

46-53

ЮРИДИЧНИЙ ЖУРНАЛ

Salus populi
suprema
lex esto

код екземпляра 591149



МОН України

*Юрид. журнал
2011 №2
22.12.11 Улашук
24.11.12 Сидорова
11.09.13 Малица
16.02.13 Хуфід
27.03.13 Новожинів
09.04 Сергеев*

манова
ЕГІА
фесор
.. професор
рофесор
, професор,
ресор,
фесор
фесор
юфесор
сор
т
співробітник
ЕНТ
офесор
т
ьченко і.к. – к.ю.н., доцент
нко Н.М. – д.ю.н., професор
нко Н.М. – д.ю.н., старший
вий співробітник
– д.ю.н., професор
– к.ю.н.
С. – академік НАН
., професор

2

ВИДАВНИЧА ОРГАНІЗАЦІЯ
«ЮСТІНІАН»
2011

Національна юридична академія
України імені Ярослава Мудрого
ФУНДАМЕНТАЛЬНА
БІБЛІОТЕКА



Академічний Рейтинг Золота Фортуна

— тверда сходинка
на шляху до успіху!

Телефон Дирекції:
8 (044) 254 57 00
www.fortuna.org.ua



ДО ПИТАННЯ ПРО ОСОБЛИВОСТІ НАДАННЯ ФІНАНСОВИХ ПОСЛУГ: ПОЗИКА ТА КРЕДИТ

Вікторія ГОРБАТЮК,

начальник відділу правової інформації та систематизації законодавства Департаменту правового забезпечення Міністерства фінансів України,
м. Київ

Андрій ЗАКРЕВСЬКИЙ,

директор Департаменту правового забезпечення Міністерства фінансів України,
м. Київ

Людмила КРАВЧЕНКО,

кандидат юридичних наук, доцент, начальник відділу з правового регулювання фінансових послуг Департаменту фінансового законодавства Міністерства юстиції України
м. Київ

З прийняттям у 2004 році нового Цивільного кодексу України в нашій державі з'явилися нові підходи до регулювання відносин у сфері надання фінансових послуг, зокрема, позики та кредиту. При цьому новизна полягає не лише у детальному регулюванні цих відносин, в тому числі визначенні прав та обов'язків сторін відповідного договору, підстав його розірвання тощо, а й у визначенні спеціальних суб'єктів, що можуть надавати відповідні послуги.

У зв'язку з цим і виникла необхідність дослідження питання особливостей надання фінансових послуг: позики та кредиту.

Загальновідомо, що в теорії держави і права регулятором будь-яких відносин є закон, який являє собою загальнообов'язкові правила поведінки, відображені у актах законодавства. Чітке розмежування сфери дії актів законодавства забезпечує регламентацію відносин у суспільстві та можливість застосування санкцій до суб'єктів, що здійснили порушення їх вимоги.

Тому при застосуванні норм законодавства, що регулюють сферу правових відносин, які виникають на підставі укладення, виконання, припинення договорів позики виникає ряд спірних моментів через сферу дії вказаних законодавчих актів. Труднощі у розмежуванні сфери дії актів законодавства створюють можливість використання їх положень через суб'єктивну призму інтересів суб'єкта застосування.

Відносини з укладення, виконання, припинення договору позики регулюються цивільним та фінансовим законодавством. Цивільний кодекс України визначає підстави укладення, порядку виконання та припинення договору позики (статті 1046–1053 ЦК).

Водночас, Закон України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» встановлює, що надання коштів у позику є фінансовою послугою та визначає правові засади надання таких послуг, здійснення регулятивних та наглядових функцій за діяльністю, пов'язану з їх наданням.

У зв'язку з наведеним і виникла необхідність теоретичного дослідження проблем поширення дії норм вищенаведених законодавчих актів на правовідносини, що виникають під час укладання, виконання та припинення договорів позики згідно з нормами цивільного або фінансового законодавства.

Відповідно до статей 1046 та 1048 Цивільного кодексу України, за договором позики одна сторона (позикодавець) передає у власність другій стороні (позичальникові) грошові кошти або інші речі, визначені родовими ознаками, а позичальник зобов'язується повернути кошти (суму позики) або таку ж кількість речей того ж роду та такої ж якості.

Позикодавець має право на одержання від позичальника процентів від суми позики, якщо інше не встановлено договором або законом.

Натомість, фінансова послуга – це операція з фінансовими активами, що здійснюється в інтересах третіх осіб за власний рахунок чи за рахунок цих осіб, а у випадках, передбачених законодавством, – і за рахунок залучених від інших осіб фінансових активів, з метою отримання прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів (пункт 5 частини першої статті 1 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг»).

Слід зазначити, що новий Цивільний кодекс України розмежує поняття позики та кредиту і присвячує їм окремі параграфи. Незважаючи на те, що до відносин за кредитним договором застосовуються положення параграфа 1 глави 71 Цивільного кодексу України, яким врегульовано відносини надання позики, суть кредитного договору має кардинальні відмінності.

Так, суть кредитного договору полягає у наданні послуги фінансовою установою її клієнтам, натомість укладення договору позики не потребує наявності спеціального суб'єкта надання, а також обов'язковості оплати відповідної послуги у вигляді процентів, що залишається на розсуд сторін.

Крім того, розмір процентів та порядок їх сплати за договором визначаються в кредитному договорі залежно від кредитного ризику, наданого забезпечення, попиту і пропозицій, які склалися на кредитному ринку, строку користування кредитом, розміру облікової ставки та інших факторів.

Отже, за кредитним договором банк або інша фінансова установа (кредитодавець) зобов'язується надати грошові кошти (кредит) позичальникові у розмірі та на умовах, встановлених договором, а позичальник зобов'язується повернути кредит та сплатити проценти. Також однією з відмінностей надання кредиту від позики є те, що позикодавець, як правило, надає кошти, що належать йому на праві власності, а фінансова установа у більшості випадків діє за рахунок залучених коштів, зокрема, банківських вкладів.

При цьому у Законі України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» при визначенні переліку фінансових послуг все ж таки застосовується поняття «позика».

Враховуючи це, нижче доцільно розглянути питання, чи не свідчить зазначене про наявність певної колізії між цивільним законодавством та Законом України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг».

Згідно із пунктом 1 статті 1 цього Закону, фінансова установа – це юридична особа, яка відповідно до закону надає одну чи декілька фінансових послуг та яка віднесена до відповідного реєстру у порядку, встановленому законом. До фінансових установ належать банки, кредитні спілки, ломбарди, лізингові компанії, довірчі товариства, страхові компанії, установи накопичувального пенсійного забезпечення, інвестиційні фонди і компанії та інші юридичні особи, виключним видом діяльності яких є надання фінансових послуг.

При цьому вказаний Закон відносить послугу з надання коштів у позику, в тому числі і на умовах фінансового кредиту, до виключного переліку фінансових послуг та встановлює, що право на здійснення цієї операції мають фінансові установи, а також, якщо це прямо передбачено законом, фізичні особи – суб'єкти підприємницької діяльності.

Слід зазначити, що Закон України «Про банки і банківську діяльність» взагалі не містить поняття

«позика», а використовує поняття «банківський кредит».

Отже, незважаючи на те, що, згідно з вищезазначеним Законом, надання коштів у позику є фінансовою послугою, сама по собі позика, правовий режим якої визначений Цивільним кодексом України, не може априорі вважатися фінансовою послугою, оскільки має деякі відмінності від позики, правовий режим якої визначається Законом України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг».

По-перше, стороною договору позики може бути будь-яка фізична або юридична особа, що має необхідний обсяг цивільної дієздатності; фінансові ж послуги надаються фінансовими установами, а також, якщо це прямо передбачено законом, фізичними особами – суб'єктами підприємницької діяльності. Закон України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» не передбачає можливості надання фінансових послуг фізичними особами, які не є суб'єктами підприємницької діяльності.

Крім того, на відміну від договору позики, у кредитному договорі предметом надання є лише грошові кошти, а не інші речі, визначені родовими ознаками. Порівняльно-правовий аналіз зазначеного вказує на те, що у разі передання за договором позики не грошових коштів, а інших речей, така позика взагалі не буде вважатися фінансовою послугою.

По-друге, метою суб'єкта надання фінансових послуг є отримання прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів, а мету суб'єкта надання позики Цивільним кодексом України не визначено.

Також Законом України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» передбачено укладення у письмовій формі договору про надання фінансових послуг. Водночас, статтею 1047 Цивільного кодексу України встановлено, що договір позики укладається у письмовій формі, якщо його сума не менш як у десять разів перевищує встановлений законом розмір неоподаткованого мінімуму доходів громадян, а у випадках, коли позикодавцем є юридична особа, – незалежно від суми.

Аналіз наведених вище норм законодавства дає підстави зробити висновок про те, що Закон України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» не поширюється на відносини, що виникають між фізичними особами, які не є суб'єктами підприємницької діяльності, у процесі укладення, виконання та припинення договорів позики.

Застосування ж у зазначеному Законі поняття «позика» є неправильним і спотворює суть та мету

надання фінансових послуг. Крім того, вказане може призвести до неоднакового застосування законодавства судами України під час розгляду відповідних судових справ і, як наслідок, постановлення рішень, що будуть скасовані в апеляційному та касаційному провадженні.

Виходом з такої ситуації є приведення у відповідність з нормами Цивільного кодексу України Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг». До того часу, як це буде зроблено, пропонуємо керуватися нижченаведеним.

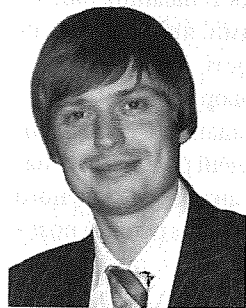
Відносини, що виникають при укладенні, виконанні, припиненні договору позики, укладеного

з метою отримання прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів, юридичною особою або фізичною особою – суб'єктом підприємницької діяльності, які діють в інтересах третіх осіб за власний рахунок чи за рахунок цих осіб, регулюються Цивільним кодексом України та Законом України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг».

У разі ж передання фізичною особою (позикодавцем) у власність другій стороні (позичальникові) грошових коштів або інших речей, визначених родовими ознаками, слід керуватися положеннями Цивільного кодексу України. **Ю**

У Міністерстві юстиції України

ОПОДАТКУВАННЯ ПДВ ПОСЛУГ У СФЕРІ ІНФОРМАТИЗАЦІЇ ПО-НОВОМУ



Станіслав КОВАЛЕНКО
Директор департаменту,
Партнер ТОВ «ЮК «Сіан
Консалтинг»

Незважаючи на те, що з моменту прийняття Податкового кодексу України (далі – «ПКУ») минуло два місяці, різноманітні видання юридичного спрямування все ще вважають питання, які виникають при застосуванні цього нормативного акту, темою номер один та продовжують розміщувати коментарі спеціалістів.

В даній статті розглянемо проблематику пп. 196.1.14 п. 196.1 ст. 196 ПКУ в частині, що стосується постачальників послуг у сфері інформатизації, а саме, чи є вони платниками податку на додану вартість (надалі за текстом – «ПДВ»). При цьому дана проблематика виникла майже «на рівному місці», а її ініціаторами є український законодавець та відсутність реакції з боку податкових органів, які б вже мали надати необхідні роз'яснення.

Відповідно до зазначеного пп. 196.1.14 п. 196.1 ст. 196 ПКУ, не є об'єктом оподаткування ПДВ операції з постачання послуг, визначених у пп. «в» п. 186.3 ст. 186 ПКУ, у тому числі: послуги з розроблення, постачання та тестування програмного забезпечення, з оброблення даних та надання консультацій з питань інформатизації, надання інформації та інших послуг у сфері інформатизації, у тому числі з використанням комп'ютерних систем.

Отже у самому пп. 196.1.14 ст. 196 ПКУ не міститься чітко визначеного переліку операцій, що не є об'єктом оподаткування, даний підпункт є відсилочною нормою. При цьому п. 186.3 ст. 186 ПКУ визначає місце постачання

послуг. При аналізі положення вказаних статей ПКУ виникає питання – навіщо законодавець для послуг, вказаних у пп. «в» п. 186.3 ст. 186 ПКУ, визначив місце їх поставки, якщо, згідно пп. 196.1.14 ст. 196 ПКУ, такі послуги не є об'єктом оподаткування. Також незрозумілим виглядає наповнення пп. 196.1.14 ст. 196 ПКУ, коли попередні підпункти даного п. 196.1 ст. 196 ПКУ містять конкретний перелік операцій, які не є об'єктом оподаткування.

Враховуючи відсутність на сьогоднішній день відповідних офіційних роз'яснень Державної податкової адміністрації України щодо вищезазначених положень ПКУ можна стверджувати, що зазначені у пп. «в» п. 186.3 ст. 186 ПКУ послуги все ж таки не є об'єктом оподаткування ПДВ. В той же час відмітимо, що у неофіційних роз'ясненнях ДПА України розглядає такими, що підпадають під дію пп. 196.1.14 ст. 196 ПКУ, всі види діяльності, які відповідають класу 72 КВЕД «Діяльність у сфері інформатизації». Таким чином, приймаючи до уваги вищезазначене, всім, хто надає послуги у сфері інформатизації, у тому числі з використанням комп'ютерних систем, та все ще не впевнений щодо розуміння пп. 196.1.14 п. 196.1 ст. 196 ПКУ, рекомендуємо стежити за офіційними роз'ясненнями (консультаціями) податкових та інших державних органів з цього питання. А доти повідомляти своїх контрагентів, що операції з надання вказаних послуг не є об'єктом оподаткування.

Колектив «Юридичного журналу» вітає
з Днем народження шеф-редактора Видавничої
організації «Юстиніан», адвоката

МАКСИМОВУ
Світлану Володимирівну!

Бажаємо Вам творчої наснаги, здійснення мрій
та реалізації професійних задумів!

ДЕРЖАВНИЙ ЗАХИСТ ОСІБ, ЯКІ НАДАЮТЬ ДОПОМОГУ В ЗАПОБІГАННІ ТА ПРОТИДІЇ КОРУПЦІЇ

Андрій КУХАРУК,

Головний спеціаліст відділу антикорупційної політики Департаменту законодавства про правосуддя, правоохоронну діяльність та антикорупційну політику

Сприйняття корупції як однієї із основних загроз стабільному функціонуванню держави, істотної перепони на шляху її розвитку є загально визнаним та найбільш поширеним в сучасному суспільстві.

Тому більшість держав світу, в тому числі й найрозвинутіші, вживають активних заходів, спрямованих на подолання корупції, розробляють нові методики виявлення її проявів, удосконалюють законодавство у даній сфері. До вказаної теми прикута постійна увага з боку міжнародної спільноти – проводяться конференції та семінари, створюються нові та розширюється географія діяльності вже існуючих інституцій, укладаються двота багатосторонні угоди щодо взаємної правової допомоги тощо.

Одним із міжнародних стандартів антикорупційної політики, який на сьогодні реалізовується в багатьох державах, є захист осіб, які надають допомогу в запобіганні та протидії корупції.

Насамперед, таке правило закріплене у Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції (ратифікованій Законом України від 18 жовтня 2006 року № 251-V) – базовому міжнародно-правовому акті у сфері антикорупційної діяльності. Так, статтею 33 вказаної Конвенції передбачено, що кожна держава-учасниця розглядає можливість включення до своєї внутрішньої правової системи належних заходів для забезпечення захисту будь-яких осіб, які добросовісно й на обґрунтованих підставах повідомляють компетентним органам про будь-які факти, пов'язані зі злочинами, передбаченими цією Конвенцією, від будь-якого несправедливого поведіння.

Положення щодо необхідності захисту таких осіб також міститься в Кримінальній конвенції Ради Європи про боротьбу з корупцією, ратифікованій Законом України від 18 жовтня 2006 року № 252-V. Так, згідно із статтею 22 Конвенції, кожна Сторона вживатиме таких заходів, які можуть бути необхідними для забезпечення ефективного й належного захисту тих, хто повідомляє про кримінальні злочини, визначені у статтях 2–14 (передбачені Конвенцією корупційні злочини), або в

інший спосіб співробітничав із органами слідства та кримінального переслідування, а також свідків, які дають показання стосовно цих злочинів.

Крім цього, подібна вимога передбачена й статтею 9 Цивільної конвенції Ради Європи про боротьбу з корупцією, ратифікованої Законом України від 16 березня 2005 року № 2476-IV. Відповідно до цієї норми, кожна Сторона передбачає у своєму внутрішньому законодавстві належний захист проти будь-якої необґрунтованої санкції щодо працівників, які мають достатні підстави підозрювати корупцію, та які добросовісно доповідають про свої підозри відповідальним особам або компетентним органам.

Враховуючи зазначене, у багатьох державах світу вже протягом тривалого часу і не безуспішно функціонують системи захисту осіб, які надають допомогу в запобіганні та протидії корупції.

Наприклад, у Сполучених Штатах Америки існує спеціальне законодавство, присвячене інформуванню про правопорушення. В першу чергу, це Закон про захист «інформаторів» (Whistleblower Protection Act), який діє з 1998 року. Даний закон забороняє звільнення, дискримінацію чи інше переслідування відносно працівника, який повідомив про порушення закону своєму роботодавцю чи представнику влади. Звільнення «інформатора», зокрема, може призвести до кримінальної відповідальності.

Цей закон містить положення щодо захисту прав та законних інтересів як працівників, так і роботодавців. Зокрема, працівники вправі відмовитись виконувати вказівки свого роботодавця, керуючись мотивами законності. Інтереси роботодавців захищені у випадках зловживання з боку працівників своїм правом повідомляти про порушення.

У Сполученому Королівстві Великої Британії та Північної Ірландії з 1999 року діє Закон про розкриття інформації в публічних інтересах (Public Interest Disclosure Act). Цей закон вважається одним із найпрогресивніших у Європі. Вказаний закон встановлює захист від незаконного покарання чи звільнення осіб, які повідомляють про серйозні розкрадання чи інші зловживання, що здійснюються за місцем їх роботи. Особа має повідомляти про такі факти з добрими намірами (не з мотивів власної вигоди чи заподіяння шкоди роботодавцю) та бути переконаною, що повідомлена нею інформація є правдою. Дія закону поширюється як на публічний, так і на приватний сектори.