

УДК 347.73:346.1(477)

С. Глібко, кандидат юридичних наук, доцент кафедри господарського права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Банківська діяльність як фінансове посередництво у господарському праві України

Діяльність фінансових установ, у тому числі банків, на ринках фінансових послуг хоча і знаходиться під постійним контролем та наглядом із боку уповноважених державних органів, але одночасно надання фінансових послуг постійно зазнає ринкового впливу, негативні моменти якого для самих банків, клієнтів та споживачів можливо було б усунути відповідними засобами та методами державного регулювання. Останнє повинно враховувати як особливості діяльності банків окремих фінансових установ, так і їх місце на відповідних під час здійснення господарської діяльності, використання та розподілу ресурсів.

Дослідження банківської системи в аспектах державного регулювання здійснювали Т. А. Латковська, О. П. Орлюк; окремі питання державного впливу на діяльність фінансових установ і банків розглядали Д. П. Фьоклін, І. А. Шамрай, О. Р. Ящицак; діяльність банків на ринку цінних паперів вивчала І. Л. Нурзад, але сучасне законодавче регулювання потребує визначення місця банків на ринках фінансових послуг та напрямів удосконалення господарсько-правового регулювання банківських послуг.

Мета статті — визначити сутність банківської діяльності як фінансового посередництва та правові наслідки такого визначення в Господарському кодексі України (далі — ГК України) для подальшого правового регулювання цієї діяльності.

Положеннями статей 339–351 ГК України регламентуються банківські операції як фінансове посередництво. Виходячи із змістовного аналізу норм у зазначених статтях, банківські послуги та операції складаються як з окремих угод, так і видів діяльності банків. Фінансове посередництво у законодавстві визначається як діяльність, пов'язана з отриманням та перерозподілом фінансових коштів, крім випадків, передбачених законодавством, і здійснюється банками та іншими фінансово-кредитними організаціями (ч. 3 ст. 333 ГК України). Як відомо

мо, фінансове посередництво включає грошове посередництво і класифікується як вид фінансової діяльності окремо від страхування (ч. 2 ст. 333 ГК України). Таким чином, з урахуванням норм пп. 1, 2 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» як ознаки фінансового посередництва в законодавстві виокремлюються — спеціальний суб'єкт: банки та інші кредитні установи (які належать до фінансових установ); визначений вид діяльності: фінансове посередництво є видом фінансової діяльності, за винятком страхування; спеціальна мета: діяльність, пов'язана з отриманням та перерозподілом фінансових коштів (з передбаченими винятками).

У праві фінансове посередництво визначається як професійна діяльність фінансових установ, яка полягає у залученні тимчасово вільних фінансових ресурсів фізичних і юридичних осіб з метою їх ефективного перерозподілу, який забезпечить одержання прибутку і захист майнових інтересів споживачів фінансових послуг¹. До фінансових посередників як у правовій, так і в економічній літературі найчастіше відносять усіх учасників ринків фінансових послуг: банки, кредитні спілки, лізингові компанії, ломбарди, ІСІ, недержавні пенсійні фонди. Також у деяких джерелах додатково включають страхові, фінансові, інвестиційні, благодійні компанії, довірчі товариства, які вважаються фінансовими установами, що акумулюють кошти фізичних та юридичних осіб і надають ці кошти позичальникам², хоча останнє є спірним, оскільки деякими установами здійснюється не залучення коштів, а одержання платежів за надання послуг, або взагалі, отримання благодійних внесків. К. В. Масляєва на підставі Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» за колом фінансових послуг та функціональними засадами діяльності як критеріями розподіляє всіх фінансових посередників на певні групи³, до яких відносить фінансові установи, фізичних осіб-підприємців,

¹ Див.: Ящищак О. Р. Державне регулювання ринку фінансових послуг в Україні: організаційно-правовий аспект : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / О. Р. Ящищак. – К., 2010. – С. 13.

² Див.: Герасимова С. В. Роль фінансових посередників в організації інвестиційної діяльності акціонерних товариств / С. В. Герасимова // Фінанси України. – 2007. – № 4. – С. 104, 105.

³ Див.: Масляєва К. В. Господарсько-правове забезпечення функціонування ринку фінансових послуг України : монографія / К. В. Масляєва. – Х. : ФІНН, 2010. – С. 37, 38, 42, 45.

юридичних осіб, які за своїм правовим статусом не є фінансовими установами. О. В. Драган фінансовими посередниками визначає банківські установи, страхові компанії, недержавні пенсійні фонди, кредитні спілки, компанії з управління активами, андеррайтерів, інвестиційні фонди, інвестиційні компанії, торговців цінними паперами¹. Хоча наведені приклади і охоплюють суб'єктів, які або не належать до фінансових організацій, або фінансові установи, які не виконують функцій посередників, ми враховуємо в дослідженні функції банків тільки функції тих суб'єктів, які чітко стосуються фінансових установ.

Цілі правового регулювання фінансового посередництва банків, спрямовані в тому числі на забезпечення збереження довіреними фінансовим посередникам — банками коштів, їх ліквідності, а також забезпечення належного управління накопиченими коштами та доступності фінансових ресурсів для клієнтів банків, зокрема в періоди фінансових криз.

З урахуванням поглядів науковців-економістів² можна навести такі особливості банків порівняно з більшістю фінансових посередників: 1) сукупність банківських послуг поєднує максимально як грошове, так і інші види фінансового посередництва, чого не здійснюють окремі фінансові установи; 2) при залученні коштів банки встановлюють, як правило, фіксований відсоток клієнтам і не покладають ризику неотримання прибутку на останніх, що не здійснює більшість фінансових посередників (наприклад, інвестори ІСІ не одержують фіксованих доходів); 3) як правило, банки розподіляють свої вкладення по різних портфелях: кредитний, цінних паперів, інвестиційний, чим і зменшують свої ризики, що не відбувається у інших фінансових посередників у зв'язку з їх спеціальною господарською компетенцією; 4) діяльність банків поєднується банківською системою і єдиним її регулюванням з боку НБУ, напроти, відсутні системи фінансових посередників на інших ринках фінансових послуг, їх централізоване регулювання (наявність Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку, Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг) і зв'язок фінансових установ між собою.

¹ Див.: Драган О. В. Державно-правове регулювання діяльності фінансових посередників на ринку цінних паперів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / О. В. Драган. – К., 2011. – С. 9–10.

² Див.: Корнеев В. В. Модифікація форм фінансового посередництва в Україні / В. В. Корнеев // Фінанси України. – 2008. – № 1. – С. 82–83.

До функцій фінансового посередництва належать: консолідація заощаджень з наступним диверсифікованим їх вкладенням; підвищення ліквідності фінансових вкладень; забезпечення рівноваги попиту і пропозиції на фінансові ресурси; перерозподіл і зниження фінансових ризиків; специфікація (легалізація) прав власності клієнтів¹. Деякі автори за видами діяльності виокремлюють такі функції фінансового посередництва: у розрахунках — це розрахункові та інформаційно-консультаційні, а у кредитуванні — інформаційно-консультаційні, трансформаційні, контрольно-фінансові², які фактично збігаються з функціями, що характеризують особливості банківських операцій, відносять трансформаційні, інформаційно-консультаційні, контрольні та окремо фінансове посередництво як функцію³. Усі названі функції банків закріплені (хоча і не чітко, а іноді частково) у законодавстві: місце банківських операцій у фінансовій системі — у статтях 339–351 ГК України, визначення змісту банківської діяльності — у ст. 3 Закону України «Про банки і банківську діяльність» (далі — Закон «Про банки»), обов'язкове поєднання протилежних за рухом капіталів банківських послуг і операцій на підставі банківської ліцензії — у ст. 47 Закону «Про банки».

Із наведеним розумінням фінансового посередництва збігається закріплення грошового посередництва (за відсутності взагалі терміна «фінансове посередництво») в національному класифікаторі України ДК 009:2010 «Класифікація видів економічної діяльності», затвердженому наказом Держспоживстандарту України № 457 від 11 жовтня 2010 р.⁴ (далі — КВЕД-2010). У секції К якого, зокрема у класі 64.19, банківські послуги та операції окремо від діяльності центрального банку віднесено до інших видів грошового посередництва, в тому числі відповідно до Методологічних основ та пояснень до позицій національного класифікатора ДК 009:2010 «Класифікація видів економічної діяльності», затверджених наказом Держкомстату № 396 від 23 грудня 2011 р.⁵ (далі — Методологічні основи КВЕД-2010). Оскільки КВЕД-2010 з урахуванням міжнародних стандартів оперує поняттями

¹ Див.: Корнеев В. В. Модифікація форм фінансового посередництва в Україні / В. В. Корнеев // Фінанси України. – 2008. – № 1. – С. 80–81.

² Див.: Версаль Н. І. Теорія кредиту: навч. посіб. / Н. І. Версаль, Т. В. Дорошенко. – К.: Вид. дім «Киево-Могилянська акад.», 2007. – С. 54, 98–102.

³ Там само. – С. 174–175.

⁴ Система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА:ЗАКОН.

⁵ Там само.

«фінансова діяльність» у секції К, «фінансові послуги» в розділі 64, а в Методологічних основах КВЕД-2010 акцентується, що для класифікації одиниць у рамках цього розділу істотну роль відіграє прийнята в певній країні організація фінансових служб, на наш погляд, це підтверджує недоцільність виключення вживання терміна «фінансове посередництво» зі сфери законодавства.

У економічних наукових джерелах висвітлюється різний ступінь впливу фінансового посередництва на зміст банківської операції. Так, інститут фінансового посередництва, з погляду науковців-фінансистів, впливає на поділ операцій банків на дії, що забезпечують функціонування банку як суб'єкта підприємництва, та на його дії як фінансового посередника, що входять до поняття банківських послуг, сутність яких визначається через перелік всіх операцій, визначених у Законі України «Про банки»¹. Інші науковці визнають, що більш за все на визначення посередницького характеру банківських операцій впливає місце банку в русі капіталу, а не зміст угоди. Наприклад, при віднесенні факторингу до активних операцій одночасно ця операція вважається посередницькою послугою банків². Ю. В. Ващенко, розглядаючи погляди вчених-економістів, зазначає, що банк визначається як інститут кредитної системи, що є посередником у кредиті, розрахунках і випускає кредитні зняття обігу³. У зв'язку з цим необхідно вказати, що економічна категорія фінансового посередництва за своїм змістом реалізується в декількох, іноді прямо не пов'язаних із собою правовими зв'язками, банківських послугах, операціях та угодах, а функціональність фінансового посередництва виявляється переважно в поєднанні при розгляді та регулюванні певних операцій (наприклад, депозитні та кредитні операції), і є максимально презентаційною саме в банківській діяльності в цілому. Одночасно слід розуміти, що випадки віднесення у правовому регулюванні до посередницьких окремо взятих банківських операцій не завжди відповідають як правовій суті правовідносин (які неможливо відносити до посередницьких угод), так і економічному змісту. Так, наприклад, у Банківському кодексі Республіки Беларусь

¹ Див.: Міщенко В. І. Банківські операції : підручник / В. І. Міщенко, Н. Г. Славянська, О. Г. Корнеева. – 2-ге вид., переробл. і допов. – К. : Знання, 2007. – С. 69–70.

² Банки и банковские операции : учеб. для вузов / Е. Ф. Жуков, Л. М. Максимова, О. М. Маркова и др. ; под ред. Е. Ф. Жукова. – М. : Банки и биржи : ЮНИТИ, 1997. – С. 201, 248.

³ Див.: Ващенко Ю. В. Банківське право : навч. посіб. / Ю. В. Ващенко. – К. : Центр навч. л-ри, 2009. – С. 13.

у розділі 7 до посередницьких банківських операцій, крім розрахунків, валютно-обмінних операцій, помилково відносять банківське зберігання, тимчасове користування банківським сейфом, інкасацію та перевезення готівкових коштів, платіжних інструкцій, дорогоцінних металів і дорогоцінного каміння, інших коштовностей¹.

На підставі раніше відміченого, до особливостей здійснення фінансового посередництва банками можна віднести: 1) поєднання тільки банками діяльності та/або участі на всіх фінансових ринках — грошовий ринок; ринок капіталу; ринок похідних фінансових інструментів, що у правовому регулюванні реалізується на ринках банківських, інвестиційних послуг, операцій з цінними паперами та фактично на всіх інших видах ринків, що забезпечують обіг фінансових активів; 2) здійснення діяльності зі всіма видами фінансових активів — коштами, цінними паперами, борговими зобов'язаннями та правами вимоги боргу, що не віднесені до цінних паперів; 3) здійснення банківської діяльності на всіх територіальних ринках: регіональному, національному, міжнародному; 4) наявність структурованої інституційно сформованої, найбільш стабільної порівняно з іншими ринками та законодавчо закріпленої банківської системи; 5) привабливість банківських послуг для інвесторів та клієнтів порівняно з іншими ринками фінансових послуг.

Що стосується використання функціонального місця банку як підстави для визначення правового змісту банківської діяльності, то необхідно звернутися до поглядів науковців. О. П. Орлюк підкреслює, що до базових операцій належить комплекс із основних трьох — прийняття грошових вкладів від клієнтів, надання клієнтам позичок і створення нових платіжних засобів, здійснення розрахунків між клієнтами². Базовість окремих операцій посилюється у висновку І. Л. Нурзад, якою при поділі операцій на банківські і небанківські використовується функціональний критерій, тобто, відповідає чи ні операція базовим функціям банку, а дії, спрямовані на їхнє здійснення, становлять суть банківської діяльності³. Але не можна погодити-

¹ Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.pravo.by/webnra.

² Див.: Орлюк О. П. Банківська система України. Правові засади організації / О. П. Орлюк. – К. : Юрінком Інтер, 2003. – С. 14.

³ Див.: Нурзад І. Л. Правове регулювання діяльності банків на ринку цінних паперів України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / І. Л. Нурзад. – К., 2004. – С. 9 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.nbu.gov.ua.

ся з автором у тому, що операції і діяльність банків на ринку цінних паперів не можуть іменуватися банківськими операціями та банківською діяльністю¹, тому що ці фінансові активи також використовуються в основних операціях банків, і такі операції з ними також охоплюються суттю фінансового посередництва банку і повинні належати до операцій, які здійснюють банки.

О. М. Олейник визначає банківську діяльність як сукупність постійно або систематично здійснюваних із приводу грошей та інших фінансових інструментів операцій різних видів, об'єднаних загальною метою². При цьому поняття банківської діяльності у вузькому значенні банківські операції створюють у тих випадках, коли вони здійснюються у сукупності³. Ю. В. Ващенко розглядає банківську діяльність у широкому значенні, в якому розуміються всі види операцій, які можуть проводити банки, а у визначених законом випадках — інші юридичні особи, і у вузькому, що включає тільки ті операції, які виділяють банк з числа інших фінансово-кредитних установ⁴, тобто операції з визначення банку в ст. 1 Закону «Про банки». І. А. Безклубий визначає банківську діяльність як систематичну підприємницьку діяльність, здійснення якої передбачає вчинення банківських правочинів та операцій⁵, і вважає, що звуженням є визначення банківської діяльності через перелік трьох класичних видів послуг у ст. 2 Закону «Про банки». На наш погляд, відбувається перебільшення значення виключності банківської діяльності (або «вузького» розуміння) для визначення поняття та наступного відповідного правового регулювання. Класифікація банківських послуг і операцій та їх правове регулювання при проведенні банківської діяльності здійснюються не самостійно за їх видом, а з урахуванням функцій суб'єкта — банка та ризиками в його діяльності, як, тоді, коли мова йде про обов'язкову сукупність видів діяльності банків, так і у випадку здійснення ними інших фінансових послуг.

¹ Див.: Нурзад І. Л. Правове регулювання діяльності банків на ринку цінних паперів України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / І. Л. Нурзад. – К., 2004. – С. 9 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.nbuv.gov.ua.

² Див.: Олейник О. М. Основы банковского права : курс лекций / О. М. Олейник. – М. : Юристъ, 1997. – С. 27–28.

³ Там само. – С. 26.

⁴ Див.: Ващенко Ю. В. Банківське право : навч. посіб. / Ю. В. Ващенко. – К. : Центр навч. л-ри, 2009. – С. 19.

⁵ Див.: Безклубий І. А. Банківські правочини : монографія / І. А. Безклубий. – К. : Вид. Дім «Ін Юре», 2007. – С. 61.

Слід відмітити думку щодо цього питання російських науковців¹, які включають у поняття «банківська діяльність» як підприємницьку, так і діяльність державного органу — Центрального банку РФ, у тому числі його управлінські функції на підставі Федерального закону РФ «Про Центральний банк Російської Федерації (Банк Росії)», та закріплення повноважень у ст. 46 ФЗ РФ «Про Центральний банк Російської Федерації (Банк Росії)»². Таке додавання організаційно-господарських відносин до банківських операцій суперечить змісту банківської діяльності та не буде відповідати системній побудові норм ГК України і законодавства, що регулює банківську діяльність.

З огляду на те, що відповідно до ст. 47 Закону «Про банки» банківські послуги і банківські операції є фінансовими послугами, вони є операціями з фінансовими активами згідно з п. 5 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг». Фактично необхідність публічного регулювання при здійсненні державної політики стосовно ринків фінансових послуг потребувала об'єднати в одному понятті діяльність, яка будується на переході прав власності на фінансові активи, комісійну, представницьку, що іноді не передбачають руху активів, страхову та іншу діяльність. Утім у цьому поєднанні ключовим критерієм стало не фінансове посередництво, а предмет операцій — фінансовий актив. Наведене свідчить про актуальність на сучасному етапі додавання до підстав публічного регулювання ринків фінансових послуг і безпосередньо ринку банківських послуг ще однієї — необхідності належної реалізації фінансового посередництва як економічної діяльності. Також ця думка підтверджується тим, що при розгляді проблем фінансового посередництва банків ставиться за необхідне вирішення саме сукупності питань, з одного боку — з управління ризиками, їх оцінки, з ефективного контролю за ризиками (ліквідності, кредитним, іншими) в банківській діяльності, удосконалення ризик-орієнтованого нагляду, а з другого — стосовно надання на належному рівні послуг кредитними установами³.

¹ Див.: Тосунян Г. А. Банковское право Российской Федерации. Общая часть : учебник / Г. А. Тосунян, А. Ю. Викулин, А. М. Экмалян ; под общ. ред. Б. Н. Топорнича. – М. : Юристъ, 1999. – С. 227–229.

² Система КонсультантПлюс [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.consultant.ru

³ Банки в системе финансового посредничества: состояние и перспективы : Рекомендации XVII Международного банковского конгресса (МБК-2008) // Деньги и кредит. – 2008. – № 7. – С. 33–37 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.cbr.ru/publ/MoneyAndCredit/recomendations.pdf

Для відповіді на питання щодо напрямів державної політики та правового регулювання належного виконання функцій фінансового посередництва необхідно визначити цілі і встановити окремі фактори (засоби, методи, інше), які можливо згрупувати залежно від врахування інтересів банків або їх клієнтів. В якості підґрунтя для застосування цих важелів, на наш погляд, доцільно погодитися і вказати на такі критерії для належного і необхідного виконання функцій фінансового посередництва: можливість акумулювання грошових коштів суспільства, виключаючи обхід фінансової системи; збереження конкуренції, що веде до зниження трансакційних витрат та покращення послуг; можливість використання суспільством накопичених коштів для довгострокового розвитку¹. Так, як актуальний приклад необхідності врегулювання посередництва в кредиті, можна навести визначення шляхів вирішення економічних проблем узгодження термінів та обсягів іпотечного кредитування при відсутності належних довгострокових ресурсів та забезпечення у таких випадках нормативів ліквідності в діяльності банків². У правових формах є актуальним удосконалення і закріплення в законодавстві механізму відповідальності за незадоволення вимог клієнтів — кредиторів банку і одночасно клієнтів — позичальників (боржників) у розрахунках та кредитуванні, врахування інтересів яких при розірванні економічної послідовності операцій з фінансового посередництва фактично не відображено в законодавстві та вимогах до банку на отримання коштів і в адекватній публічній реакції на дії банку як фінансового посередника, хоча відповідний обов'язок з боку банку повинен кореспондувати правам і інтересам його клієнтів.

На підставі викладеного можна сформулювати такі положення. Завданнями для визначення засобів, методів, форм регулювання, які будуть відображати інтереси банків, можливо визначити такі: удосконалення організаційно-господарських відносин у банківських групах як організаційно-правових формах об'єднань, інтегрованих у інші ринки фінансових послуг та окремі сегменти товарних ринків, що надасть змогу знизити матеріальні та часові витрати при проведенні

¹ Див.: Саркисян Т. С. Проблемы фінансового посредничества / Т. С. Саркисян // Деньги и кредит. – 2007. – № 7. – С. 26 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.cbr.ru/publ/MoneyAndCredit/sarkisyan.pdf

² Див.: Гринько О. Л. Формування й розподіл банківських ресурсів на іпотечне кредитування / О. Л. Гринько // Фінанси України. – 2005. – № 7. – С. 128–129.

операцій на ринку банківських послуг; забезпечення зниження ризиків у банківській діяльності й одночасне забезпечення здешевлення вартості банківських операцій за рахунок витрат на операції, пов'язані з реєстрацією угод, нерухомості, зменшення мита, що може бути здійснено за рахунок державного публічно-правового регулювання; забезпечення прозорості та спрощення стягнення і виконавчого провадження за вимогами банків, зменшення витрат на стягнення заборгованості; встановлення переваг при довгостроковому залученні коштів і відповідному кредитуванні населення або виробничої сфери, як шляхом адміністративного регулювання (наприклад, чітка спеціалізація банків), так і індикативного регулювання.

У будь-якому випадку, фінансове посередництво передбачає залучення банками клієнтів з обох напрямів використання капіталу, тому в інтересах клієнтів повинні бути прийняті пов'язані з першою групою такі заходи: підвищення привабливості банківських операцій шляхом їх здешевлення та спрощення здійснення; забезпечення врахування конституційних прав фізичних осіб та/або прав суб'єктів господарювання у конфліктах при виконанні зобов'язань перед банками; забезпечення належного механізму судового захисту клієнтів банків, який усуває економічну, професійну нерівність та недостатній захист клієнтів банку; удосконалення механізму гарантування вкладів громадян та/або встановлення механізму захисту депозитів юридичних осіб, які не є фінансовими установами; примус банків адміністративними та індикативними засобами до належного виконання функцій фінансового посередництва (наприклад, до кредитування суб'єктів господарювання та споживачів у певних економічних та соціальних цілях, посилення гарантування виконання своїх зобов'язань перед клієнтами певними засобами), що фактично буде опосередковано забезпечувати виконання обов'язку банку — фінансового посередника перед державою за його допуск на фінансові ринки та надання права на виключну діяльність.

Наявність проблемних питань у регулюванні і одночасно неможливість прямого узгодження функцій фінансового посередництва в нормах законодавства приводить до необхідності введення на сучасному етапі регулювання банківської діяльності принципу належного здійснення фінансового посередництва, який буде реалізовуватися не тільки в обов'язках банків та їх діяльності, а й як певний напрям у державному та банківському регулюванні останньої. Такий принцип може

мати безпосереднє застосування при визначенні як засобів банківського регулювання, так і господарсько-правової регламентації окремих банківських операцій.

Глібко С. Банковская деятельность как финансовое посредничество в хозяйственном праве Украины

В статье рассмотрены проблемы хозяйственно-правового регулирования банковской деятельности и её содержание как финансового посредничества.

Ключевые слова: банковская деятельность, финансовое посредничество, банковское регулирование.

Glibko S. Banking activity as financial intermediary in the economic law of Ukraine

In article problems of economic and legal regulation of banking activities and its content as a financial intermediary are considered.

Keywords: banking, financial mediation, banking regulation.