

ОГЛАВЛЕНИЕ

I.	НОВОСТИ КОМПАНИИ	2
	Итоги проведения круглого стола «Взаимоотношения плательщиков налогов с контролирующими и правоохранительными органами: защита бизнеса от незаконных действий представителей власти»	
	<i>Действие норм Налогового Кодекса во времени</i>	
	<i>Возбуждение уголовного дела против должностного лица в связи с уклонением от уплаты налогов</i>	
II.	ФИНАНСОВОЕ ПРАВО	6
	Альтернатива банковскому вкладу. Особенности предоставления займов и финансовых кредитов	
III.	КОРПОРИВНОЕ ПРАВО	11
	Кредиты в иностранной валюте. Альтернативный взгляд	

I. НОВОСТИ КОМПАНИИ

4 марта 2011 года в Пресс-Центре «ЛигаБизнесИнфо» состоялся круглый стол «Взаимоотношения налогоплательщиков с контролирующими и правоохранительными органами: защита бизнеса от незаконных действий представителей власти»



Сергей Саченко,

материал издания «Юридическая газета» (№11 от 15 марта 2011 г.)

Как правильно применять новый Налоговый кодекс относительно действия во времени? Какого порядка в ходе доначисления налоговых обязательств должны придерживаться компетентные органы? Будет ли государство и дальше вмешиваться в договорные отношения налогоплательщиков? Все эти и многие другие важные вопросы стали предметом обсуждения специалистами 4 марта на круглом столе «Юридической газеты», который традиционно прошел в пресс-центре Информационного агентства «ЛигаБизнесИнформ». Соорганизатором и партнером мероприятия стала известная юридическая компания «Центр Правового Консалтинга».

Целью проведения круглого стола было рассмотрение многочисленных проблем во взаимоотношениях налогоплательщиков с государственной властью, а также высказывания специалистами свежих мыслей по применению новых положений налогового законодательства. Впрочем, больше всего присутствующих юристов и предпринимателей интересовал опыт противодействия злоупотреблениям со стороны контролирующих и правоохранительных органов в ходе налоговых проверок и незаконным привлечением к ответственности за неуплату налогов.

ДЕЙСТВИЕ НОРМ КОДЕКСА ВО ВРЕМЕНИ



Обсуждая наиболее важные новеллы нового налогового законодательства и вероятные сложности их применения эксперты нарушили важную тему - применение норм Налогового кодекса во времени. Свое толкование и практические предложения по этому поводу на круглом столе высказал **управляющий партнер ЮФ «Центр Правового Консалтинга» Артур Нонко**.

Все знают, что с 1 января вступил в силу Налоговый кодекс Украины. С этой даты утратил силу Закон № 2181 «О порядке погашения обязательств плательщиков налогов перед бюджетами». В связи с этим у юристов должно возникнуть вопрос: какими положениями законодательства следует руководствоваться при применении ответственности за нарушения, допущенные в налоговой сфере до 1 января 2011? К сожалению Налоговый кодекс как в Переходных, так и в Заключительных положениях не содержит правил обратного действия во времени настоящего Кодекса. В этом случае логично было бы обратиться к нормам Основного Закона - Конституции Украины, которая указывает, что Законы и другие нормативно-правовые акты не имеют обратного действия во времени за исключением тех случаев, когда речь идет о смягчении или отмены ответственности лица. Впрочем, согласно решению Конституционного Суда Украины от 1999 года данная статья применяется только к ответственности физических лиц.

Сегодня у практикующих юристов может возникнуть проблема, ведь между новыми и старыми положениями налогового законодательства относительно санкций за налоговые правонарушения существуют определенные различия. Понятно, что налогоплательщики не были знакомы с правилами Налогового кодекса на тот момент, когда они осуществляли свои хозяйственные операции. Следовательно, возникает закономерный вопрос - а можно ли сегодня применять новые положения Кодекса к тем правонарушениям в сфере налогообложения, совершенных налогоплательщиками в прошлом году?

По мнению Артура Нонко, в этом случае может быть проведена аналогия с ситуацией, сложившейся после введения в действие Гражданского и Хозяйственного кодексов. К тому времени утратил силу ГК УССР, который предусматривал санкции за совершение сделок с целью, противоречащей интересам государства (статья 49). Аналогичные по содержанию санкции были предусмотрены статьями 207 и 208 Хозяйственного кодекса Украины. Однако Верховный суд Украины решил (постановление ВСУ № 08/31 от 04.03.2008 г.), ХК Украины обратной силы не имеет, а статья 49 ГК УССР утратила силу, поэтому к сторонам ничтожных сделок, заключенных до 01.01.2004 года, не можно применить никакой ответственности. И это притом, что содержание указанных санкций фактически совпадал с предусмотренными в статьях 207 и 208 ГК Украины.



Итак, если мы смоделируем эту ситуацию на нормах налогового законодательства, получается, что если налоговые органы и обнаружат в ходе проверок нарушения, совершенные до 1 января 2011, они все равно не будут иметь правовых оснований для применения каких-либо финансовых санкций к налогоплательщику. По словам Артура Нонко, эта ситуация фактически будет означать налоговую амнистию. Такую же позицию поддерживает и председатель Киевской городской КДКА Инна Рафальская. По ее словам все практикующие юристы понимают логику применения данной аналогии, но главное, чтобы ее поддержали и судьи. По мнению другого эксперта - **заместителя начальника отдела обеспечения работы IV судебной палаты Высшего**

административного суда Украины Антона Поляничко, рассчитывать на такую практику юристам пока не стоит. По его словам, ВАСУ уже проводил несколько семинаров с судьями первой и апелляционной инстанций, на которых также поднимался вопрос о применении норм Кодекса во времени. В качестве рекомендации, судьям было высказано мнение о том, что действие кодекса во времени является обратной лишь в том случае, если новым законодательством фактически не меняется старое правило поведения. То есть если некоторое налоговое начисления не было предусмотрено ранее, ответственность за его нарушение применять нельзя. Если же оно было таким же как и по Закону Украины № 2181 - со ссылкой на нормы Налогового кодекса можно применять ответственность за нарушения, совершенные вопреки нормам предыдущих законов, действовавших до 1 января 2011.



ВОЗБУЖДЕНИЕ УГОЛОВНОГО ДЕЛА

Завершив обсуждение новелл Налогового кодекса Украины и некоторых аспектов по применению его норм, слово на круглом столе были переданы экспертам по уголовному праву, которые поделились своим опытом защиты прав клиентов на стадии возбуждения уголовного дела. Объяснять дополнительный раз актуальность этого вопроса не стоит, ведь ни для кого не секрет, что на сегодняшний день возбуждения уголовного дела является грозным инструментом для того, чтобы уничтожить бизнес того или иного конкурента.

В своем докладе **адвокат ЮФ «Центр Правового Консалтинга» Василий Андросюк** напомнил, что каждый предприниматель в ходе ведения своего бизнеса рано или поздно допускает ошибки, которые впоследствии могут стать основанием для преследования налоговыми и правоохранительными органами. По его мнению, весьма проблематичным в этом

аспекте является сбор следственными органами материалов для возбуждения уголовного дела в отношении предпринимателя, в ходе которого представителями власти допускаются много нарушений.

Так, по словам специалиста, в случае выемки финансовых документов предпринимателям следует гораздо внимательнее относиться к некоторым процессуальным вопросам, в частности, к оформлению описи изъятых документов, когда в соответствующем акте не указывается ни их реквизиты, ни название или содержание бумаг. Более того, изымая документы правоохранительные органы не оставляют предпринимателю их копии, хотя по закону обязаны это делать. В итоге, изъятые документы часто теряются или скрываются правоохранительными органами до передачи дела в суд. Следовательно, по убеждению господина Андросюка, процесс возбуждения уголовного дела является весьма ответственным этапом для дальнейшего построения защитной линии.

II. ФИНАНСОВОЕ ПРАВО

Альтернатива банковскому вкладу. Особенности предоставления займов и финансовых кредитов



Артур Нонко
к.ю.н.
Управляющий
партнер
ЮФ «Центр
правового
консалтинга»

Татьяна
Поддубная
Директор
департамента по
вопросам
регистрации
финансовых
учреждений
ЮФ «Центр
правового
консалтинга»



В последнее время, все больше людей, у которых, несмотря на кризис, все же есть какие-то сбережения, начали задумываться об альтернативе банковскому вкладу. Ведь по сути банки, привлекая деньги на депозит, фактически дают их в долг другим лицам под более высокий процент и, таким образом, зарабатывают деньги. В этой связи у предприимчивых людей возникают вопросы, каким образом можно самостоятельно или после организации соответствующего бизнеса, и можно ли вообще, кому-то одалживать деньги и получать за это вознаграждение (проценты).

Со вступлением в силу с 01.01.2004 года нового Гражданского кодекса Украины (далее – ГК Украины) вокруг понятий «займ» и «кредит» ведутся постоянные дискуссии. Наличие в законодательных и нормативно-правовых актах таких понятий, как «займ», «кредит», «финансовый кредит» и т.д., и более того – положений, которые устанавливают правила, на первый взгляд, противоречащие друг другу, вызывают непонимание специфики правоотношений не только у простых обывателей, но и споры среди специалистов. Дискуссии вызывает вопрос, кто имеет право предоставлять денежные займы и получать за это соответствующее вознаграждение. **Существует ряд законодательных актов, например, ГК Украины и Закон Украины «О финансовых услугах и государственном регулировании рынков финансовых услуг» от 12.07.2001 г. № 2664-III (далее – Закон № 2664-III), содержащих нормы, направленные на урегулирование правоотношений, возникающих из отношений займа и кредита.** В частности, положениями ГК Украины установлены общие требования к договорам, в основе которых лежат правоотношения займа или кредита. В свою очередь, Закон № 2664-III содержит специальные правила, касающиеся регулирования деятельности на рынке финансовых услуг, в том числе и при предоставлении финансовых услуг займа. Поэтому необходимо точно разграничивать сферу действия этих законодательных

актов, и в случаях, когда они содержат взаимоисключающие правила, определять какой из указанных актов является общим или специальным для тех или иных правоотношений и субъектов.

С точки зрения действующего гражданского законодательства денежные средства могут быть предоставлены либо в заем, либо в кредит. В частности, параграфы 1 и 2 главы 71 ГК Украины содержат две правовые конструкции, имеющие общую правовую природу: договор займа и кредитный договор. В чем их принципиальные отличия и есть ли они?

Прежде всего, отличие состоит в том, что **предметом кредитного договора могут быть исключительно денежные средства, в то время как по договору займа могут передаваться не только деньги, но и вещи, имеющие родовые признаки.** Договор займа – реальный договор (статья 1046 ГК Украины), а кредитный договор – консенсуальный (статья 1056 ГК Украины). Поскольку нас интересуют финансовые аспекты этого вопроса, то будем рассматривать эти правовые конструкции в ситуации, когда передаче подлежат исключительно денежные средства.

Существуют и иные отличия этих правовых конструкций, связанные с определением, во-первых, круга лиц, которые могут выступать стороной в таких отношениях в качестве лица предоставляющего денежные средства, т.е. кредитора, и, во-вторых, оплатностью или безоплатностью таких договоров.

1. С ответом на вопрос, **кто может предоставлять кредиты и соответственно заключать кредитные договора, сложностей не возникает. Так, согласно со статьей 1054 ГК Украины предоставлять денежные средства (кредит) может банк или иное финансовое учреждение.**

Определение понятия «**банк**» содержится в статье 2 Закона Украины «О банках и банковской деятельности» от 07.12.200 г. № 2121-III и не вызывает сомнений какие учреждения следует относить к банковским.

В свою очередь, для определения понятия «**финансовое учреждение**» следует обратиться к положениям Закона № 2664-III, который регулирует отношения, возникающие между участниками рынков финансовых услуг (под которыми подразумеваются юридические лица и физические лица – субъекты предпринимательской деятельности, которые в соответствии с законом имеют право осуществлять деятельность по предоставлению финансовых услуг на территории Украины, и потребители таких услуг) во время осуществления операций по предоставлению финансовых услуг (часть первая статьи 2 Закона № 2664-III). Так, согласно со статьей 1 Закона № 2664-III финансовое учреждение – юридическое лицо, внесенное в установленном порядке в соответствующий реестр, предоставляющее в соответствии с законом одну или несколько финансовых услуг, или иные услуги, связанные с предоставлением услуг, в случаях, прямо определенных законом.

На сегодняшний день среди небанковских финансовых учреждений деятельностью,

связанной с предоставлением финансовых кредитов, могут заниматься кредитные союзы, ломбарды, другие кредитные учреждения, а также финансовые компании. Вместе с тем, предоставлять финансовые кредиты за счет привлеченных средств имеет право на основании соответствующей лицензии только кредитное учреждение.

У всех этих финансовых учреждений есть свои особенности и требования для предоставления финансовых услуг. Кредитные союзы сейчас переживают не самые легкие времена, к тому же создать его достаточно сложно, учитывая то обстоятельство, что учредителей должно быть не менее 50 человек. Кроме того, круг лиц, которым может быть выдан кредит, ограничивается членами кредитного союза.

Большой популярностью в последнее время пользуются ломбарды. Исключительным видом деятельности данного финансового учреждения является предоставление на собственный риск финансовых кредитов физическим лицам за счет собственных или привлеченных средств, под залог имущества на определенный срок и под процент, и предоставление сопутствующих услуг ломбарда. Как мы видим, ломбарды не имеют права кредитовать юридических лиц, а также обязательным является наличие залога.

Кроме вышеуказанных кредитных учреждений, действующее законодательство выделяет в отдельный вид – **другие кредитные учреждения**. Их основной особенностью является то, что такие учреждения, на основании полученной лицензии, имеют право предоставлять финансовые кредиты физическим и юридическим лицам за счет собственных и/или привлеченных средств, и такая деятельность не может совмещаться с предоставлением каких-либо видов финансовых услуг.

Поэтому, с точки зрения функциональности, наиболее перспективными можно считать финансовые компании, которые могут совмещать наибольшее количество финансовых услуг. Среди основных услуг, которые могут предоставлять финансовые компании и которые не требуют получения лицензий, можно выделить следующие: предоставление услуг финансового лизинга, гарантий, факторинга, поручительств, займов. В то же время предоставлять финансовые кредиты финансовая компания будет иметь право только за счет собственных средств. Создание такой компании предполагает всего два этапа: регистрация юридического лица (как правило, в форме общества с ограниченной ответственностью) и получение статуса финансового учреждения – внесение информации о финансовой компании в Государственный реестр финансовых учреждений. После внесения в Государственный реестр финансовая компания получает Свидетельство о регистрации финансового учреждения и приложение к нему. На основании данных документов финансовая компания получает право предоставлять финансовые услуги, которые указаны в приложении к Свидетельству.

Таким образом, учитывая все вышесказанное, если планируется предоставление денежных средств в заем на определенный срок и под процент за счет собственных средств, оптимальным вариантом организации бизнеса будет создание финансовой компании, основным видом деятельности которой будет предоставление финансовых кредитов за счет собственных средств.



Из указанного выше следует, что действующее законодательство не предусматривает возможности предоставления кредитов физическими лицами. Более того, Закон № 2664-III предоставляет физическим лицам, не являющимся субъектами предпринимательской деятельности, исключительно статус потребителей финансовых услуг.

2. На вопрос, предоставляет ли возможность физическим лицам стать кредиторами использование конструкции договора займа, однозначного ответа нет. Выскажем свое мнение по данному вопросу.

По общему правилу, установленному ГК Украины, стороной договора займа в качестве кредитора может быть любое физическое или юридическое лицо, которое имеет необходимый объем гражданской дееспособности.

Вместе с тем, статьей 4 Закона № 2664-III предоставление средств в заем, в том числе и на условиях финансового кредита отнесено к финансовым услугам, под которыми понимаются операции с финансовыми активами, в том числе деньгами, которые осуществляются в интересах третьих лиц за собственный счет или за счет этих лиц, а в случаях, предусмотренных законодательством, и за счет привлеченных от других лиц финансовых активов, с целью получения прибыли или сохранения реальной стоимости активов.

Из указанного выше следует вывод, что законодатель для целей Закона № 2664-III использует понятие «заем», как имеющее родовые признаки, и - понятие «финансовый кредит», как видовое, являющееся одной из форм «займа». При этом положения Закона № 2664-III не содержат определения понятия «заем», в свою очередь согласно со статьей 1 Закона № 2664-III под финансовым кредитом следует понимать деньги, которые передаются в заем юридическому или физическому лицу на определенный срок и под процент. Возникает вопрос, а в чем же тогда, в понимании положений Закона № 2664-III заключается отличие займа от финансового кредита? Исходя из определения понятия «финансовый кредит», содержащегося в Законе № 2664-III, единственным критерием для отличия этого понятия от понятия «заем», по нашему мнению, может служить наличие или отсутствие в договоре установленной платы, т.е. процентов. Таким образом, **если договор платный, то это финансовый кредит, а если без установленной платы (беспроцентный), то – заем.** Но тогда, это не в полной мере отвечает критериям финансовой услуги, поскольку целью предоставления таковой является получение прибыли или сохранения реальной стоимости активов. Если условие об оплате (процентах) в договоре отсутствует, то о какой прибыли может быть речь? Сомнительным выглядит и аргументация, согласно которой денежные средства беспроцентно передаются в заем с целью сохранения их реальной стоимости.

Таким образом, по нашему мнению, понятия «заем» и «финансовый кредит», используемые в Законе № 2664-III, для целей этого закона несут одинаковую смысловую нагрузку и, по сути, отвечают всем признакам понятия «кредит», используемого в ГК Украины. Следовательно, существуют основания полагать, что

параграфом 2 главы 71 ГК Украины установлены общие требования к кредитным договорам, а положения Закона № 2664-III устанавливают требования к деятельности на рынке финансовых услуг, в том числе и деятельности, связанной с предоставлением кредитов (финансовых кредитов или займов, как это указано в Законе № 2664-III).

А что же тогда с займами, положения о которых содержатся в параграфе 1 главы 71 ГК Украины и которые, по сути, не являются кредитами?

Решение проблемы лежит в плоскости нахождения ответа на вопросы, **распространяется ли действие Закона № 2664-III на правоотношения, которые могут возникнуть, если кредитором по договору займа выступит физическое лицо, не являющееся субъектом предпринимательской деятельности, и может ли таким договором быть предусмотрено начисление платы (процентов)?**

Судебная практика противоречива и не дает ответ на этот вопрос. Так, в Постановлении Судебной палаты в гражданских делах Верховного суда Украины от 21.04.2010 г. указывается об ошибочности применения положений Закона № 2664-III к правоотношениям, в которых кредитором по договору займа выступает физическое лицо, не являющееся субъектом предпринимательской деятельности, в Постановлении Судебной палаты в гражданских делах Верховного суда Украины от 19.05.2010 г. указывается, что при отказе во взыскании процентов за пользование денежными средствами суды не обратили внимание, что Закон № 2664-III не применяется к спорным правоотношениям. В свою очередь, в Постановлении Судебной палаты в гражданских делах Верховного суда Украины от 08.07.2009 г. наоборот указано, что при взыскании процентов по договору займа суды не обратили внимание на необходимость применения Закона № 2664-III к спорным правоотношениям.

Выскажем свое мнение. Из приведенной судебной практики следует, что **суды, прежде всего, обращают внимание на вопрос о применении или не применении положений Закона № 2664-III, когда речь идет о взыскании начисленных процентов.** В части первой статьи 1048 ГК Украины установлено, что займодавец имеет право на получение от заемщика процентов от суммы займа, если иное не определено договором или законом. Получение прибыли (дохода) от услуги является одним из критериев, по которой такую услугу следует квалифицировать как финансовую. Законом № 2664-III установлены требования к лицам, которые могут предоставлять финансовые услуги и соответственно получать с таких операций прибыль (доходы). Как уже было отмечено выше понятия «займ» и «финансовый кредит», используемые Законом № 2664-III, являются ничем иным как понятием «кредит», используемым параграфом 2 главы 71 ГК Украины, причем из содержания положений Закона № 2664-III следует, что существенным их признаком является установление процентов (оплатность финансовой услуги). Таким образом, существуют основания полагать, что по смыслу Закона № 2664-III существует запрет на установление процентов по договорам займа, которые подпадают под регулирование параграфа 1 главы 71 ГК Украины, т.е. по договорам, которые не являются кредитными. Таким образом, физические лица беспрепятственно имеют право

предоставлять займы, руководствуясь общими положениями гражданского законодательства, и в частности, параграфом 1 главы 71 ГК Украины, но при этом такие договора не должны содержать признаков финансовой услуги, т.е. устанавливать проценты за пользование денежными средствами. Потому что установление процентов по договору займа позволяет квалифицировать такой договор как финансовую услугу.

Из этого правила есть исключение, что косвенно подтверждает сходность позиции Госфинуслуг с изложенной выше. Так, частью 4 статьи 5 Закона № 2664-III установлено, что законами и нормативно-правовыми актами государственных органов, которые осуществляют регулирование деятельности финансовых учреждений и рынков финансовых услуг, выданными в пределах их компетенции, может быть определена возможность и порядок предоставления отдельных финансовых услуг юридическими лицами, которые по своему статусу не являются финансовыми учреждениями. На основании указанного положения Закона № 2664-III Госфинуслуг своим Распоряжением № 5555 от 31.03.2006 г. установила, что юридические лица, которые по своему правовому статусу не являются финансовыми учреждениями, имеют право предоставлять финансовые услуги и передавать денежные средства в заем (за исключением, предоставляемых на условиях финансового кредита) в соответствии с требованиями гражданского законодательства. Из указанного следует, что Госфинуслуг предоставила право юридическим лицам, которые по своему правовому статусу не являются финансовыми учреждениями, предоставлять займы, положения о которых содержатся в параграфе 1 главы 71 ГК Украины, в качестве финансовой услуги, т.е. с целью получения прибыли. Соответственно можно предположить, что по таким договорам не запрещено брать плату (устанавливать проценты за пользование денежными средствами).

Таким образом, подведем итоги всему выше сказанному.

Во-первых, **кредиты (финансовые кредиты) могут предоставлять только банки или финансовые учреждения.** При этом параграфом 2 главы 71 ГК Украины установлены общие требования к кредитным договорам, а требования к деятельности на рынке финансовых услуг, связанной с предоставлением кредитов, - Законом № 2664-III.

Во-вторых, **юридические лица, которые по своему правовому статусу не являются финансовыми учреждениями, имеют право предоставлять займы,** положения о которых содержатся в параграфе 1 главы 71 ГК Украины, в качестве финансовой услуги, т.е. **с установлением процентов** за пользование денежными средствами.

В-третьих, **физическое лицо, не являющееся субъектом предпринимательской деятельности, имеет право предоставлять займы, руководствуясь общими положениями гражданского законодательства,** и в частности, параграфом 1 главы 71 ГК Украины, но при этом договора не должны содержать признаков финансовой услуги, т.е. устанавливать проценты за пользование денежными средствами.



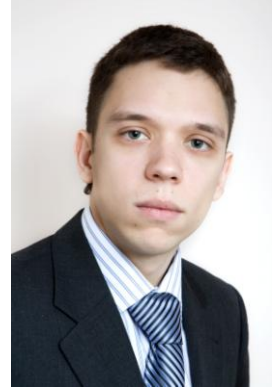
II. КОРПОРАТИВНОЕ ПРАВО

Кредиты в иностранной валюте. Альтернативный взгляд



**Андрей
Олефиренко**
управляющий
партнер
ЮФ «Центр
правового
консалтинга»

Николай Осинский
ведущий юрист
ЮФ «Центр
правового
консалтинга»



2009-2010 годы отметились существенным ростом количества споров о признании кредитных договоров недействительными.

До последнего времени почти все судебные решения, постановленные или принятые на уровне Верховного Суда Украины, Высшего хозяйственного суда Украины, Высшего специализированного суда Украины по рассмотрению гражданских и уголовных дел фактически признавали кредиты, предоставленные в иностранной валюте, отвечающими действующему законодательству Украины. Более того, 07.10.2010 года Верховным Судом Украины (судьей Луспенюк Д. Д. и главным консультантом отдела обобщения судебной практики управления изучения и обобщения судебной практики Мельник С. П., к.ю.н.) были подготовлены **Обобщение судебной практики** рассмотрения гражданских дел, возникающих из кредитных правоотношений (2009 - 2010 годы), в которых, в том числе, указано, что «... уполномоченные банки на основании банковской лицензии и письменного разрешения на осуществление операций с валютными ценностями имеют право осуществлять операции по предоставлению кредитов в иностранной валюте ... **единственным правовым основанием для осуществления банками кредитования в иностранной валюте** согласно требованиям статьи 5 Декрета Кабинета Министров Украины «О системе валютного регулирования и валютного контроля» от 19.02.1993 г. № 15-93 **является наличие у банка генеральной лицензии на осуществление валютных операций**, полученной в установленном порядке...»

Казалось, что на этом вопросе поставлена точка. **Однако 17.12.2010 года Высший специализированный суд Украины по рассмотрению гражданских и уголовных дел отклонил кассационную жалобу ОТП «Банк»** оставив в силе решение Печерского районного суда г. Киева (дело 2 - 552 -1/10 год) и постановление Апелляционного суда г. Киева (дело № 22-14931), согласно которым **кредитный договор о предоставлении кредита в иностранной валюте был признан недействительным**. Таким образом, фактически, на уровне высшего специализированного суда появилась противоположная судебная практика, и эпопея о

признании кредитных договоров о предоставлении кредитов в иностранной валюте недействительными получила неожиданное продолжение.

В большинстве случаев обращаясь в суд, **заемщики обосновывали свои исковые требования относительно недействительности кредитных договоров отсутствием у банков, которые предоставляли такие кредиты, соответствующих индивидуальных лицензий Национального банка Украины, тогда как суды отмечали, что для осуществления таких операций банка достаточно иметь генеральную лицензию, которой является письменное разрешение НБУ.** Учитывая такие обстоятельства, на наш взгляд, при рассмотрении судебных дел этой категории необходимы ответы на следующие вопросы:

во-первых, какое свидетельство следует считать генеральной лицензией на валютные операции, выданной НБУ в соответствии с требованиями Декрета № 15-93, и как соотносятся между собой такая генеральная лицензия и письменное разрешение на осуществление операций с валютными ценностями, выданное НБУ в соответствии с требованиями статьи 47 Закона № 2121-III;

во-вторых, имеет ли право банк предоставлять валютные кредиты в иностранной валюте, если он имеет письменное разрешение на осуществление операций с валютными ценностями, выданное НБУ в соответствии с требованиями статьи 47 Закона № 2121-III, но не получил индивидуальную лицензию НБУ на предоставление резидентам кредитов в иностранной валюте и/или индивидуальную лицензию НБУ на валютные операции по использованию иностранной валюты на территории Украины, как средства платежа согласно части 4 статьи 5 Декрета № 15-93.

Определенная сложность при рассмотрении дел данной категории видится также в том, что **в судебной практике отсутствует единый подход в применении положений действующего законодательства относительно определения перечня операций, на которые может быть предоставлена генеральная лицензия Национального банка Украины** в соответствии с требованиями Декрета № 15-93, и какое свидетельство должно получить банк, чтобы осуществлять операции по предоставлению резидентам кредитов в иностранной валюте.

Банки осуществляют свою деятельность на основании банковской лицензии. На осуществление отдельных операций, предусмотренных Законом №2121-III, банку необходимо получить разрешение НБУ. Также банку необходимо получить генеральную и индивидуальные лицензии на операции, предусмотренные Декретом № 15-93.

Порядок предоставления разрешения НБУ на банковские операции, перечисленные в статье 47 Закона №2121-III, и генеральной лицензии, предусмотренной Декретом №15-93, устанавливается Положением о порядке выдачи банкам банковских лицензий, письменных разрешений и лицензий на выполнение отдельных операций, утвержденным постановлением Правления Национального банка Украины от 17 июля 2001 № 275 (далее - Положение № 275). При этом свидетельство НБУ имеет форму письменного разрешения.



Пунктом 5.3. **Положение № 275** установлено, что **письменное разрешение на осуществление операций с валютными ценностями, которые перечислены в настоящем Положении, является генеральной лицензией на осуществление валютных операций** согласно Декрету № 15-93. Представляется, что эта норма Положения № 275 не в полной мере согласуется с содержанием частей 1 и 3 статьи 5 Декрета № 15-93. В частности, согласно части 1 статьи 5 Декрета № 15-93 генеральные лицензии могут быть предоставлены на операциях, которые подлежат лицензированию согласно Декрету № 15-93. К сожалению, Декрет № 15-93 не содержит перечня валютных операций, требующих получения банками генеральных лицензий, и не содержит отсылочных норм о делегировании полномочий, например НБУ, определять такой перечень валютных операций. **Из содержания Декрета № 15-93 следует, что валютными операциями, которые четко указаны как операции, требующие генеральной лицензии, является лишь операции, связанные с торговлей иностранной валютой** (часть 3 статьи 5 и часть 2 статьи 6 Декрета № 15-93). Таким образом, согласно положениям Декрета № 15-93 существуют правовые основания считать генеральной лицензией на валютные операции письменное разрешение НБУ на операции, связанные с торговлей иностранной валютой, в частности операции с наличной иностранной валютой (покупка, продажа, обмен), осуществляемые в кассах и пунктах обмена иностранной валюты банков, торговля иностранной валютой на валютном рынке Украины, торговля иностранной валютой на международных рынках. Относительно других операций, перечисленных в пункте 5.3. Положения № 275 как валютные операции, в том числе и операций по размещению иностранной валюты на валютном рынке (предоставление валютных кредитов является одним из способов размещения иностранной валюты на валютном рынке), **письменное разрешение НБУ следует рассматривать только как письменное разрешение НБУ, а не как предусмотренную Декретом № 15-93 генеральную лицензию на валютные операции.**

Возникает вопрос, имеет ли право банк, получивший письменное разрешение НБУ на валютные операции, не определенные Декретом № 15-93 как требующие получения банком генеральной лицензии НБУ, осуществлять следующие валютные операции и не нужно ли ему дополнительно получать индивидуальную лицензию НБУ на валютные операции по предоставлению резидентам кредитов в иностранной валюте и / или индивидуальную лицензию НБУ на валютные операции по использованию иностранной валюты на территории Украины как средства платежа?

Учитывая то обстоятельство, что сделка по предоставлению кредитов резидентам в иностранной валюте является валютной операцией, требующей получения индивидуальной лицензии НБУ (абзац «в» части 4 статьи 5 Декрет № 15-93), а, в свою очередь, согласно части 2 статьи 5 Декрета № 15-93 генеральные лицензии выдаются банкам только на валютные операции, не требующих индивидуальной лицензии, то есть основания утверждать, что предоставление кредитов резидентам в иностранной валюте является валютной операцией, на осуществление которой генеральная лицензия НБУ не может быть выдана.



Итак, **следует полагать, что получение банком письменного разрешения НБУ на валютные операции, в том числе и на операции по размещению иностранной валюты на валютном рынке, является достаточным правовым основанием для осуществления валютных операций по предоставлению кредитов резидентам в иностранной валюте с учетом указанного ниже.**

Как отмечалось выше, из анализа судебной практики следует, что исковые требования о признании кредитных договоров в иностранной валюте недействительными, как правило, основываются на том, что у банков отсутствовали индивидуальные лицензии НБУ на осуществление валютных операций по «предоставлению и получению резидентами кредитов в иностранной валюте, если сроки и суммы таких кредитов превышают установленные законодательством пределы» и/или «использование иностранной валюты на территории Украины как средства платежа или залога».

В соответствии с абзацами «в» и «г» части 4 статьи 5 Декрет № 15-93 **индивидуальной лицензии требуют**, в частности:

- Валютные операции по предоставлению и получения резидентами кредитов в иностранной валюте, если сроки и суммы таких кредитов превышают установленные законодательством пределы, и

- Валютные операции по использованию иностранной валюты на территории Украины как средства платежа или залога.

О необходимости получения банками индивидуальных лицензий на валютные операции по предоставлению и получения резидентами кредитов в иностранной валюте, в целом, существует ясность - законодательством не установлены соответствующие границы, следовательно, соответственно, такую лицензию получать не нужно. Однако вопрос об обязательности получения банками индивидуальных лицензий на валютные операции с «использованием иностранной валюты как средства платежа или залога» в случаях, когда речь идет об операциях по предоставлению и получения резидентами кредитов в иностранной валюте, требует детального и всестороннего изучения.

Обосновывая позицию относительно недействительности кредитных договоров в иностранной валюте истцы, как правило, ссылались на то, что предоставление кредита в иностранной валюте является использование ее как средства платежа, как это следует из пункта 1.4. Положения о порядке выдачи Национальным банком Украины индивидуальных лицензий на использование иностранной валюты на территории Украины как средства платежа, утвержденного постановлением Правления Национального банка Украины от 14 октября 2004 N 483 (далее - Положение № 483), согласно которому «использованием иностранной валюты как средства платежа (валютная операция)» является использование иностранной валюты на территории Украины для выполнения любых денежных обязательств или оплаты приобретаемых товаров.

Попробуем ответить на вопрос, *какие операции являются использованием иностранной валюты как средства платежа в понимании Декрета № 15-93, и является ли операция*

по предоставлению банками и получение резидентами кредитов в иностранной валюте операцией по использованию иностранной валюты как средства платежа?

Декрет № 15-93 не содержит определения этой операции. Однако как отмечалось выше, **в пункте 1.4. Положения № 483 дается определение понятия «использование иностранной валюты как средства платежа (валютная операция)», под которым понимается использование иностранной валюты на территории Украины для выполнения любых денежных обязательств или оплаты приобретаемых товаров.** Или, действительно, выполнение любых денежных обязательств в валюте, следует считать использованием иностранной валюты как средства платежа? На наш взгляд, определение понятия «использование иностранной валюты как средства платежа (валютная операция)», приведенное **в Положении № 483, не в полной мере учитывает двойную правовую природу денег и не согласуется с Законом № 2121-III и Декретом № 15-93.** В частности, это объясняется следующим.

Двойная правовая природа денег заключается в том, что, с одной стороны, они являются средством платежа, например, когда речь идет об оплате товаров (услуг) и т.д., а с другой - самостоятельным предметом обязательств, например, при кредитных правоотношениях. Так, Закон № 2121-III различает кредитные операции (статья 49 Закона № 2121-III), в которых денежные средства (в том числе и в иностранной валюте) являются предметом договорных обязательств, что согласуется с содержанием части 1 статьи 1054 Гражданского кодекса Украины (далее - ГК Украины), и расчетные банковские операции (статья 51 Закона № 2121-III), в которых денежные средства используются в качестве средства платежа. В частности, согласно пункту 1.4. «Инструкции о безналичных расчетах в Украине в национальной валюте», утвержденной постановлением Правления Национального банка Украины от 21 января 2004 N 22, **под понятием «денежные средства» понимается денежная единица Украины,** которая выполняет функцию средства платежа и учитывается на счетах в банках.

Из анализа положений Декрета № 15-93 следует, что операция по использованию иностранной валюты как средства платежа по своему содержанию не охватывает операцию по предоставлению кредита в иностранной валюте, и соответственно они являются отдельными не связанными между собой валютными операциями. В частности, как отмечалось выше, абзацами «в» и «г» части 4 статьи 5 Декрета № 15-93 установлено, что в отдельных индивидуальных лицензиях НБУ нуждаются:

- Валютные операции по предоставлению и получению резидентами кредитов в иностранной валюте, если сроки и суммы таких кредитов превышают установленные законодательством пределы, и
- Валютные операции по использованию иностранной валюты на территории Украины как средства платежа или залога.

При этом сторонники недействительности кредитных договоров настаивают на необходимости получения банками индивидуальных лицензий на использование



иностранной валюты на территории Украины как средства платежа. Однако такая позиция не согласуется с содержанием части 4 статьи 5 Декрета № 15-93. Так, если предположить, что границы относительно сроков и сумм кредитов в иностранной валюте были бы установлены, то следуя логике сторонников недействительности кредитных договоров банкам для того, чтобы предоставить валютный кредит, то есть осуществить одну валютную операцию, необходимо было бы получить две индивидуальные лицензии НБУ, обязательность получения которых устанавливается одной и той же нормой Декрета № 15-93. А если развить такой подход дальше и предположить, что НБУ издал индивидуальную лицензию, например, на предоставление кредитов в иностранной валюте, а в выдаче лицензии на использование иностранной валюты на территории Украины как средства платежа отказал? Получается, что в таком случае банк, имея одну лицензию, не может осуществлять банковскую операцию, а что же это за лицензия тогда? Поэтому, такая формулировка положений нормативно-правовых актов является не допустимым с точки зрения юридической техники подготовки таких документов.

Из вышесказанного следует, что **Декрет № 15-93** для своих целей **разграничивает валютные операции по «предоставление кредита в иностранной валюте» и по «использованию иностранной валюты как средства платежа».**

В этом отношении интересна и судебная практика по привлечению лиц к уголовной ответственности за нарушение правил осуществления валютных операции. Напомним, что Уголовный кодекс Украины от 28.12.1960 года, за исключением перечня имущества, не подлежащего конфискации по приговору суда, утратил силу 1 сентября 2001, предусматривал уголовную ответственность за использование без соответствующего разрешения иностранной валюты как средства платежа или залога (статья 80 Уголовного кодекса Украины от 28.12.1960 года). Комментируя эту статью в пункте 3 постановления от 18.04.1997 года № 5 «О практике применения судами законодательства о нарушении правил о валютных операциях» (на сегодняшний день указанное постановление отменено Пленумом ВСУ через изменения в законодательстве Украины, но позиция, отраженная в ней, заслуживает внимания). Пленум Верховного суда Украины отметил, что использование валютных ценностей как средства платежа - это расчет ими за товары, услуги, объекты права интеллектуальной собственности и т.д. При этом он отметил, что предоставление займа в иностранной валюте не является использованием такой валюты как средства платежа.

Суммируя вышеизложенное можно сделать следующие выводы:

во-первых, письменное разрешение НБУ на осуществление валютных операций, не предусмотренных Декретом № 15-93, для целей Декрета № 15-93 не является генеральной лицензией Национального банка Украины;

во-вторых, поскольку законодательством не установлены границы относительно сроков и сумм кредитов в иностранной валюте, для осуществления валютной операции по предоставлению кредитов резидентам в иностранной валюте банкам не нужно получать

индивидуальную лицензию НБУ, предусмотренную абзацем «в» части 4 статьи 5 Декрета № 15 - 93;

в-третьих, валютная операция по предоставлению кредита в иностранной валюте не является использованием иностранной валюты как средства платежа, и соответственно не требует получения индивидуальной лицензии НБУ, предусмотренной абзацем «г» части 4 статьи 5 Декрета № 15-93;

в-четвертых, получение банком письменного разрешения НБУ на валютные операции, в том числе и на операции по размещению иностранной валюты на валютном рынке, является достаточным правовым основанием для осуществления валютных операций по предоставлению кредитов резидентам в иностранной валюте.

В заключение хотелось бы обратить внимание еще на один из проблемных вопросов, который возникает в судах при рассмотрении дел данной категории. В частности, относительно **возможности уплаты процентов в валюте кредита.**

Согласно пункту «г» части 4 статьи 5 Декрета № 15-93 **использования иностранной валюты на территории Украины как средства платежа требует индивидуальной лицензии НБУ. При этом в соответствии с частями 1 и 2 статьи 192 ГК Украины законным платежным средством в Украине является гривна, тогда как иностранная валюта может использоваться в случаях и в порядке, установленном законом.**

Абзац «г» части 4 статьи 5 Декрета № 15-93 требует получения индивидуальной лицензии для использования иностранной валюты на территории Украины как средства платежа или залога. При таких обстоятельствах **выплата процентов в иностранной валюте возможна только при условии получения стороной такого кредитного договора индивидуальной лицензии НБУ, предусмотрена абзацем «г» части 4 статьи 5 Декрета № 15-93.**

При этом следует обратить внимание также на то, что **индивидуальная лицензия может быть выдана и после заключения кредитного договора.** Более того, пункт 2.1. Положение № 483 предусматривает, что **для получения такой индивидуальной лицензии в НБУ подаются оригиналы или копии документов, на основании которых возникли обязательства в иностранной валюте, а если такие документы отсутствуют - копия бизнес-плана, при реализации которого возникнут указанные обязательства.** При таких обстоятельствах, по нашему мнению, **сам по себе факт отсутствия индивидуальной лицензии на использование иностранной валюты как средства платежа у стороны кредитного договора, предусматривающего уплату процентов в иностранной валюте, не влияет на действительность условий такого кредитного договора.**

