

Резюме

Баділа О. А. Теоретические основы обеспечения доказательств в гражданском и нотариальном процессе: сравнительный аспект.

В статье проанализирован институт обеспечения доказательств, его способы в гражданском и нотариальном процессах. Проанализированы концепции ученых Украины и РФ, высказано авторское видение на проблемные аспекты обеспечения доказательств в данных процессах и предложения по усовершенствованию теории нотариального процесса.

Ключевые слова: суд, нотариус, обеспечение доказательств, показание свидетелей, экспертиза, осмотр вещественных и письменных доказательств.

Summary

Badyla O. Theoretical bases of providing of proofs in civil and notarial processes: comparative aspect.

The institute of providing of proofs is analysed in the article, his methods in civil and notarial processes. Analysed conceptions of scientists of Ukraine and Russian Federation and authorial vision is outspoken on the problem aspects of providing of proofs in these processes and suggestion on the improvement of theory of notarial process.

Key words: court, notary, providing of proofs, testimony of witnesses, examination, examination of material and writing proofs.

Отримано 3.03.2014

УДК 347.73

С. О. ДЗЮБА

Сергій Олегович Дзюба, бакалавр права, фахівець з права ТОВ «Єдина служба правової допомоги»

ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ІНТЕРНЕТ-ТРЕЙДИНГУ НА РИНКУ ФОРЕКС В УКРАЇНІ

У сучасних умовах розвитку ринкових відносин в Україні, вкладання коштів в інструменти ринку Форекс розглядається як одна з альтернативних форм інвестування. Таке інвестування може здійснюватися в одній з двох форм: інтернет-трейдингу або довірчого управління активами.

На сьогодні діяльність ринку Форекс в Україні загалом та інтернет-трейдинг зокрема врегульовані недостатнім чином. Незважаючи на наявність у низці нормативно-правових актів окремих положень, що регулюють дані відносини, залишається також чимало колізій та прогалин у чинному законодавстві. Це є причиною багатьох правових ризиків, з якими стикаються потенційні інвестори. Також слід звернути увагу на малу кількість наукових досліджень у даній сфері. Найбільш повно деякі теоретичні аспекти діяльності ринку Форекс в Україні було досліджено П. Матвеевим, В. Голубчіком та іншими, але враховуючи реалії урегульованості відносин інтернет-трейдингу станом на 2014 рік, існуюча теоретична база має бути доповнена новими науковими працями.

Метою даної статті є дослідження правової природи правочинів у сфері інтернет-трейдингу, які укладаються на ринку Форекс, визначення ступеня відповідності даних правочинів умовам чинного законодавства України, а також висвітлення проблеми відповідальності учасників правовідносин у даній сфері у випадку порушення ними умов таких правочинів та вимог чинного законодавства.

Ринок Форекс (від англ. «foreign exchange» – обмін іноземної валюти) як явище зародився у США після 1973 року. Його поява пов'язана з встановленням вільних курсів найбільш конвертованих іноземних валют, які стали залежати виключно від співвідношення попиту та пропозиції на них. Громадяни України отримали доступ до операцій на ринку Форекс у кінці 90-их років ХХ століття.

Фактично Форекс є сукупністю відносин з купівлі-продажу іноземної валюти для отримання прибутку від змін валютних курсів¹.

Поняття «інтернет-трейдинг» розкривається як діяльність з укладення угод купівлі-продажу іноземної валюти однією стороною на підставі вимог іншої сторони. При цьому, зв'язок між сторонами здійснюється з використанням мережі Інтернет.

Норми, що регулюють відносини інтернет-трейдингу на ринку Форекс, містяться у Цивільному кодексі України (ЦКУ), Податковому кодексі України (ПКУ), Законах України «Про банки і банківську діяльність», «Про національний Банк України», «Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті», «Про міжнародне приватне право». Підзаконними актами, що містять норми у даній сфері, є Постанови Правління Національного Банку України «Про затвердження Інструкції про порядок відкриття, використання та закриття рахунків у національній та іноземній валюті» від 12 листопада 2003 № 492, «Про внесення змін до дея-

ких нормативно-правових актів Національного Банку України» від 3 серпня 2012 р. № 327, «Про затвердження Класифікатора іноземних валют» від 4 лютого 1998 р. № 34.

Правовідносини інтернет-трейдингу на ринку Форекс в Україні оформлюються в рамках договорів арбітражних операцій на умовах маржинальної торгівлі. Поняття «арбітражні операції на умовах маржинальної торгівлі» було впроваджено на законодавчому рівні в Україні з прийняттям Постанови Правління Національного Банку України «Про внесення змін до деяких нормативно-правових актів Національного Банку України» від 3 серпня 2012 р. № 327. Відповідно до постанови, таким операціями є безготівкові операції, які передбачають виконання двох зустрічних зобов'язань з купівлі та продажу однієї іноземної валюти за іншу іноземну валюту та здійснюються без реальної поставки валюти на міжнародному валютному ринку на умовах «тод», «том», або «спот» з метою отримання прибутку від зміни валютного курсу або хеджування валютних ризиків. На зараз така дефініція відповідає поняттю «валютний дейтрейдинг», яке вживалося до цього як в науковій літературі, так і на практиці, і яке є його синонімом.

За договором арбітражних операцій на умовах маржинальної торгівлі брокер зобов'язується укладати з клієнтом та виконувати на його вимогу угоди з купівлі-продажу іноземної валюти без її реальної поставки за курсом, який самостійно встановлює брокер.

Більш широке тлумачення даного договору дає П. Матвеев. За його визначенням, договір арбітражних операцій на основі маржинальної торгівлі (автор використовує поняття «договір валютного дейтрейдингу» та «валютний дилінг») існує у вигляді системи алеаторних (ризикових) правочинів конверсійної купівлі-продажу і послуг з її організації, згідно з якими брокер зобов'язаний здійснити за рахунок кредиту брокера, забезпеченого заставним депозитом клієнта, від власного імені або від імені та в інтересах клієнта купівлю-продаж валюти без її реальної поставки з виплатою різниці від зміни курсів валют на користь сторони, яка правильно передбачила напрям руху валютних курсів на основі фундаментального і технічного аналізу, інших звичаїв у сфері валютного дилінгу².

Таким чином, договір арбітражних операцій на основі маржинальної торгівлі об'єднує в собі елементи договорів агентування, комісії, доручення та надання послуг.

За правовою природою даний договір є двостороннім, консенсуальним, оплатним, має просту письмову форму і ознаки публічного договору, договору приєднання та алеаторного договору.

Двосторонність полягає у наявності як прав, так і обов'язків в обох сторін, але більша частина обов'язків покладена на брокера. Консенсуальність означає, що даний договір вважається укладеним з моменту досягнення сторонами згоди щодо його істотних умов. Оплатний характер виражається у сплаті клієнтом двох видів платежів – спреду (різниці між курсом валюти на міжбанківському ринку та курсом, встановленим брокером) і сплати (у вигляді відсотка від прибутку) за користування кредитним плечем. Додержання обов'язкової письмової форми передбачено ст. 208 ЦКУ (згідно даної статті, правочини між фізичними та юридичними особами мають вчинятися у письмовій формі). Відповідно до ч. 1 ст. 207 ЦКУ, правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо його зміст зафіксовано в одному або декількох документах, листах, телеграмах, якими обмінялися сторони. Публічність договору виражається в обов'язку брокера укладати договори з будь-яким суб'єктом, який відповідає вимогам чинного законодавства. Умови такого договору встановлюються брокером однаково для всіх клієнтів, тому договір арбітражних операцій на маржинальній основі є договором приєднання.

Ще однією ознакою договору арбітражних операцій на маржинальній основі є алеаторність (ризиковість). Алеаторність (від лат. «alea» – гра в кості) Суть алеаторних договорів полягає в тому, що вони, будучи оплатними, конструюються так, що обсяг зустрічного задоволення, що залежить від однієї зі сторін, залишається невідомим, поки не настане обставина, покликана її остаточно визначити³.

Водночас, у системі алеаторних договорів і правочинів договір арбітражних операцій на маржинальній основі вирізняється спрямованістю на досягнення соціально корисної мети, що полягає перш за все у страхуванні валютних ризиків, які приймають на себе («купають») брокери. Тому на даний договір не поширюються положення про гру та парі і він забезпечується позовним захистом⁴.

Сторонами договору арбітражних операцій є брокер та клієнт. Законодавством передбачено особливі вимоги до правосуб'єктності сторін договору.

Так, відповідно до Постанови Правління НБУ «Про внесення змін до деяких нормативно-правових актів Національного Банку України» від 3 серпня 2012 р. № 327, клієнтом у цих правовідносинах можуть бути виключно фізичні особи-резиденти, які не мають статусу суб'єкта підприємницької діяльності. Поняття «резидент» роз'яснюється у п. 213 ч. 1 ст. 14 ПКУ: фізична особа – резидент – фізична особа, яка має місце проживання в Україні. У разі якщо фізична особа має місце проживання також в іноземній державі, вона вважається резидентом, якщо така особа має місце постійного проживання в Україні; якщо особа має місце постійного проживання також в іноземній державі, вона вважається резидентом, якщо має більш тісні особисті чи економічні зв'язки (центр життєвих інтересів) в Україні. У разі якщо державу, в якій фізична особа має центр життєвих інтересів, не можна визначити, або якщо фізична особа не має місця постійного проживання у жодній з держав, вона вважається резидентом, якщо перебуває в Україні не менше 183 днів (включаючи день приїзду та від'їзду) протягом періоду або періодів податкового року. Достатньою (але не виключною) умовою визначення місця знаходження центру життєвих інтересів фізичної особи є місце постійного проживання членів її сім'ї. Якщо неможливо визначити резидентський статус фізичної особи, використовуючи попередні положення цього підпункту, фізична особа вважається резидентом, якщо вона є громадя-

нином України. Достатньою підставою для визначення особи резидентом є самостійне визначення нею основного місця проживання на території України у порядку, встановленому Податковим кодексом. Окрім того, статтею 34 ЦКУ передбачено наявність повної цивільної дієздатності в клієнта (з 18 років, хоча ст. 34 та 35 кодексу встановлюються умови надання повної цивільної дієздатності до досягнення цього віку).

Банком, який має право бути стороною у даному договорі, може бути виключно комерційний банк, зареєстрований в Україні в порядку, передбаченому Законом України «Про банки і банківську діяльність», який має дозвіл НБУ на проведення арбітражних операцій (згідно дозволу, НБУ затверджує правила проведення банком арбітражних операцій).

Відповідно до Постанови Правління Національного Банку України «Про внесення змін до деяких нормативно-правових актів Національного Банку України» від 3 серпня 2012 р. № 327, юридичні особи та фізичні особи-суб'єкти підприємницької діяльності не мають права здійснювати арбітражні операції.

Але де-факто в Україні послуги з арбітражних операцій на маржинальній основі надаються також небанківськими фінансовими установами (дилінговими центрами). Більшість з них мають закордонну реєстрацію. Сервери, з яких обробляються запити і доручення клієнта, також розташовані за межами України. Досить часто місцем їх створення є офшорні зони. Дилінгові операції ведуться від імені офшорної компанії таких центрів. У більшості офшорних зон регулювання фінансової діяльності значно м'якше, ніж у розвинених країнах. Діяльність таких дилінгових центрів в Україні зводиться до залучення клієнтів, реклами діяльності брокерів та безпосередньо самого ринку Форекс, що зазвичай, здійснюється шляхом створення завуальованої реклами⁵.

Закордонна реєстрація більшості дилінгових центрів викликає необхідність визначення правової системи, норми якої мають застосовуватися до правовідносин між дилінговим центром і його клієнтом. Згідно ст. 32 і ст. 34 Закону України «Про міжнародне приватне право», у разі відсутності згоди сторін договору про вибір права, яке підлягає застосуванню, застосовується право країни, яка має більш тісний зв'язок з договором. Такий зв'язок має країна, в якій зареєстрована сторона, що має здійснити виконання. Відповідно, стороною, що має здійснити виконання, яке має вирішальне значення для змісту договору, є особа, яка має більший обсяг обов'язків. А так як у договорі арбітражних операцій на маржинальній основі більша частина обов'язків належить брокеру (у даному випадку – іноземному дилінговому центру), це значить, що у випадку виникнення спору клієнту доведеться вирішувати його за межами України.

Частина дилінгових центрів зареєстрована і в Україні. За даними Державного реєстру юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців, у їх статутних документах як вид діяльності вказується «торгівля цінними паперами» або «консультування з питань комерційної діяльності і керування».

Проблема їх правосуб'єктності полягає в тому, що такі установи як учасники діяльності ринку Форекс в Україні не підлягають ні контролю Національного Банку України, ні контролю Національної комісії, що здійснює державне регулювання ринків фінансових послуг.

Слід зауважити, що виходячи з зазначеної у Постанові Правління Національного Банку України «Про внесення змін до деяких нормативно-правових актів Національного Банку України» від 3 серпня 2012 р. № 327 заборони іншим суб'єктам (крім уповноважених банків) вчиняти арбітражні операції на маржинальній основі, можна зробити висновок, що відповідні договори, укладені між дилінговими центрами та їх клієнтами, є нікчемними.

Водночас, як зазначено в ст. 216 ЦКУ, якщо у зв'язку з вчиненням недійсного правочину другій стороні (в даному випадку – клієнту) завдано збитків та моральної шкоди, вони підлягають відшкодуванню винною стороною. Окрім відшкодування даною статтею передбачено здійснення захисту сторони договору у вигляді реституції: в ході реституції при захисті прав клієнтами дилінгових центрів мають повертатися всі кошти, які вони передали їм для забезпечення торгівлі. Але слід зауважити, що відповідно до п. 10 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними», реституція як спосіб захисту цивільного права застосовується лише в разі наявності між сторонами укладеного договору, який визнано нікчемним або недійсним. У зв'язку з цим, вимога про повернення майна, переданого на виконання недійсного правочину, за правилами реституції може бути пред'явлена тільки стороні недійсного правочину.

Отже, у випадку завдання небанківською установою-брокером своїми діями збитків клієнту, клієнт може відшкодувати такі збитки і повернути передані кошти в судовому порядку.

Ці норми ЦКУ поширюються виключно на брокерів, зареєстрованих в Україні, але таких на сьогодні одиниці. Також варто зауважити, що згідно Єдиного державного реєстру судових рішень, до сьогодні в Україні відсутні факти притягнення брокерів ринку Форекс до цивільної відповідальності, тому немає можливості робити висновки про ефективність дії механізму застосування такої відповідальності.

Таким чином, стан діяльності ринку Форекс загалом та інтернет-трейдингу зокрема в Україні на сьогодні свідчать про недостатній рівень урегульованості даної сфери суспільних відносин. Попри такі позитивні новації у вітчизняному законодавстві, як, наприклад, Постанова Правління Національного Банку України «Про внесення змін до деяких нормативно-правових актів Національного Банку України» від 3 серпня 2012 р. № 327, якою було визначено поняття арбітражних операцій на маржинальній основі та коло осіб, що мають право брати участь у їх здійсненні, діяльність інтернет-трейдингу на ринку Форекс в Україні залишається сповненою правових ризиків для потенційних інвесторів.

Існує об'єктивна необхідність вдосконалення механізму притягнення до відповідальності юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців, які не мають права здійснювати арбітражні операції на маржинальній основі.

Для цього у чинному законодавстві України, що регулює фінансові послуги загалом або виключно банківську діяльність, має бути визначено конкретний орган державної влади, уповноважений застосовувати такі санкції, а також встановлено вид відповідних санкцій (найбільш прийнятною санкцією міг би бути штраф).

Наостанок, слід наголосити на тому, що ефективне використання громадянами України інструментів ринку Форекс як альтернативного способу інвестування можливе лише за умови достатньої обізнаності щодо усіх ризиків даного виду діяльності (в тому числі, правових), і, як наслідок, запобігання їх виникненню.

¹ Куликов А.А. Форекс для начинающих. Справочник биржевого спекулянта. – СПб.: Питер, 2003. – 368 с., С. 9.

² Матвеев П. С. Договоры валютного диллингу у цивільному праві України: монографія. – К.: Правова єдність, 2010. – 328 с. – С. 43.

³ Иоффе О. С. Обязательное право. – М.: Юридическая литература. – 872 с. – С. 295.

⁴ Матвеев П. С. Вказана праця. – С. 72.

⁵ Голубчик В. В. Проблемні питання діяльності ринку Форекс в Україні (правові аспекти): Вісник НТУУ «КПІ». Політологія. Соціологія. Право: збірник наукових праць. – 2012. – № 3 (15). – 174 с. – С. 170.

Резюме

Дзюба С. О. Проблеми правового регулювання відносин інтернет-трейдингу на ринку Форекс в Україні.

У статті досліджується правова природа правочинів у сфері інтернет-трейдингу на ринку Форекс, визначається ступінь відповідності даних правочинів вимогам чинного законодавства України, а також висвітлюється проблема відповідальності учасників даних правочинів.

Ключові слова: Форекс, валютні правочини, фінансові послуги, банківські послуги.

Резюме

Дзюба С. О. Проблемы правового регулирования отношений в интернет-трейдинга на рынке Форекс в Украине.

В статье исследуется правовая природа сделок в сфере интернет-трейдинга на рынке Форекс, определяется степень соответствия данных сделок требованиям действующего законодательства Украины, а также освещается проблема ответственности участников данных правоотношений.

Ключевые слова: Форекс, валютные правоотношения, финансовые услуги, банковские услуги.

Summary

Dziuba S. Problems of legal regulation of relations in the Internet trading on the Forex market in Ukraine.

The article examines the legal nature of transactions in the field of Internet trading on the Forex market, is determined by the degree of consistency of transactions with applicable legislation of Ukraine, and also highlighted the problem of responsibility of the participants of these relations.

Key words: Forex, the legal currency, financial services, banking service.

Отримано 10.04.2014

УДК 347. 921

І. О. ЖУРБА

Іванна Олександрівна Журба, здобувач Київського університету права НАН України

СТОРОНИ ЯК СУБ'ЄКТИ ЦИВІЛЬНИХ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ВІДНОСИН: ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЇХ НАЛЕЖНОСТІ ТА ЗАМІНИ

Сучасні цивільні правочини досить часто мають складний зміст, що обумовлюється їх одночасним урегулюванням декількома нормами матеріального права, які належать до його різних інститутів. При цьому характер правочинів може докорінно змінюватися, тому матиме місце домінування одних аспектів правочинів над іншими. Водночас, сучасна теорія і законодавча практика базується на певних галузях права, тому вчені намагаються досліджувати відносини у конкретній галузі, тобто конкретні (спеціальні) правочини розкладають лише на елементарні складові: права та обов'язки, а не аналізують ієрархічні зв'язки між певними галузями та інститутами права. Наочним прикладом такої недосконалості можуть слугувати дослідження класифікації правочинів, де поряд із визначенням проблемних питань щодо правочинів вченими робиться спроба їх класифікації. Так, Є. О. Харитонов та О. І. Харитонова, з одного боку, зазначають: «Хоча проблемі класифікації правочинів у науковій юридичній літературі приділялася значна увага, вона й сьогодні залишається невирішеною остаточно. ... Відносно обраної методології найголовнішим критерієм