

РОЗДІЛ 3

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС; СІМЕЙНЕ ПРАВО; МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО

УДК 347.417

НОВА РЕДАКЦІЯ ПОЛОЖЕННЯ ПРО ЕМІСІЮ ЕЛЕКТРОННИХ ПЛАТІЖНИХ ЗАСОБІВ ЯК ЗРАЗОК УСКЛАДНЕННЯ ПРИВАТНОПРАВОВИХ ВІДНОСИН ПУБЛІЧНО-ПРАВОВОЮ СКЛАДОВОЮ

NEW VERSION OF REGULATION ON ISSUANCE OF ELECTRONIC PAYMENT INSTRUMENTS AS AN EXAMPLE OF PUBLIC INTEREST COMPLEXITY AFFECTING PRIVATE RELATIONSHIPS

Глотов М.О.,

здобувач кафедри цивільно-правових дисциплін
Національного університету «Острозька академія»

У статті досліджено конфлікт, що виникає між приватноправовими інтересами учасників міжнародних платіжних систем та задачами, які стоять перед НБУ як регулятором ринку платіжних систем. Зокрема, розглядається вплив регулювання НБУ на роботу міжнародних платіжних систем. Автор аргументує необхідність напрацювання нових алгоритмів співпраці для уникнення подальших конфліктів між учасниками платіжних систем та регулятором.

Ключові слова: платіжні системи, НБУ, співвідношення приватних і публічних інтересів, регулювання, платіжні інструменти.

В статье исследован конфликт, возникающий между частноправовыми интересами участником международных платежных систем и задачами, которые поставлены перед НБУ как регулятором рынка платежных систем. В частности, рассматривается влияние регулирования НБУ на работу международных платежных систем. Автор аргументирует необходимость наработки новых алгоритмов сотрудничества во избежание дальнейших конфликтов между участниками платежных систем и регулятором.

Ключевые слова: платежные системы, НБУ, соотношения частных и публичных интересов, регулирование, платежные инструменты.

This article analyses conflict arising between private interest of participants of international payment systems and aims faced by the NBU as the regulator of payment systems market. Inter alia, article focuses on effect of NBU regulation on the activity of the international payment systems. Author supports an idea of necessity to develop new rules of cooperation to avoid future conflicts between payment systems participants and the regulator.

Key words: payment systems, NBU, conflict between private and public interest, regulation, payment instruments.

Актуальність теми. Станом на сьогодні платіжні системи набувають все більшої популярності серед користувачів, оскільки вони надають їм велику кількість зручних і доступних платіжних засобів. Більшість правовідносин в платіжній системі мають приватноправовий характер і виникають на підставі відповідних договорів. Так, зокрема, такі правові відносини виникають: (i) між емітентом електронного платіжного засобу та/або еквайром та платіжною організацією або (ii) між емітентом та користувачем електронного платіжного засобу. Все частіше ці приватноправові відносини обтяжені іноземним елементом, оскільки багато платіжних систем мають міжнародну і навіть деколи глобальну мережу. На додаток, ці приватноправові відносини також ускладнюються публічно-правовою складовою, зокрема, регулюванням Національного банку України (далі – НБУ). У 2012 р. повноваження НБУ були розширені, і в Законі України «Про Національний банк України» було чітко вказано, що однією із функцій НБУ є регулювання платіжних систем в Україні [1]. Уже на

виконання, зокрема, цієї функції 5 листопада 2014 р. Правлінням НБУ було затверджено «Положення про порядок емісії електронних платіжних засобів і здійснення операцій з їх використанням» (далі – «Положення № 705») [2]. Прийняття Положення № 705 було обумовлено змінами, внесеними в 2012 р. до Закону України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» (далі – «Закон про платіжні системи») [3]. Попереднє положення про порядок емісії спеціальних платіжних засобів, затверджене Постановою Правління НБУ № 223 (далі – «Положення № 223») [4], вимагало внесення змін з огляду на змінену термінологію та появу ряду новел в Законі про платіжні системи. Проте, видається, що Положення № 705: (i) частково виходить за межі змін, внесених до Закону про платіжні системи, і (ii) залишає до певної міри не врегульованими деякі аспекти користування електронними платіжними засобами та відповідною інфраструктурою, які хвилюють учасників ринку платіжних систем та користувачів платіжних засобів. У даній статті проаналізовано ряд новел По-

ложення № 705 та їх потенційні наслідки для членів та користувачів міжнародних платіжних систем.

Метою даної статті є дослідження правового регулювання приватноправових відносин між учасниками міжнародної платіжної системи та ускладнення цих відносин регулюванням НБУ. Зокрема, досліджується конфлікт, який виникає між потребами учасників міжнародної платіжної системи та завданнями, які стоять перед НБУ як регулятором ринку платіжних систем, а також потенційні шляхи вирішення цього конфлікту.

Виклад основного матеріалу. Нагадаємо, що діяльність платіжних систем до появи Закону про платіжні системи не була предметом системного регулювання. На початку 1996 р. ку до міжнародних платіжних систем Visa та Europay були прийняті ряд українських банків, які почали здійснювати емісію та еквайринг карток цих міжнародних платіжних систем. У 1997 р. НБУ прийняв Положення про впровадження пластикових карток міжнародних платіжних систем, в якому були описані базові концепції роботи міжнародних карткових систем [5].

З цього часу кількість учасників платіжних систем постійно збільшувалась. Це, можливо, було однією з причин, чому з'явився Закон про платіжні системи, який запровадив правила для всіх учасників ринку платіжних систем, а не лише для банків, регулятором яких є НБУ. Адже збільшення ринку переважно привертає увагу держави, тому що збільшення кількості приватноправових відносин у певній сфері призводить до виникнення шаблонних негараздів.

На базі Закону про платіжні системи було розроблено ряд положень НБУ, якими регулювався випуск та використання платіжних інструментів, таких як картки міжнародних платіжних систем. З огляду на те, що Україна успадкувала радянську традицію до детального регулювання усіх суспільних явищ, на практиці це призводить до того, що нормативно-правові акти часто приймаються за відсутності чітко визначеної мети або ними запроваджуються обов'язкові приписи для учасників ринку платіжних систем, які не враховують їх інтересів та ринкові структури та алгоритми, які застосовуються учасниками не лише в Україні, але і в інших країнах світу або глобально, якщо платіжна система є міжнародною.

Незважаючи на учасників, обов'язок регулятора публікувати проекти нормативно-правових актів та обговорювати їх з учасниками ринку, таке обговорення відбувається суто формально і точки зору, які не співпадають з точкою зору регулятора, часто не беруться до уваги. Відтак, питання ускладнення приватноправових відносин публічною складовою завжди залишатиметься актуальним. Очевидно, що державний орган повинен мати повноваження регулювати якісь критичні питання, наприклад, питання захисту прав споживачів або питання регулювання ризиків у системі на території України. Проте, на нашу думку, важливо, щоб таке регулювання було збалансоване з приватноправовими інтересами учасників відповідних систем та не втручалось в алго-

ритми їх роботи, за винятком випадків, коли приписи обгрунтовані мотивами безпеки тощо.

Окремі українські вчені у своїх дослідженнях вдаються до проблематики ускладнення та співвідношення приватноправових відносин з публічно-правовою складовою, зокрема, А. Довгерт, О. Підопригора, С. Савченко. Так, наприклад, С. Савченко у своїх дослідженнях наголошує на потребі встановлення певної моделі співвідношення приватних і публічних інтересів [6]. Невдоволення учасниками та користувачами платіжних систем здійснюваною НБУ політикою може посилити протистояння НБУ з учасниками платіжних систем. Саме тому особливого значення набуває питання щодо встановлення певної моделі поєднання приватноправових відносин та публічних інтересів НБУ як регулятора ринку платіжних систем.

У даній статті розглянуто декілька аспектів нового акту НБУ: Положення № 705 та їх вплив на приватноправові відносини, які виникають між учасниками міжнародних платіжних систем.

1. Оплата комісії платіжної організації.

Однією із найбільш суттєвих змін Положення № 705, якщо його порівняти із Положенням № 223, є те, що у ньому відсутні положення, які вимагали сплати в гривні за послуги, що надаються платіжною організацією щодо операцій, здійснених в межах України. Нагадаємо, що поява цього пункту у Положенні № 223 свого часу викликала бурхливу дискусію на ринку, оскільки створювала необхідність для ряду учасників міжнародних платіжних систем – нерезидентів запроваджувати суттєві зміни в моделях роботи платіжних систем, які по шаблону застосовуються в багатьох країнах світу. Це, в свою чергу, створило для них додаткові юридичні, податкові та фінансові ризики роботи в Україні.

Тим не менше, видається, що виключення цієї вимоги з Положення № 705 обумовлено наявністю подібних вимог в п. 9.7 ст. 9 Закону про платіжні системи. Проте варто зазначити, що редакція п. 9.7 ст. 9 Закону про платіжні системи теж є доволі дискусійною, оскільки вона вимагає від учасників платіжних систем сплачувати виключно в гривнях платіжним організаціям платіжних систем за послуги, які надаються ними в Україні. В українському законодавстві відсутні критерії, по яким можна визначити місце надання послуги, якщо послугу надає нерезидент в транскордонному режимі. Таким чином, відкритим залишається питання про те, чи зобов'язані учасники платіжних систем сплачувати в гривні за послуги платіжної організації – нерезидента.

2. Застосування міжнародними платіжними системами забезпечення ризиків на території України.

В Положенні № 705 з'явився новий п. 11 в Розділі IX замість попереднього п. 9.12 у Положенні № 223, який, по суті, дублює п. 28.6 ст. 28 Закону про платіжні системи щодо необхідності розміщення учасниками гарантійних депозитів на користь платіжної організації (резюмуючи, що такі депозити приймаються платіжною організацією в якості забезпечення

ризиків у системі) на території України для забезпечення внутрішньодержавних переказів.

Тут варто зазначити, що такий вид забезпечення ризиків часто надається учасниками міжнародних платіжних систем у вигляді фіксованого обтяження (англ. fixed charge), до якого застосовується англійське право. Таке обтяження часто створюється учасниками на користь платіжної організації в договірному порядку щодо коштів, які розміщуються учасником платіжної системи на рахунку платіжної організації в одному з банків за межами України.

НБУ в одному із своїх положень передбачив подібний порядок договірної обтяження коштів учасників платіжних систем на користь платіжної організації [7]. Так, банк – учасник платіжної системи може розмістити кошти на рахунку платіжної організації в гривні, відкритому в розрахунковому банку системи в Україні, на якому розміщується так званий «страховий фонд» платіжної системи. Порядок використання таких коштів може бути передбачено відповідним договором між платіжною організацією та її розрахунковим банком.

На жаль, новий пункт у Положенні № 705, так само як і його попередник у Положенні № 223, не роз'яснює ряд важливих питань щодо розміщення таких гарантійних депозитів, зокрема, (i) тип рахунку, який би дозволяв платіжній організації – нерезиденту зараховувати на нього такі кошти, (ii) статус цих коштів у випадку запровадження щодо учасника платіжної системи, який є банком, тимчасової адміністрації/ліквідації та (iii) їх бухгалтерський облік.

Тут варто зауважити, що вимога про необхідність створювати гарантійні депозити спочатку з'явилась у Положенні № 223, потім була видозмінена у Законі про платіжні системи 12 вересня 2012 р. Проте до законодавства до сих пір не були внесені додаткові зміни, які б дозволили усім учасникам ринку платіжних систем виконувати цю вимогу. Таким чином, з формальної точки зору банки – учасники міжнародних платіжних систем обмежені в праві розміщати гарантійні депозити за кордоном так, як вони це робили раніше, проте вони також не можуть їх розміщувати в Україні, оскільки відсутня необхідна інфраструктура, в тому числі відсутні необхідні зміни в нормативно-правових актах НБУ.

3. Послуги еквайрингу.

Положення № 705 певною мірою залишило поза увагою надання послуги еквайрингу фінансовою установою, яка не є банком. Виходячи із вимог Закону про платіжні системи, еквайром не обов'язково повинен бути банк. Ряд пунктів Положення № 705, зокрема п.п. 6, 7 і 11 Розділу I передбачають укладення договору/отримання ліцензії платіжної організації на здійснення еквайрингу лише банками, проте в Розділі V зазначено, що еквайром може бути юридична особа – резидент.

Тут варто додати, що якщо в ролі еквайра захоче виступити фінансова установа, яка не є банком, то у неї можуть виникнути труднощі з дотриманням вимог Положення про встановлення обмежень на суміщення діяльності фінансових установ з надання

певних видів фінансових послуг (далі – «Положення про обмеження щодо фінансових послуг») [8], згідно з яким надання фінансових кредитів за рахунок прямо або опосередковано залучених коштів не може суміщатись з наданням будь-яких інших видів фінансових послуг. Договір еквайрингу, за своєю суттю, є формою кредитного договору, оскільки він може передбачати кредитування торговця, коли він не спроможний повернути кошти покупцю у випадку повернення товару. Отже, за логікою Положення про обмеження щодо фінансових послуг фінансова установа не зможе одночасно надавати торговцю фінансування на умовах фінансового кредиту та здійснювати грошове посередництво шляхом переказу торговцю отриманих від емітента коштів.

Проте з огляду на відсутність такого обмеження в Законі про платіжні системи та Законі України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» [9] видається, що обмеження, встановлене Положенням про обмеження щодо фінансових послуг, не повинно застосовуватися до еквайрингу.

Положення № 705 уточнює, що еквайр повинен забезпечити торговцям можливість для їх клієнтів безперешкодно розраховуватися за товари (послуги) з використанням спеціальних електронних платіжних засобів не менше трьох внутрішньодержавних та/або міжнародних платіжних систем, однією з яких є багатоемітентна платіжна система, платіжною організацією якої є резидент України. Таким чином, торговці при проведенні тендерів на укладення еквайрингового договору повинні враховувати можливості того чи іншого еквайра виконати це зобов'язання.

Положення № 705 містить нове зобов'язання еквайра забезпечувати проведення платіжних операцій найбільш безпечним способом для відповідного електронного платіжного засобу. Тут, очевидно, в першу чергу мова йде про налаштування платіжних терміналів таким чином, щоб вони обробляли платежі лише за умови найбільш безпечного використання платіжного засобу, який доступний для такого платіжного засобу. Так, наприклад, деколи на практиці платіжні картки, які мають вмонтований електронний чіп, приймаються торговцями без застосування користувачем ПІНУ, що може вважатися не найбезпечнішим способом застосування такої платіжної картки.

4. Безпека здійснення платіжних операцій.

В цьому розділі Положення № 705 було додане положення, згідно з яким користувачу не дозволяється видавати довіреність на користування платіжним засобом. На практиці це обмеження викликало у банків питання, чи може користувач видати довіреність на отримання платіжного засобу. З огляду на те, що є досить велика кількість користувачів – пенсіонерів та інвалідів, які не спроможні самостійно прийти до відділення банку, щоб отримати платіжну картку, вони часто уповноважують своїх родичів. Оскільки отримання картки, очевидно, не є її використанням, то вищезазначена норма не повинна обмежувати

користувачів видати таке доручення. В той же час, користувач зобов'язаний нікому не передавати свій платіжний засіб, відтак, питання до певної міри залишається відкритим.

НБУ також додав ряд зобов'язань емітента щодо інформування користувача про здійснені операції за допомогою платіжного засобу. Цікаво, що у разі невиконання цього обов'язку емітент несе ризик збитків від здійснення таких операцій.

Іншою важливою новелою є зміна принципу розподілу ризиків від здійснення операцій, які не виконувалися користувачем. В Положенні № 223 ліміт відповідальності користувача до повідомлення емітента про неавторизовані операції був встановлений на рівні 1500 грн., за умови, що користувач не порушив умов користування платіжним засобом. В Положенні № 705 цей ліміт відповідальності було скасовано і запроваджено новий принцип, згідно з яким користувач несе ризик збитків від операцій, які він не виконував до моменту повідомлення банку про втрату платіжного засобу або неавторизовані ним операції. Тут, очевидно, йдеться про ризик для користувача понести збитки від операцій, які були здійснені до такого повідомлення. Варто зазначити, що скасування ліміту відповідальності не враховує вимог Директиви ЄС 2007/64 щодо платіжних послуг на внутрішньому ринку [10], імплементація якої до українського законодавства передбачена Угодою про асоціацію між Україною та ЄС і його країнами-членами [11].

В той же час в Положенні № 705 залишилося правило про те, що користувач не несе відповідальності за операції, ініційовані без фізичної присутності користувача та/або електронної ідентифікації засобу і користувача. Таким чином, видається, що платіжні інструменти, використання яких передбачає обов'язкову електронну ідентифікацію за допомогою ПІНУ та/або інших кодів доступу, надають користувачам перевагу у питанні розподілу ризиків у порівнянні з платіжними інструментами іншого класу, які такої ідентифікації не передбачають. Отже, теоретично, користувачів таких платіжних засобів з посиленними елементами безпеки не повинно хвилювати питання розподілу ризиків, оскільки вони априорі не повинні нести відповідальності за операції, які ними не вчинялися, якщо не буде доведено, що вони порушили умови використання засобу. Проте, як показує практика, користувачі навіть найбільш захищених платіжних карток стикаються з труднощами при спробі відшкодувати кошти, які були списані емітентом при виконанні операцій, які, на думку користувача, були вчинені не легітимно, без авторизації користувачем.

Цим, мабуть, пояснюється новий більш детальний порядок розгляду скарг, які подаються користувачем до емітента щодо спірних операцій. Можливо, це пов'язано з тим, що НБУ почав отримувати більшу кількість скарг користувачів з приводу розгляду емітентами таких скарг.

5. Агентська та посередницька діяльність.

Положення № 223 містило норму, згідно з якою емітент мав право залучити для здійснення проце-

сингу компанію-нерезидента. Ця норма, очевидно, передбачала таку можливість для цілей здійснення емітентами внутрішнього процесингу, який здійснюється емітентами, а не платіжними організаціями платіжних систем. Така можливість зникла з Положення № 705, відтак в ряду банків одразу виникло питання, з чим пов'язана ця зміна. Тим більше що Законом про платіжні системи не передбачено такого обмеження. З точки зору емітента це не дозволить йому скористатися перевагами регіональних аутсорсингових проектів по зниженню витрат на внутрішній процесинг, які створюються великими банківськими групами. Варто також зазначити, що кінцевий строк дотримання цієї вимоги не повною мірою враховує практичні складності, пов'язані з виходом емітента з таких програм, і, очевидно, що буде переглядатися на індивідуальних засадах.

Формальний аналіз цієї новели нашою думкою, що вона була запроваджена для узгодження з іншою нормою, яка міститься у Положенні про організацію операційної діяльності в банках України [12], згідно з яким емітенти повинні забезпечити оброблення інформації про свої операції на обладнанні, яке знаходиться на території України.

З огляду на те, що Україна взяла на себе зобов'язання в сфері банківських та фінансових послуг в рамках Генеральної угоди про торгівлю послугами після вступу до Світової організації торгівлі, таке обмеження може призвести до виникнення питання про можливе порушення Україною принципу недискримінації стосовно доступу компаній-нерезидентів до ринку внутрішнього процесингу операцій банків. Проте Україна може побудувати свій захист, посиляючись на положення угоди, які передбачають певні винятки з мотивів безпеки.

Висновки. Постанова № 705 затверджує нову редакцію положення про платіжні засоби, що було викликано змінами в Законі про платіжні системи. Проте, видається, що ряд нових положень не знайшли достатньої деталізації. Так, наприклад, положення, яке стосується гарантійних депозитів, потребуватиме подальшого доопрацювання та внесення додаткових змін у інших нормативно-правових актах НБУ для його повноцінної імплементації. Положення щодо розподілу ризиків при використанні платіжних засобів також може потребувати доопрацювання з огляду на зобов'язання, які Україна взяла на себе, підписавши Угоду про асоціацію з Європейським Союзом. Більшість із вищезазначених новел та уточнень були запроваджені НБУ без повноцінного узгодження із учасниками ринку платіжних систем і не враховують усіх складних алгоритмів роботи таких систем, а також міжнародних платіжних систем зокрема.

Поява таких змін без повноцінного узгодження із основними гравцями на цьому ринку призводить до виникнення додаткових юридичних та фінансових ризиків у системах, тому видається, що діючі запобіжники у законодавстві, згідно з якими органи державної влади повинні зменшувати втручання у діяльність суб'єктів господарювання та усувати пе-

решкоди для розвитку господарської діяльності [13], на практиці не працюють. Необхідно напрацювати нові сучасніші алгоритми узгодження приватноправових інтересів суб'єктів господарювання із інтересами органів державної влади, наділених владними

повноваженнями, які б дозволили суб'єктам господарювання успішно функціонувати, не очікуючи постійно загрози зі сторони регуляторів. Такі алгоритми також повинні дозволяти регуляторам виконувати свої функції покладені на них законом.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Закон України «Про національний банк України» від 20 травня 1999 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 29. – С. 238.
2. Положення про порядок емісії електронних платіжних засобів і здійснення операцій з їх використанням : Постанова Правління НБУ від 5 листопада 2014 р. № 705 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.bank.gov.ua>.
3. Про платіжні системи та переказ коштів в Україні : Закон України від 5 квітня 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 29. – С. 137.
4. Положення про порядок емісії спеціальних платіжних засобів і здійснення операцій з їх використанням : Постанова Правління НБУ від 30 квітня 2010 р. № 223 // Офіційний вісник України. – 2010. – № 52. – С. 1747.
5. Положення про впровадження пластикових карток міжнародних платіжних систем у розрахунках за товари, надані послуги та при видачі готівки : Постанова Правління НБУ від 24 лютого 1997 р. № 37 // Офіційний вісник України – 1997. – № 13. – С. 88.
6. Савченко С.В. Співвідношення приватних і публічних інтересів: досвід України / С.В. Савченко // Порівняльно-аналітичне право. – 2013. – № 3–2. – С. 53–57.
7. Інструкція про міжбанківський переказ коштів в Україні в національній валюті : Постанова Правління НБУ від 16 серпня 2006 р. №320 // Офіційний вісник України – 2006. – № 36. – С. 2507.
8. Положення про встановлення обмежень на суміщення діяльності фінансових установ з надання певних видів фінансових послуг : Розпорядження Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України від 8 липня 2004 р. № 1515 // Офіційний вісник України – 2004. – № 30. – С. 2047.
9. Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг : Закон України від 12 липня 2001 р. № 2664-III // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 1. – С. 1.
10. Directive 2007/64/ec of the european parliament and of the council of 13 November 2007 on payment services in the internal market//Official Journal of the European Union. – 2007. – L. 319.
11. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.kmu.gov.ua>.
12. Положення про організацію операційної діяльності в банках України : Постанова Правління НБУ від 18 червня 2003 р. № 254 // Офіційний вісник України. – 2003. – № 28. – С. 1384.
13. Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності : Закон України від 11 вересня 2003 р. № 1160-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 9. – С. 79.