Institute-Library/Uniform-Commercial-Code/>.
10. Código Civil del Paraguay de 1985 Ley N 1183. URL: <http://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/5293/codigo-civil>.
11. Código Civil de la República Oriental del Uruguay de 1868. URL: [http://www.oas.org/dil/esp/codigo\\_civil\\_uruguay.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_uruguay.pdf).

12. Código Civil de la República Argentina de 1869, Ley N 340. URL: <https://docs.argentina.justia.com/federales/codigos/codigo-civil-apr-8-2010.pdf>.
13. Código Civil y Comercial de la Nación de 2014, Ley N 26.994. URL: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ar/ar149es.pdf>.
14. Fawcett J. Cheshire, North and Fawcett's Private International Law / J. Fawcett, J. Carruthers. Oxford, 2008. (Oxford University Press). 1632 p.
15. Turkey Law on International Private and Procedure Law of 2007, No. 5718. URL: <http://jafbase.fr/docAsie/Turquie/Private%20international%20law%20Turkey.pdf>.

УДК 347.426.6

ЛЯШЕВСЬКА Л.І.

### ОСОБЛИВОСТІ ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ, ЗАВДАНОЇ НЕОБХІДНОЮ ОБОРОНОЮ

У статті досліджуються особливості необхідної оборони як способу самозахисту. Підкреслюється комплексний характер необхідної оборони, оскільки такі дії особи можуть містити ознаки цивільних, адміністративних та кримінальних правопорушень. Розглядаються особливості відшкодування шкоди, завданої особою, що діяла у стані необхідної оборони.

**Ключові слова:** необхідна оборона, спосіб самозахисту, субсидіарна відповідальність, деліктні зобов'язання, регресне відшкодування шкоди.

В статье исследуются особенности необходимой обороны как способа самозащиты. Подчеркивается комплексный характер необходимой обороны, поскольку превышение ее пределов может содержать признаки гражданских, административных и уголовных правонарушений. Рассматриваются особенности возмещения вреда, причиненного лицом, действовавшим в состоянии необходимой обороны.

**Ключевые слова:** необходимая оборона, способ самозащиты, субсидиарная ответственность, деликтные обязательства, регрессное возмещение вреда.

The article investigates the features of necessary defence as a means of self-defence. The complex nature of necessary defence is emphasized, since its acts may contain the signs of civil, administrative and criminal offences. The peculiarities of the compensation for the harm caused by a person acting in the state of necessary defence are considered.

**Key words:** necessary defence, method of self-defence, subsidiary liability, tort obligations, regress compensation for the harm.

**Вступ.** Необхідна оборона є ефективним та поширеним способом самозахисту. Вона полягає у діях фактичного характеру, що є відповіддю на правопорушення, які вчиняються у формі дій фактичного характеру. Проблемами необхідної оборони та відшкодуванням шкоди у цьому випадку займались вчені-цивілісти: В.П. Грибанов, О.О. Отраднова, С.П. Параниця, Л.Л. Стецюк, В.Л. Яроцький та ін. Однак наявних досліджень у цій сфері замало. Крім того, відшкодування шкоди при необхідній обороні є важливим інструментом належної реалізації прав і законних інтересів громадян. Таким чином, питання відшкодування шкоди, завданої необхідною обороною, є актуальною темою і потребує подальших досліджень.

© ЛЯШЕВСЬКА Л.І. – кандидат юридичних наук, спеціаліст 1 категорії відділу науково-інформаційної та аналітичної підтримки фахових видань (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого)