

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ СУБОРДИНОВАНОГО БОРГУ НЕБАНКІВСЬКИХ ФІНАНСОВИХ УСТАНОВ: ШЛЯХИ ВДОСКОНАЛЕННЯ

Висвітлюються концептуальні проблеми правового регулювання залучення небанківськими фінансовими установами коштів на умовах субординованого боргу. На підставі проведеного аналізу законодавства України, актів ЄС та законодавства країн ЄС автором пропонуються шляхи вдосконалення правового регулювання відносин, що виникають внаслідок залучення небанківськими фінансовими установами коштів, на умовах субординованого боргу.

***Ключові слова:** субординований борг, кошти, позика, договір позики, позикові відносини, платоспроможність, банкрутство.*

Plavych Igor. Legal regulation of subordinated debt of non-banking financial institutions: ways to improve

The article highlights the conceptual problems of legal regulation in the legislation of Ukraine of attracting funds by non-bank financial institutions on the terms of subordinated debt. Based on the author's analysis of Ukrainian legislation, EU acts and legislation of EU member states, the article proposes ways to improve the legal regulation of relations arising from the attraction of funds by non-bank financial institutions on subordinated debt.

***Key words:** subordinated debt, funds, loan, loan agreement, loan relations, solvency, bankruptcy.*

Верховною Радою України прийнятий Закон України «Про фінансові послуги та фінансові компанії» від 14 грудня 2021 р. № 1953-IX, який уперше на рівні закону надав правове регулювання відносинам, що виникають у небанківських фінансових установах при залученні коштів на умовах субординованого боргу. Водночас аналіз норм вказаного Закону свідчить про те, що ним не були внесені зміни до Кодексу України з процедур банкрутства, які відповідають правовій природі відносин субординованого боргу, як

це зроблено національним законодавством у Законі України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб» стосовно субординованого боргу банків. З огляду на вказане набуває актуальності дослідження правового регулювання відносин субординованого боргу за участю небанківських фінансових установ.

Наявні наукові дослідження відносин субординованого боргу фінансових установ та позикових відносин, які лежать в їх основі, представлені у працях А.Ю. Бабаскіна, І.А. Безклубого, К. Гавальда, Л. Г. Єфімової, О. С. Іоффе, Є. С. Компанійця, О. В. Кривенди, Я. О. Куника, Л. А. Лунца, Р. А. Майданика, Є. А. Павлодського, Е. Г. Полонського, О. О. Рясенцева, Н. О. Саніахметової, С. В. Сарбаша, Ж. Стуфле, Є. О. Суханова, Є. О. Тупицької, К. А. Флейшиц, Ю. Б. Фогельсона, Р. О. Халфіної, Є. О. Харитонова, В. П. Янишена та ін. При проведенні дослідження поряд із загальними та загальнонауковими методами дослідження автором застосовувалися спеціальні юридичні методи наукового пізнання. Зокрема, при порівняльному аналізі норм законодавства України, норм нормативних актів ЄС, актів цивільного законодавства країн ЄС використовувався порівняльно-правовий (компаративістський) метод. Метод правового моделювання застосовувався при розробці пропозицій, спрямованих на вдосконалення правового регулювання відносин, що виникають при залученні небанківськими фінансовими установами коштів на умовах субординованого боргу. Залежно від завдань дослідження використання тих чи інших методів дослідження у статті було комбінованим, що сприяло комплексному та всебічному аналізу вищевказаних відносин.

Аналізуючи договори позики, для яких законом встановлені особливості їх правового регулювання, неможливо оминати питання щодо субординованої (від англ. «Subordinated debt» – підлеглий, ставити у залежність) позики, яка є одним із видів гібридної позики. На думку науковців, сутність субординації боргу становить підпорядкування вимог одних (молодших) кредиторів вимогам інших (старших кредиторів) [1, с. 90]. Отже, за такого підпорядкування субординований борг може бути сплачений лише після сплати «старшого» боргу.

Механізм субординації вимог кредиторів виник у діяльності фінансових установ США у період виходу зі світової фінансової кризи 1929 р., поступово був запроваджений і в інших правопо-

рядках [1, с. 105]. У законодавстві країн ЄС правове регулювання залучення субординованих позик фінансовими установами (наприклад, Італії [2], Франції [3, с. 428-429], Польщі [4]) гармонізовано із положеннями Регламенту ЄС №575/2013 Європейського Парламенту та Ради від 26 червня 2013 року про пруденційні вимоги до кредитних установ та інвестиційних фірм, що вносить зміни до Регламенту (ЄС) № 648/2012, що прийнятий на виконання Директиви 2013/36 /ЄС Європейського парламенту та Ради від 26 червня 2013 року про доступ до діяльності кредитних організацій і пруденційного нагляду за діяльністю кредитних установ та інвестиційних фірм, що вносить зміни до Директиви 2002/87/ЄС і скасовує Директиви 2006/48/ЄС і 2006/49/ЄС (далі – Регламент). Згідно із статтями 62-63 Регламенту субординована позика є інструментом капіталу 2 – рівня, зокрема, за таких умов: вимоги кредитора за субординованою позикою повністю субординуються вимогам несубординованих кредиторів; субординовані вимоги не мають забезпечення; строк повернення позики не менш 5 років; за загальним правилом дострокове повернення позики можливе не раніше, ніж через 5 років, авансова сплата відсотків за позикою неможлива тощо [5]. Аналогічні підходи до правового регулювання залучення коштів на умовах субординованого боргу демонструє банківське законодавство України. З урахуванням норм статті 30 Закону України «Про банки і банківську діяльність» субординованим боргом є звичайні незабезпечені банком боргові капітальні інструменти, які за умовою договору не можуть бути забрані з банку раніше 5 років, а у випадку банкрутства чи ліквідації повертаються інвестору після погашення претензій всіх інших кредиторів [6]. Згідно з положеннями розд. III Інструкції про порядок регулювання діяльності банків в Україні, затвердженої постановою Правління НБУ від 28.08.2001 р. № 368 [7], договір субординованої позики є оплатним (процентна ставка не може перевищувати максимальної ставки залучення субординованого боргу, що встановлюється за рішенням Правління НБУ з огляду на економічні умови на ринку банківських послуг на дату укладення договору); капіталізація процентів та авансова сплата процентів забороняється; позикодавцем (інвестор) може бути юридична або фізична особа (резидент, чи нерезидент), об'єктом субординованої позики можуть бути лише гроші (гривня), іноземна вільна конвер-

тована валюта 1-ї групи Класифікатора іноземних валют та банківських металів, затвердженого постановою Правління НБУ від 04.02.98 р. № 34 (у редакції постанови Правління НБУ від 19 квітня 2016 року № 269) [8], та банківські метали (золото в стандартних та/або мірних зливках із фізичною поставкою до банку). На відміну від законодавства країн ЄС в Україні щодо небанківських фінансових установ до останнього часу була відсутня нормативно-правова база. Це зумовлено тим, що Закон України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» не містив положень про субординований борг, а розпорядження Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України від 28 вересня 2006 р. № 6261 «Про затвердження Положення про критерії та фінансові нормативи діяльності кредитних установ» [9], яке містило такі положення, втратило чинність згідно з розпорядженням вказаної Комісії від 31.08.2017 р. № 3629 [10]. З огляду на вказане слід звернути увагу на новітнє законодавство у цій сфері (ст. 1, 14 Закону України «Про фінансові послуги та фінансові компанії»). Останнє встановлює, що «субординованим боргом є кошти, залучені у формі позики, яка є незабезпеченою та яка у разі ліквідації позичальника, у тому числі шляхом банкрутства, повертається позикодавцю після виконання позичальником зобов'язань перед всіма іншими кредиторами», а спеціальними законами та нормативно-правовими актами Регулятора можуть визначатися особливості залучення коштів на умовах субординованого боргу та особливості його включення до капіталу фінансової установи [11]. Отже, на відміну від Закону України «Про банки і банківську діяльність» Закон України «Про фінансові послуги та фінансові компанії» передбачає: а) що залучення коштів субординованого вкладу небанківськими фінансовими установами має відбуватися виключно із застосуванням конструкції договору позики; б) містить менше кваліфікаційних ознак субординованого боргу, оскільки відносить їх визначення до компетенції спеціальних законів щодо окремих видів фінансових установ та підзаконних актів Регулятора. Однак навіть із вказаного вбачається, що, як і випадку з банками, законодавець встановлює для небанківських фінансових установ правило, згідно з яким у разі ліквідації позичальника, у тому числі шляхом банкрутства, повертається позикодавцю після виконання позичальником зобов'язань перед всіма іншими креди-

торами». Однак слід звернути увагу на те, що Закон України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб», який регулює порядок ліквідації неплатоспроможних банків, передбачає задоволення вимог кредиторів за субординованим боргом у десятю чергу, після вимог усіх інших кредиторів, та передує лише задоволенню вимог за інструментами з умовами списання/конверсії (ч. 1 ст. 52). На відміну від цього Кодекс України з процедур банкрутства (далі – КУЗПБ), який регулює порядок ліквідації небанківських фінансових установ окремо не визначає черговості задоволення вимог субординованих кредиторів, на що звертали увагу науковці [12, с. 276]. Вказане свідчить про недоліки відповідних норм КУЗПБ та Закону України «Про фінансові послуги та фінансові компанії», який не передбачає внесення відповідних змін до статті 64 КУЗПБ. На нашу думку, вимоги кредиторів за субординованим боргом мають задовольнятися в останню чергу, що характерно і для законодавства країн Західної Європи [13, с. 47-48].

Беручи до уваги вищевказане, маємо запропонувати внести зміни до ч. 1 ст. 64 КУЗПБ, доповнивши її п. 7 такого змісту:

«7) У сьому чергу задовольняються вимоги кредиторів за субординованими позиками».

Ще одне питання, яке вимагає уваги в контексті норм статті 64 КУЗПБ, є визнання судом вимог кредиторів за договором позики або іншим правочином, укладеним юридичною особою, визнаною судом банкрутом, за відсутності у таких договорах умов, характерних для субординованої позики. В даному випадку йдеться про позики, кредити, які надаються господарським товариствам, їх учасникам (акціонерами), коли їх надання за своєю суттю підміняє механізми корпоративного права (внесення вкладу до статутного капіталу товариства). Причиною цього є бажання окремих інвесторів зменшити рівень ризиків втрати капіталу у випадку банкрутства товариства, більша простота та швидкість надання товариству фінансування, можливість отримання інвестором гарантованого доходу (процентів) за позикою, кредитом, з віднесенням цих виплат до витрат у податковому обліку платника доходу, тоді як дивіденди сплачуються лише за рахунок чистого прибутку.

Крім того, вказана практика може бути зумовлена наміром позикодавця створити видимість платоспроможності товариства з метою подальшого перенесення фінансових ризиків її неплато-

спроможності на усіх його кредиторів. Вказане стосується не тільки фінансових установ, а й будь-яких підприємницьких товариств. Відповідно, по-перше, позика, кредит, надані господарському товариству його учасником (акціонером), за наявності в такого господарського товариства на момент отримання позики, кредиту ознак неплатоспроможності, є таким, що заміщує власний капітал такого господарського товариства. Вимоги кредиторів за такими правочинами мають визначатися законом як субординовані та задовольняються в останню сьому чергу. По-друге, учасником (акціонером) господарського товариства, який підпадає під дію вказаного правила, є особа, яка має частку в статутному капіталі господарського товариства у розмірі 10 і більше відсотків статутного капіталу товариства (істотна участь). По-третє, з-під дії вказаних норм слід виключити короткострокові позики, кредити строком до 6 місяців.

Указаний підхід характерний і для законодавства багатьох країн ЄС. Наприклад, норми статті 39 Кодексу неплатоспроможності Німеччини відносять задоволення вимог кредиторів про реституцію позики акціонера або вимоги з правових актів, які економічно відповідають такій позиції (наприклад, наданий товариству комерційний кредит), як і вимоги кредиторів, щодо яких субординація у провадженні у справі про неспроможність була узгоджена між кредитором та боржником, до п'ятої черги [14]. В Австрійській Республіці законодавцем прийнятий окремий Закон «Про капіталозаміщення кредитів (позик) Австрії», який визначає кредити, позики, які під час кризи визнаються такими, що заміщають власний капітал, та їх ознаки [15]. В свою чергу, згідно із судовою практикою Нідерландів позика кваліфікується як правочин з надання капіталу за наявності трьох ознак: 1) наявність наміру сторін надати капітал, а не борг, незалежно від правової форми правочину; 2) у кредитора на момент вчинення правочину є значна впевненість у тому, що позичальник не зможі повернути позику повністю або частково (збиткове фінансування); 3) умови договору передбачають участь у бізнесі позичальника (умова про «наявність у прибутках») [16].

З урахуванням вищевказаного маємо запропонувати внесення до КУЗПБ, а саме доповнити частину 1 статті 64 КУЗПБ пунктом 8 такого змісту:

«8. Для цілей цієї статті Кодексу, до вимог кредиторів до господарського товариства за субординованим боргом належать: 1) вимо-

ги, що виникають на підставі кредитного договору, договору позики, договору укладеного на умовах комерційного кредиту, іншого цивільно-правового договору, який містить умови про субординацію (підпорядкованість) вимог кредитора (кредиторів) за таким правочином, до вимог інших кредиторів; 2) вимоги, що виникають на підставі кредитного договору, договору позики або договору, укладеного на умовах комерційного кредиту, іншого цивільно-правового договору, що не містить умови про субординацію (підпорядкованість) вимог кредитора (кредиторів) за таким правочином, до вимог інших кредиторів, окрім короткострокових кредитів, позики, комерційного кредиту строком до 6 місяців, якщо кредитором є учасник (акціонер) господарського товариства, який має частку в статутному капіталі господарського товариства у розмірі 10 і більше відсотків, або кінцевий бенефіціар господарського товариства; 3) вимоги кредиторів за кредитним договором, договором позики, договором з умовами комерційного кредиту, іншого цивільно-правового договору, згідно з яким банкруту надані грошові кошти, речі, визначені родовими ознаками, інші об'єкти цивільних прав на строк, що дорівнює або перевищує 50 років, або сплата за яким банкрутом винагороди кредитору обумовлювалася наявністю прибутку в його діяльності або залежністю розміру виплати винагороди від розміру прибутку. Ці положення Кодексу поширюються на виробничі кооперативи та приватні підприємства, якщо інше не встановлено законом.»

1. Груенко С.Ю. Субординация долга в российском и зарубежном праве: классификация видов и правовая природа. *Образование и право*. № 1.2019. 89-95. 2. Гавальда К., Стуфле Ж. Банковское право (Учреждения – Счета – Операции – Услуги). Москва: Финстатинформ. 1996. 566 с. 3. Codice civile della repubblica Italiana (1942). URL: <https://www.brocardi.it/codice-civile/>. 4. Kodeks cywilny Rzeczpospolita Polska (1964). URL: <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19640160093/U/D19640093Lj.pdf>. 5. Regulation (EU) No 575/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on prudential requirements for credit institutions and investment firms and amending Regulation (EU) No 648/2012 // OJ L 176. 27.6.2013. P. 1–337. 6. Про банки і банківську діяльність: Закон України від 7 грудня 2000 р. № 2121-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2121-14#Text>. 7. Інструкція про порядок регулювання діяльності банків в Україні: затверджена постановою Правління Національного банку України від 28.08.2001 р. № 368. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0841-01#Text.html>. 8. Про внесення змін до Класифікатора іноземних валют та банківських металів: постанова Правління Національного банку України

від 19.04.2016 № 269. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0269500-16#Text>. **9.** Положення про критерії та фінансові нормативи діяльності кредитних установ: затверджене розпорядження Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України від 28 вересня 2006 р. № 6261. *Офіційний вісник України*. 2006. № 47. Ст. 3156. **10.** Про визнання такими, що втратили чинність, деяких нормативно-правових актів Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України: Розпорядження Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг від 31.08.2017 р. № 3629. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/RE31025.html. **11.** Про фінансові послуги та фінансові компанії: Закон України від 14 грудня 2021 року № 1953-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1953-20#Text>. **12.** Бабаскін А.Ю. Правова природа субординованого боргу фінансових установ в Україні. *Правова держава*. Вип. 31. 2020. С. 271-281. **13.** Овсейко С. Субординированные кредиты. *Банкаўскі веснік* 2010. № 28 (501). С. 46-50. **14.** Insolvenzordnung (InsO) Bundesrepublik Deutschland (1994). URL: https://www.insolvenzrechtthannover.de/Insolvenzordnung_AT_1-102/insolvenzordnung_at_1-102.html. **15.** Eigenkapitalersatz-Gesetz Österreichische republik (2003). URL: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20002949>. **16.** Гидирим В. Гибридные финансовые инструменты в Нидерландах. URL: http://taxpravo.ru/analitika/statya-70474-gibridnyie_finansovyye_instrumentyi_v_niderlandah.

References

1. Gruyenko S.YU. Subordinatsiya dolga v rusском i zarubezhnom prave: klassifikatsiya vidov i pravovaya priroda. *Образованије i pravo*. 2019. № 1. 89-95. **2.** Gaval'da K., Stufe ZH. Bankovskoye pravo (Uchrezhdeniya – Scheta – Operatsii – Uslugi). М.: Finstatinform. 1996. 566 s. **3.** Codice civile della repubblica Italiana (1942). URL: <https://www.brocardi.it/codice-civile/>. **4.** Kodeks cywilny Rzeczpospolita Polska (1964). URL: <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19640160093/U/D19640093Lj.pdf>. **5.** Pravitel'stvo (EU) No 575/2013 Yevropeyskogo parlamenta i Gosudarstvo 26 June 2013 na ekonomicheskikh trebovaniyakh dlya kreditnykh uchrezhdeniy i investment firms i regulirovaniya regulirovaniya (EU) No 648/2012 // OJ L 176. 27.2. P. 1-337. **6.** O bankakh i bankovskoy deyatelnosti: Zakon Ukrainy ot 7 dekabrya 2000 g. № 2121-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2121-14#Text>. **7.** Instruksiya o poryadke regulirovaniya deyatelnosti bankov v Ukraine: Utverzhdena postanovleniyem Pravleniya Natsional'nogo banka Ukrainy ot 28.08.2001 g. № 368. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0841-01#Text.html>. **8.** O vnesenii izmeneniy v Klassifikator inostrannykh valyut i bankovskikh metallov: postanovleniye Pravleniya Natsional'nogo banka Ukrainy ot 19.04.2016 № 269. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0269500-16#Text>. **9.** Polozheniye o kriteriyakh i finansovykh normativakh deyatelnosti kreditnykh uchrezhdeniy: Utverzhdeno rasporyazheniye Gosudarstvennoy komissii po regulirovaniyu ryнков finansovykh uslug Ukrainy ot 28 sentyabrya 2006 g. № 6261. *Ofitsial'nyy vestnik Ukrainy*. 2006. № 47. Ст. 3156. **10.** O priznanii utrativshimi silu

nekotorykh normativno-pravovykh aktov Gosudarstvennoy komissii po regulirovaniyu rynkov finansovykh uslug Ukrainy: Rasporyazheniye Natsional'noy komissii, osushchestvlyayushchey gosudarstvennoye regulirovaniye v sfere rynkov finansovykh uslug ot 31.08.2017 g. № 3629. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/RE31025.html. **11.** O finansovykh uslugakh i finansovykh kompaniyakh: Zakon Ukrainy ot 14 dekabrya 2021 № 1953-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1953-20#Text>. **12.** Babaskin A. YU.Pravovaya priroda subordinirovannogo dolga finansovykh uchrezhdeniy v Ukraine. *Pravova derzava*. Vyp. 31. 2020. S.271 – 281. **13.** Ovseyko S. Subordinirovannyye kredyty. *Bankovskiy vestnik*. 2010. № 28 (501). С. 46–50. **14.** Insolvenzordnung (InsO) Bundesrepublik Deutschland (1994). URL: https://www.insolvenzrecht.hannover.de/Insolvenzordnung_AT_1-102/insolvenzordnung_at_1-102.html. **15.** Eigenkapitalersatz-Gesetz Österreichische republik (2003). URL: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20002949> (data obrashcheniya: 10.02.2022). **16.** Gidyrin V. Gibridnye finansovyye instrumenty v Niderlandakh. URL: http://taxpravo.ru/analitika/statya-70474-gibridnyie_finansovyye_instrumentyi_v_niderlandah.

Plavykh Igor. Legal regulation of subordinated debt of non-banking financial institutions: ways to improve

The article highlights the conceptual problems of legal regulation in the legislation of Ukraine of attracting funds by non-bank financial institutions on the terms of subordinated debt. The author proves that with the adoption by the Verkhovna Rada of Ukraine of the Law of Ukraine «On Financial Services and Financial Companies» of December 14, 2021. № 1953-IX, in Ukraine, for the first time at the level of the Law, the legal regulation of relations arising from the attraction of funds by non-bank financial institutions on the terms of subordinated debt was provided. At the same time, the analysis of the norms of this Law shows that the Law did not amend the Bankruptcy Code of Ukraine, which corresponds to the legal nature of subordinated debt financial instruments, as done by national legislation in the Law of Ukraine «On Deposit Guarantee System» in respect of subordinated debt of banks. Based on the author's study of Ukrainian legislation, the provisions of EU Regulation №575 / 2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on prudential requirements for credit institutions and investment firms, amending Regulation (EU) № 648/2012, legislation of the EU member states, the author proves: a) the need to amend Part 1 of Article 64 of the Bankruptcy Procedure Code of Ukraine, in which he proposes to satisfy creditors' claims on subordinated loans in the seventh turn; b) the need to establish in Article 64 of the Bankruptcy Code of Ukraine provisions that for the purposes of this Article of the Code by law include subordinated debt claims of creditors of companies and production cooperatives, in the absence of agreements with them conditions for subordinated loans.

Key words: subordinated debt, funds, loan, loan agreement, loan relations, solvency, bankruptcy.