

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ РИНКУ ФОРЕКС В УКРАЇНІ (ПРАВОВІ АСПЕКТИ)

Голубчик В.В.

Київський національний

торгівельно-економічний університет

В даній статті досліджено актуальні проблеми сучасного правового регулювання діяльності ринку Форекс в Україні. Досліджується правова природа правочинів, які укладаються між учасниками зазначеного ринку та визначаються проблеми, що постають в зв'язку з відсутністю і незавершеністю законодавчої бази, що покликана регулювати цей ринок. Визначено шляхи зменшення ризиків, що може понести учасник гри на ринку Форекс.

В данной статье исследованы актуальные проблемы современного правового регулирования деятельности рынка Форекс в Украине. Исследуется правовая природа сделок, заключаемых, между участниками указанного рынка и определяются проблемы, которые возникают в связи с отсутствием и незавершенностью законодательной базы, призванной регулировать этот рынок. Определены пути уменьшения рисков, что может понести участник игры на рынке Форекс.

In this article the current problems of the modern legal regulation of the Forex market in Ukraine. We investigate the legal nature of the legal nature of the transactions entered into between the participants of this market and defines the problems that arise due to the lack and incompleteness of legislation designed to regulate this market. Ways to reduce risks that may be incurred by party games in the Forex market.

Ключові слова: Форекс, фінанси, банківські послуги, фінансові послуги.

В Україні Форекс з'явився в кінці 90-х років XX століття з початком розвитку вільних ринкових відносин. Спершу це була технологія, що діяла винятково всередині деяких банків. Але національне валютне законодавство не дозволяло вільно укладати валютні контракти. Тому використання такої технології було можливе винятково у тих банках, які мали змогу оперувати достатньо великими коштами за межами валютного нагляду Національного банку України. Отже, громадянам України довелося знайомитися з Форексом винятково через представництва іноземних дилінгових центрів.

Від моменту появи і становлення Форексу в Україні нічого не змінилось – ринкові відносини широко розвинулись в Україні, сам Форекс набув широкого розповсюдження в нашій державі. Розгорнулася широка агітаційна та рекламна кампанія по залученню клієнтів до участі в ринку Форекс, проте національне законодавство так і не врегулювало діяльність останнього в Україні. Чим, мабуть, пояснюється відсутність наукових досліджень у зазначеній сфері.

Мета даного дослідження полягає у дослідженні правової природи ринку Форекс в Україні, правової природи правочинів, які укладаються на ринку Форекс, визначення правосуб'єктності учасників зазначених правовідносин та вироблення шляхів щодо вдосконалення у зазначеній сфері.

Контроль за проведенням валютних операцій в Україні здійснює Національний банк України, відповідно до Закону України «Про Національний банк України» та Постанови Правління Національного банку України «Про Інструкція порядок відкриття, використання, закриття рахунків у національній та іноземних валютах» [6; 8]. Проте, вільного необмеженого проведення конвертаційних операцій законодавство нашої держави не передбачає. До недавнього часу не існувало і законодавчої основи для маржинальної торгівлі. Проте, Податковий кодекс України, що набув чинності 01.01.2011 р., використовує термін маржинального прибутку, проте без його визначення [2; п. 210.2 ст. 210].

Через особливості валютного та податкового законодавства зареєстровані в Україні дилінгові центри, зазвичай, не мають юридичного права на надання фінансових послуг. Найчастіше вони діють на підставі ліцензії на здійснення букмекерської діяльності, що не належить до фінансових послуг. Більшість же великих дилінгових центрів взагалі мають закордонну реєстрацію, а місцеві представництва не несуть ніякої юридичної відповідальності або у них взагалі відсутня офіційна реєстрація. Клієнт такої компанії зазвичай не має реальної можливості оскаржити діяльність дилінгових центрів і отримати захист у конфліктних ситуаціях.

Слід зазначити, що діяльність форексних компаній не підлягають прямому державному регулюванню і в інших державах, оскільки зазначений ринок «вільний за своєю суттю», «позабіржовий». Торгівля на ньому відбувається за допомогою телефонів та Інтернету. І

взагалі, реальної купівлі-продажу валюти тут не відбувається, тому й регулювати-то нема чого [11].

Водночас, відносини брокера з клієнтом чітко врегульовані законодавством в розвинених країнах [15].

В Україні навіть ці відносини не мають законного підґрунтя і не врегульовані чинним законодавством. В підтвердження останнього необхідним бачиться розгляд схеми роботи брокера та дилера, організації, створення і діяльності центрів Форекс в Україні.

Операції з активами на ринку Форекс проводять безпосередньо так звані «трейдери». Інструментом таких операцій виступають залучені трейдерами грошові кошти клієнтів, яких називають «інвесторами». Інтерес обох учасників вказаного ринку в проведенні на ньому валютних операцій зумовлений матеріальною метою у вигляді отримання кожним із них відповідного прибутку [10, с. 23-25]. На сьогодні трейдерами на ринку Форекс виступають як великі фінансові компанії, так і прості люди, які також займаються торгівлею іноземною валютою на вказаному ринку. Трейдерами можуть бути як професіонали, так і любителі [15].

Механізм та схема за якою здійснюється діяльність Форексу базується зазвичай наступним чином:

1. Клієнт знайомиться на сайті з умовами оферти, яка виходить від особи, зареєстрованої за межами України. У разі акцепту оферти договір вважається укладеним у місці знаходження брокера.

2. В разі згоди з умовами оферти (акцепту) клієнту відкривається рахунок у компанії-брокері (трейдері).

3. Клієнт завантажує і встановлює на своєму комп'ютері програму, за допомогою якої клієнт може укласти правочини з брокером (трейдером).

4. Всі угоди клієнт укладає через Інтернет за допомогою завантаженої і встановленої програми. Сервери, на яких обробляються запити і доручення клієнта, розташовані також за межами України [14].

Практичні аспекти застосування механізму торгівлі на ринку Форекс, а також оформлення договірних відносин між інвестором і трейдером в багатьох випадках свідчать про потрапляння в не вигідне становище власне інвестора, який, довіривши свої кошти сторонній особі, як правило, не задається питанням щодо правомірності оформлення, в зв'язку з цим, договірних відносин з учасниками цього ринку.

Досліджуючи практику проведення валютних операцій на ринку Форекс, насамперед, доцільно звернути увагу на договори, що укладаються між інвестором та представником компанії (дилінгового центру Форекс тощо). За умовами такого договору компанія уповноважується діяти як агент або брокер з метою виконання інструкцій інвестора з купівлі-продажу фінансових інструментів на фінансових ринках. У певних випадках умови щодо предмету такого договору були відсутні взагалі, а в деяких - прописувались не досить чітко. Замість зазначення в договорі його істотних умов, у ньому містилось посилання на веб-сайти компанії.

Після укладення вказаного вище договору інвестору пропонується укладення договору доручення на довірче управління фінансовими активами, іншою стороною за яким виступатиме трейдер. З назви цього договору випливає, що він має поєднувати в собі два різних види цивільно-правових зобов'язань відповідно до глав 68, 70 Цивільного кодексу України (надалі – ЦК України) – доручення та управління майном. Останнє робить такий договір змішаним [3, ч. 2 ст. 628]. Отже, необхідним є проведення аналізу обох зазначених видів цивільно-правових зобов'язань.

Досліджуючи правову природу договору доручення з огляду на ЦК України, зазначимо, що за таким договором одна сторона (повірений) зобов'язується вчинити від імені та за рахунок другої сторони (довірителя) певні юридичні дії [3, ч. 1 ст. 1000]. Отже, трейдер виступатиме повіреним, а інвестор довірителем. Предметом даного договору є обов'язок повіреного щодо вчинення чітко визначених договором юридичних дій. Якщо в договорі доручення на довірче управління фінансовими активами будуть відсутні вказівки на здійснення трейдером конкретних юридичних дій, то і предмет договору доручення у вказаній договірній конструкції буде відсутній. Крім того, закон зобов'язує довірителя при укладенні договору доручення надати повіреному довіреність [3, ч. 1 ст. 1007], яка у разі закінчення строку її дії має бути повернута повіреним разом з його звітом про виконання доручення і підтверджуючими документами, якщо це вимагається договором чи характером доручення [3, ст. 1006].

За договором управління майном, згідно з ч. 1 ст. 1029 ЦК України, одна сторона (установник управління) передає другій стороні (управителеві) на певний строк майно в управління, а друга сторона зобов'язується за плату здійснювати від свого імені управління цим майном в інтересах установника управління цим або вказаної ним особи

(вигодонабувача). Отже у відносинах, що виникають між трейдером і інвестором на ринку Форекс, трейдер у зазначеному зобов'язанні виступатиме управителем, а інвестор - установником управління [13].

Істотною умовою дійсності договору є питання наявності у сторін даного договору належної правосуб'єктності. Так, аналізуючи кожен із видів цивільно-правових зобов'язань, поєднаних в договорі доручення на довірче управління фінансовими активами, слід зазначити, оскільки закон не обмежує коло осіб, які можуть виступати повіреним в договорі доручення, то за договором управління майном управителем може виступати виключно суб'єкт підприємницької діяльності [2, ч. 1 ст. 1033]. Отже, зазначене правило виключає можливість участі у цих правовідносинах на стороні управителя (отже й трейдера) фізичної особи, яка не є суб'єктом підприємницької діяльності.

Враховуючи зазначене, можна зробити висновок, що у разі укладення договору фізичною особою, яка не є підприємцем, виникають підстави для визнання даного договору недійсним відповідно до ч. 2 ст. 203 та ст. 215 ЦК України.

Також закон встановлює певні обмеження щодо предмету управління. Так, з огляду ч. 2 ст. 1030 ЦК України в управління не можуть передаватися грошові кошти, крім випадків, коли право здійснювати управління грошима прямо встановлено законом. На сьогодні право управління грошовими коштами, яке встановлене законом, надано банківським установам та іншим фінансовим установам (на підставі Законів України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», «Про банки і банківську діяльність» [5; 7]). Як вбачається, управління грошовими коштами відбувається на ринку фінансових послуг, а отже, діяльність трейдера має ґрунтуватися, насамперед, на базовому законодавчому акті – Законі України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг». Згідно з підпунктом 4 ч. 1 ст. 34 зазначеного Закону, при здійсненні діяльності з надання будь-якої фінансової послуги, якою, зокрема, є довірче управління активами, що передбачає пряме чи опосередковане залучення фінансових активів від фізичних осіб, слід отримувати відповідну ліцензію в Національній комісії, яка здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг. А відповідно відсутність такої ліцензії у трейдера, діяльність якого на ринку Форекс передбачає залучення коштів фізичних осіб в управління, може стати підставою для:

а) визнання договору доручення на довірче управління недійсним відповідно до ч. 2 ст. 203 та ст. 215 ЦК України;

б) накладення на трейдера – порушника законодавства відповідної санкції - штрафу.

Враховуючи вищезазначене, можна дійти висновку, що деякі із договорів укладених із відповідними інвесторами на ринку Форекс можна вважати неукладеними або є підстави для визнання їх недійсними, що може викликати настання небажаних наслідків. І відповідно, це загрожує інвестору потраплянням у не вигідне юридичне становище.

Щодо фінансових активів, які за договором доручення на довірче управління мають передаватися трейдеру, то і тут ми бачимо відсутність правового регулювання. На практиці кошти інвестора мають відображатися у вигляді запису на спеціальному рахунку, відкритому в Інтернеті на визначеному сайті (так званий «віртуальний рахунок»). Зазначимо, що відкриття такого рахунку не регулюється Постановою Правління Національного банку України «Про Інструкція порядок відкриття, використання, закриття рахунків у національній та іноземних валютах».

Враховуючи, що фінансовими активами є кошти, а кошти в Україні можуть існувати в готівковій або безготівковій формі, то отримані від інвестора кошти, що мають перейти з готівкової форми у безготівкову, мають бути внесені на відповідний рахунок трейдера або інвестора, відкритий саме у банку [4, ч. 1 ст. 3]. Оскільки, вказані кошти мають бути переведені на віртуальний рахунок інвестора чи трейдера, вони мають отримати статус електронних грошей.

Правове регулювання питань щодо використання електронних грошей в Україні здійснюється на підставі Постанови Правління НБУ № 481 від 04.11.2010 р. «Про внесення змін до деяких нормативно-правових актів національного банку України з питань регулювання випуску та обігу електронних грошей» [9]. Відповідно до п. 1.4 зазначеної Постанови Правління НБУ, емітентом електронних грошей, тобто особою, яка випускає такі гроші, виступає виключно банк. Розповсюджувати електронні гроші (тобто, здійснювати операцію з надання їх користувачам), здійснювати з такими грошима обмінні операції має право так званий «агент», який є юридичною особою і уклав з банком відповідний договір.

Слід прийняти до уваги, що законодавством встановлені обмеження використання електронних грошей. Так, якщо користувачем електронних грошей виступає фізична особа (яка не належить до суб'єктів підприємницької діяльності), то законодавство дозволяє їй

використовувати її електронні гроші лише для розрахунків з торговцями за товар та перераховувати електронні гроші іншим користувачам - фізичним особам.

Отже, у разі використання електронних грошей на ринку Форекс інвестором-фізичною особою, ці кошти можуть бути перераховані трейдеру, який є фізичною особою, або торговцю (суб'єкт господарювання, зареєстрований відповідно до законодавства України, що на підставі договору, укладеного з емітентом або агентом з розрахунків, приймає електронні гроші як засіб платежу за товари [9, абз. 19 п.1.3]) в якості розрахунку за товар. Проте, враховуючи, що фізична особа не може бути управителем в договорі управління майном, про що зазначалось раніше, операції між такими категоріями осіб з електронними грошима вважатимуться правомірними, якщо між ними буде укладена інший вид договору, аніж та, яка передбачає довірче управління коштами. При цьому зміст такого договору також не повинен вказувати на наявність в ньому довірчого управління майном. Якщо користувачем електронних грошей виступає суб'єкт господарювання, то законодавство дозволяє йому використовувати електронні гроші виключно для розрахунків з торговцями за товар.

Отже, проаналізувавши чинне законодавство України і застосувавши їх до певної ситуації у відносинах між трейдером та інвестором при здійсненні валютних операцій на ринку Форекс, можна виявити прогалини в законодавстві, які впливають або можуть вплинути на інтереси перш за все інвесторів.

Дилери, що працюють на ринку Форекс по всьому світу, чудово розуміють те, що країни, в яких вони діють або прямо забороняють цю діяльність або ця діяльність не врегульована в законодавстві. Тому механізм роботи дилерів є досить чітко побудованим і направленим на уникнення будь-якої юридичної відповідальності. На практиці це здійснюється таким чином:

1) безпосередньо брокерські центри створюються поза межами держав, в яких вони діють. Досить часто місцем створення стають 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, хоча банківська, інвестиційна та інші види діяльності майже у всіх офшорних зонах останнім часом контролюється набагато активніше, ніж раніше. Проте операції на ринку Форекс поки, як правило, не врегулюються законодавством [13];

2) діяльність в державах зводиться виключно до пошуку та залучення клієнтів, реклами діяльності брокерів та безпосередньо самого ринку, що зазвичай, здійснюється без отримання ліцензії на рекламу фінансових послуг, шляхом створення завуальованої реклами.

Отже, ризик юридичної відповідальності трейдерів і дилерських компаній знижується, а ризик інвесторів - прямо пропорційно збільшується.

Підсумовуючи, слід зазначити, що сама схема діяльності Форексу і його клієнтів не є законодавчо врегульованою, а іноді - навіть тягне за собою порушення чинного законодавства України (зокрема, норм Цивільного кодексу України). Результатом цього є те, що особи – громадяни України, які приймають рішення зіграти на ринку Форекс, і тим самим вступають у відповідне правовідношення, в першу чергу, створюють небезпеку та загрозу для власних інтересів інвесторів. Оскільки у разі виникнення проблем, особа не зможе звернутися за захистом своїх порушених прав, або в разі такого звернення існує вірогідність того, що даній особі буде відмовлено у задоволенні її вимог, адже сама особа за власним волевиявленням надала свою згоду на участь в даній схемі роботи ринку Форекс. Причиною таких ситуацій, зазвичай, стає низька правова культура або іншими словами правовий нігілізм з боку громадян. А як відомо, не знання закону не звільняє від юридичної відповідальності [1, ч. 2 ст. 68].

Тому необхідним вбачається створення відповідної нормативно-правової бази, яка б врегульовувала діяльність даного ринку, або хоча б норм, які б безпосередньо врегульовували відносини між трейдером та інвестором. Що, в свою чергу, дало б більше можливостей інвестору захистити свої права у разі виникнення певних спорів.

Проте, оскільки законодавство України ще є досить не зрілим і на сьогодні ми повинні спиратись виключно на чинні норми, то необхідно, щоб усі особи, що залучаються до гри на ринку Форекс, перш за все, були юридично поінформовані щодо всіх правових наслідків участі в Форекс, а не просто залучені вдалими обіцянками швидко і легко можливо збільшити свої доходи, не прикладаючи великих зусиль.

Література

1. Конституція України, 28 червня 1996 р. № 245к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. - № 30. - Ст. 141.
2. Податковий кодекс України від 02.12.2010 р. № 2755-VI // Голос України. - 2010. - № 229-230.

3. Цивільний кодекс України від 16.03.2003 р. № 435-IV // Голос України. - 2003. - № 45.
4. Про платіжні системи та переказ коштів: Закон України від 05.04.2001р. № 2346-III // Урядовий кур'єр. - 16.05.2001.
5. Про банки і банківську діяльність: Закон України від 07.12.2000 р. № 2121-III // Уряд. кур'єр. - 17.01.2001.
6. Про Національний банк України: Закон України від 20.05.1999 р. № 679-XIV // Уряд. кур'єр. - 01.07.1999.
7. Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг: Закон від 12.07.2001р. № 2664-III // Уряд. кур'єр. - 2001.
8. Про затвердження Інструкції про порядок відкриття, використання і закриття рахунків у національній та іноземних валютах: Постанова Правління Національного банку України від 12.11.2003 р. № 492, зареєстровано в Міністерстві юстиції України 17.12.2003 за № 1172/8493 // Офіц. вісн. України. – 2003. - № 5. - Ст. 2707.
9. Про внесення змін до деяких нормативно-правових актів Національного банку України з питань регулювання випуску та обігу електронних грошей: Постанова Правління Національного банку України від 04.11.2010 р. № 481, зареєстровано в Міністерстві юстиції України 24.12.2010 р. за № 1336/18631 // Офіц. вісн. України. – 2010. - № 100. - Ст. 3571.
10. Корнелиус Лука. Торговля на мировых валютных рынках. Trading in the Global Currency Markets. - 2-е изд. - М.: Альпина Бизнес букс, 2005. - 716 с.
11. Forex в России // Журнал «D». – 2006. - № 10 (13).
12. Найман Э. Малая Энциклопедия Трейдера. - К.: ВИРА-Р Альфа Капитал, 1999. - 221 с.
13. Рынок ФОРЕКС: юридические вопросы и практическое решение // Режим доступа: www.rocche-duffay.ru.
14. Леонов Ю., Дроздова Н. Довірче управління фінансовими активами // Режим доступа: <http://jurliga.ligazakon.ua/news/2011/10/24/50721.htm>
15. Фор екс // Режим доступа: <http://ru.wikipedia.org/wiki/Форекс>