

Лобач О.М.,
начальник управління
представництва Приватбанку в м. Києві

Проблемні питання правового регулювання субординованого боргу

З метою підвищення рівня капіталізації комерційних банків України Національний банк України запровадив механізм залучення банками коштів інвесторів до свого капіталу на умовах субординованого боргу.

В інвестиційній практиці Заходу субординовані боргові довгострокові зобов'язання визначені як вимоги щодо активів і доходу, і черга яких настає після (у цьому розумінні вони субординовані) виконання вимог вкладників¹. Ці інвестиції є складовою власного капіталу банку і відрізняються від депозитів тим, що у випадку ліквідації банку із надходжень від продажу його активів спочатку мають бути задоволені вимоги клієнтів (поряд зі службою внутрішніх доходів). Інші кредитори та акціонери отримують те, що залишиться².

Одним із шляхів збільшення власних коштів російських банків є залучення субординованих кредитів (позик) від інвесторів, які готові вкласти кошти у банк на великий строк, але не як акціонер чи пайовик. Для банку така форма збільшення капіталу може бути привабливою тим, що її застосування рівнозначно отриманню довгострокового кредиту і не тягне змін у структурі власності³.

У Словнику банківських термінів «борг субординований» визначено як позику (забезпечену чи незабезпечену) щодо якої договірним порядком погоджено, що у разі ліквідації або банкрутства боржника сплату буде здійснено після задоволення вимог усіх інших кредиторів⁴.

Законом України «Про банки і банківську діяльність» (далі — Закон про банки) субординований борг віднесений до додаткового капіталу (або капіталу 2-го рівня) комерційного банку і визначається як звичайні незабезпечені боргові капітальні інструменти, які за умовою контракту не можуть бути забрані з банку раніше 5 років, а у випадку банкрутства чи ліквідації банку повертаються інвестору після погашення претензій всіх інших кредиторів.

Таким чином, за чинним законодавством України субординований борг комерційного банку — це залучені банком на договірних засадах кошти з метою збільшення свого капіталу.

Крім визначення поняття субординованого боргу, строку його залучення, умов повернення у разі банкрутства чи ліквідації банку-боржника, Закон про банки не містить більш ніяких норм щодо нього, а правовідносини, які виникають між комерційним банком у зв'язку з отриманням ним коштів на умовах субординованого боргу та інвестором-кредитором, регулюються нормами Інструкції про порядок регулювання діяльності банків в Україні, прийнятої на виконання зазначеного Закону і затвердженою постановою Правління Національного банку України від 28.08.2001 №368 (далі — Інструкція).

Нагадаємо, що до прийняття цієї Інструкції діяльність банків по залученню коштів на умовах субординованого боргу регулювалась Порядком надання дозволу на врахування залучених коштів на умовах субординованого боргу до капіталу банку, затвердженим постановою Правління НБУ від 25.10.1999 №518. Порівняння Інструкції та Порядку вка-

¹ Питер С. Роуз. Банковский менеджмент. М.: Дело, 1997. — С. 107.

² Питер С. Роуз. Вказана праця. С. 105.

³ Банковское дело. Под редакцией А. М. Тавасяна. Москва: Юнити, 2001. — С. 554.

⁴ А. Загородній, О. Слінушко, Г. Вознюк, Т. Смовженко. Словник банківських термінів. Київ: АКОНІТ, 2000.

зує на певні відмінності між ними. Інструкція більш детально регулює питання субординованого боргу, розширює кількість обмежень, яких мають дотримуватись комерційні банки, якщо в них виникла потреба збільшення свого капіталу за рахунок такого джерела, як субординований борг.

Перш, ніж перейти до проблемних питань, розглянемо загальні положення щодо субординованого боргу, встановлені Національним банком України.

Інструкція надає таке саме визначення субординованого боргу, як і Закон про банки, однак містить цілу низку обмежень, про які не згадується у Законі.

Кошти від інвесторів можуть бути залучені як у національній, так і в іноземній валюті, що відноситься до першої групи Класифікатора іноземних валют Національного банку України.

Тепер, на відміну від Порядку, згідно з яким інвестором могли бути і фізичні і юридичні особи, інвестором може бути тільки юридична особа — резидент і нерезидент.

Інструкцією встановлено, що залучення коштів на умовах субординованого боргу з метою врахування цих коштів до капіталу банку може здійснюватись у вигляді кредитів (депозитів), і визначено коло суб'єктів-кредиторів банку-боржника. Ними є банки та інші юридичні особи (небанківські установи), що надають зазначені кредити (депозити) комерційному банку на умовах субординованого боргу.

Мінімальний строк, на який залучаються кошти, не може становити менше п'яти років. Тобто, нормативним шляхом встановлена найнижча межа строку залучення коштів, банк не вправі самостійно зменшити цей строк, але він може запропонувати інвестору укласти угоду на більший строк.

Обмежений і розмір субординованого боргу: сума коштів субординованого боргу, включена банком до додаткового капіталу, не може перевищувати 50 відсотків розміру основного капіталу за умови щорічного зменшення боргу на 20 відсотків від його первинної вартості протягом п'яти останніх років дії угоди.

Умовою врахування коштів субординованого боргу до капіталу банку є обов'язкове отримання останнім дозволу Національного банку України.

Наступне суттєве обмеження, встановлене НБУ, впливає з характеристик залучених коштів, від дотримання яких залежить отримання вищезазначеного дозволу. Так, ці кошти мають відповідати сукупності критеріїв і недотримання хоча б одного з них не дає банку змоги отримати дозвіл НБУ. Цими критеріями є:

— залучені кошти повинні бути незабезпеченими, субординованими та повністю сплаченими;

— кошти не можуть бути погашені банком за ініціативою власника (інвестора);

— кошти можуть вільно брати участь у покритті збитків без пред'явлення банку вимоги щодо припинення торговельних операцій;

— дозволяється відстрочення обслуговування зобов'язань щодо сплати відсотків на залучені кошти, якщо рівень прибутковості банку-боржника не дозволяє здійснити їх сплату інвестору.

Залучати у такий спосіб кошти до капіталу має право банк, строк діяльності якого становить не менше одного року.

Залучення коштів на умовах субординованого боргу в іноземній валюті банк може здійснювати лише за наявності у нього письмового дозволу НБУ на здійснення операцій з валютними цінностями у частині залучення та розміщення іноземної валюти на валютному ринку України та (або) міжнародних ринках. Угоду, укладену з інвестором-нерезидентом, банк до часу фактичного отримання ним коштів на умовах субординованого боргу має зареєструвати в Національному банку України відповідно до Положення про порядок реєстрації договорів, які передбачають виконання резидентами боргових зобов'язань перед нерезидентами за залученими від нерезидентів кредитами, позиками в іноземній валюті, затвердженого постановою Правління НБУ від 22.12.1999 №602.

З метою отримання дозволу НБУ банк-боржник має звернутися з клопотанням про його надання до відповідного територіального управління НБУ або структурного підрозділу центрального апарату НБУ, що безпосередньо здійснює нагляд за діяльністю банку, додавши до клопотання письмове підтвердження, що інвестор не є боржником банку на дату укладання угоди, нотаріально засвідчену копію угоди, укладеної між банком та інвестором про залучення коштів на умовах субординованого боргу, документальне підтвердження про дотримання нормативів капіталу та ліквідності інвестором, якщо ним виступає банк, копії платіжних документів про перерахування грошових коштів банку-боржнику на балансний рахунок № 3660 «Субординований борг банку». Якщо угода укладена з нерезидентом, то до зазначеного пакета документів додається також копія реєстраційного свідоцтва про реєстрацію цієї угоди в Національному банку України згідно з встановленим ним порядком.

Угода про залучення коштів на умовах субординованого боргу, що укладається між банком, який залучає ці кошти, та інвестором, який надає їх банку у довгострокове користування, має містити обов'язкові умови, що відповідають вимогам Національного банку, викладеним в Інструкції №368. З цього випливає, що недотримання зазначених в Інструкції вимог має наслідком ненадання Національним банком дозволу на врахування залучених коштів до розрахунку капіталу банку.

В угоді має бути визначено, що кошти залучаються на строк не менше п'яти років і первинний строк їх погашення не може наступити раніше ніж через п'ять років. Інвестор, підписуючи угоду, погоджується з тим, що у разі ліквідації банку-боржника або оголошення його банкрутом, вимоги інвестора будуть задовольнятися після погашення претензій всіх інших кредиторів відповідно до ст. 96 Закону про банки, крім того, він погоджується з тим, що не має права пред'являти банку вимоги про повернення коштів до сплину встановленого угодою строку.

Дохід у вигляді процентної ставки за субординованим боргом, який сплачується інвесторові, не може перевищувати розмір облікової ставки НБУ протягом усього періоду дії угоди, якщо кошти залучено у національній валюті. У разі зменшення розміру облікової ставки НБУ, сторони за угодою мають за обов'язок внести до угоди зміни, направлені на зменшення процентної ставки за субординованим боргом. Про такі зміни банк повинен повідомити службу банківського нагляду не пізніше п'яти робочих днів із дня внесення до угоди цих змін. У разі залучення коштів в іноземній валюті, плата за користування коштами складається із ставки, що не може перевищувати ставку LIBOR за відповідний період, та 4 відсотка річних протягом усього періоду дії угоди.

Субординований борг не може бути збільшено за рахунок нарахованого доходу.

Інвестор не вправі вимагати сплати нарахованих на його кошти процентів у разі погіршення фінансового стану банку-боржника, а останній має право не сплачувати дохід інвестору. Під погіршенням фінансового стану розуміється невиконання банком-боржником нормативів капіталу або, якщо питома вага негативно класифікованих активів з урахуванням сформованих за активними операціями резервів перевищує 60 відсотків від загальної суми активів банку, або коли відсутній позитивний фінансовий результат діяльності банку за відповідний звітний період. Другим випадком, коли сплата доходу може бути зупинена, є укладання банком угоди з Національним банком України щодо програми фінансового оздоровлення банку.

У період дії угоди банк та інвестор не в змозі встановлювати між собою будь-які цивільно-правові відносини, за якими передаються кошти в будь-якій формі банком інвестору або пов'язаним з інвестором особам. Ця заборона не стосується випадків передачі банком-боржником майна або векселів як сплату належних інвесторові процентів за субординованим боргом, така передача має бути оформлена відповідною угодою. Також ця заборона не стосується тих випадків, коли кореспондентський рахунок банку-боржника використовується для списання

сум за дорученнями банку-інвестора при здійсненні останнім його власних операцій та операцій його клієнтів і кореспондентів або для зарахування коштів на їх користь.

Обов'язковою умовою угоди є встановлення графіку поступового повернення коштів, залучених на умовах субординованого боргу.

Надалі спробуємо окреслити проблемні питання правового регулювання субординованого боргу, які вбачаються автором з приводу залучення та врахування субординованого боргу у капіталі комерційних банків.

Перш за все, на нашу думку, необхідно визначитися з природою субординованого боргу. У Законі про банки субординований борг визначено як інвестиційні кошти, тобто як такі, що вкладені у капітал банку інвестором. В Інструкції встановлено, що залучення коштів може здійснюватися у вигляді кредитів (депозитів) від банків та депозитів інших юридичних осіб — небанківських установ. З позицією про кредит (тобто, інвестиційний кредит) згодні, а от з приводу ототожнення субординованого боргу з депозитом, зауважили б на таке.

Залучення банком коштів у будь-який спосіб є пасивною операцією і, можливо, саме це послугувало підґрунтям для віднесення субординованого боргу до такого виду пасивів, як депозит. Але послідовний аналіз чинного законодавства з цього приводу, на нашу думку, заперечує зазначену тотожність.

Так, по-перше, у ст. 1 Закону про банки надані окремі визначення капіталу банку і депозиту (вкладу). По-друге, якщо під капіталом банку розуміється залишкова вартість активів банку після врахування всіх його зобов'язань, а під депозитом (вклад) — кошти в готівковій або у безготівковій формі, які розміщені клієнтами на їх іменних рахунках, у банку на договірних засадах на визначений строк зберігання або без зазначення такого строку і підлягають виплаті вкладнику відповідно до законодавства України та умов договору, то зрозуміло, що депозит (вклад), як зобов'язання банку перед вкладником коштів, не входить до капіталу банку. Тобто, із змісту визначень цих понять не випливає, що депозит входить до складу капіталу банку.

Вказане підтверджується і структурою капіталу, і визначенням субординованого боргу як одного з елементів додаткового капіталу, приведених у ст. 30 Закону про банки.

Субординований борг — це борг капітального характеру, який повертається лише після погашення претензій всіх інших кредиторів (заставодержателів, Фонду гарантування вкладів фізичних осіб, звільнених працівників банку, витрати ліквідатора тощо згідно зі ст. 96 Закону про банки). Зазначена ст. 30 Закону про банки вживає слово «інвестор». Зрозуміло, що інвестор є вкладником, але він не є «вкладником» у розумінні слова «депозит». Це підтверджується тим, що рахунок 3660, на якому враховуються кошти субординованого боргу — це рахунок банку, а не рахунок інвестора, тобто, інвестор не має іменного рахунку у банку, як це встановлено для депонента-вкладника за другим класом Плану рахунків. Враховуючи зазначену відмінність, а також те, що кошти інвесторам повертаються після погашення вимог всіх інших кредиторів, можна зробити висновок, що інвестиційні вкладення до додаткового капіталу банку у вигляді субординованого боргу — це особливий вид вкладень, який не відноситься до депозитних вкладень і на це прямо вказує Закон про банки.

Те, що субборг не є депозитним зобов'язанням підтверджується навіть структурною побудовою пасиву балансу, який відображає стан власних і залучених коштів. Субборг включено до додаткового капіталу, тобто до власних коштів. Депозит відноситься до зобов'язань банку, тобто, до залучених коштів.

З цього випливає, що фінансовий інвестиційний вклад інвестора як складова додаткового капіталу наближається до внесків акціонерів та учасників банку. До речі, раніше Порядком № 518 передбачалася можливість трансформації субординованого боргу у статутний капітал, що, на нашу думку, також підтверджувало, що субординований борг — це не депозит.

Таким чином, вбачається невідповідність Інструкції Закону про банки в тій частині, що залучення коштів до капіталу банку може здійснюватися у вигляді депозитів. Крім того,

депозитні кошти підлягають обов'язковому резервуванню. Капітал банку резервуванню не підлягає.

Предметом угоди про субординований борг є надання інвестором і отримання банком у довгострокове користування грошових коштів, які мають бути повернені інвестору через певний час. Таким чином, оскільки у користування надаються грошові кошти (фінанси), які підлягають поверненню, то мова йде ні про що інше, як про довгостроковий фінансовий інвестиційний кредит.

З цього приводу хотілося б звернути увагу на те, що у чинному законодавстві є поняття «фінансового кредиту», «фінансової інвестиції» (п.1.11.1, п. 1.28.1 ст.1 Закону України «Про оподаткування прибутку підприємств» (далі — Закон про прибуток), «інвестиції» (Закон України «Про інвестиційну діяльність») та відсутнє визначення поняття «фінансовий інвестиційний кредит», хоча в реальному житті місце він має.

Враховуючи те, що будь-яке залучення коштів має нині оцінюватись господарюючими суб'єктами з позицій вимог Закону України про прибуток, а також те, що вищеназвана Інструкція згідно з компетенцією НБУ не зачіпає питань податкового обліку залучених банками коштів, доцільно розглянути питання: чи не буде операція по залученню коштів до капіталу банку підпадати під оподаткування податком на прибуток.

Зазначимо, що податкова служба України визнала, що залучені банками кошти на умовах субординованого боргу не відносяться до валових доходів, а тому не відбувається оподаткування податком на прибуток цих коштів¹. Аргументація цієї позиції повністю співпадає з аргументацією, наведеною Комітетом Верховної Ради України з питань фінансів та банківської діяльності у його листі: «Враховуючи те, що операції щодо залучення коштів до субординованого боргу банку за своїм економічним змістом аналогічні операціям щодо залучення коштів у депозит (вклад), вважаємо, що основна сума таких коштів не включається до складу валового доходу при їх залученні та до складу валових витрат у зв'язку з їх поверненням інвестору згідно із нормами п. 7.9.1 та п. 7.9.2 Закону України «Про оподаткування прибутку підприємств»².

Таким чином, нібито все вирішено і все зрозуміло щодо неоподаткування залучених коштів на умовах субординованого боргу. Але спробуємо все ж таки розібратись, чи має ця позиція стовідсоткову захищеність з боку чинного законодавства.

Нагадаємо, п. 4.2.16 ст. 4 Закону про прибуток встановлює, що до валового доходу не включаються будь-які інші надходження, прямо визначені нормами цього Закону. Закон прямо не визначає, що кошти, залучені банком як субординований борг, не включаються до валового доходу. І якщо невключення до валових доходів фінансових кредитів на підставі п. 7.9.1 ст. 7 Закону про прибуток відбувається на цілком законних підставах, то вкладення фінансових коштів до капіталу комерційного банку на умовах субординованого боргу цим Законом не регулюється. Чи є остаточним твердження спеціалістів податкової служби, що кошти субординованого боргу підпадають під регулювання п. 7.9.1 ст. 7 Закону про прибуток, якщо про нього (борг) у Законі немає ані слова.

З визначення субординованого боргу випливає, що інвестор є кредитором банку, який згідно з умовами договору (договір укладається з додержанням вимог Інструкції № 368) на певний строк і за встановлену плату (проценти) надає банку вільні кошти з метою зарахування їх до капіталу банку 2-го рівня та подальшого використання цих коштів останнім. **Таким чином, необхідно погодитись з тим, що інвестор-кредитор надає банку по суті фінансовий кредит.**

Згідно з п. 1.11.1 ст. 1 Закону України про прибуток фінансовий кредит можуть надавати:

- а) банк-резидент або нерезидент, кваліфікований як банківська установа, або
- б) резиденти і нерезиденти, які мають статус небанківських фінансових установ.

¹ Лист Державної податкової адміністрації України від 02.07.2001 № 18/22-3110.

² Лист Комітету Верховної Ради України з питань фінансів і банківської діяльності від 17.07.2001 № 06-10/435.

З цього випливає, що юридичні особи, які не відносяться до банків або не мають статусу небанківської фінансової установи, не можуть надавати фінансових кредитів, оскільки вони не входять до кола суб'єктів, вказаних у п. 1.11.1 ст. 1 Закону про прибуток. Ці особи можуть бути кредиторами за товарним кредитом, як зазначено у п. 1.11.2 ст. 1 Закону про прибуток та Положенні НБУ «Про кредитування» № 246, або за кредитом, що надається ними в обмін на цінні папери, під яким розуміють кошти як компенсацію вартості цих цінних паперів, наприклад, випущених (емітованих) банком депозитних сертифікатів. Крім того, ці особи можуть бути кредиторами за договором позики (який, до речі, відрізняється від договору кредиту).

Відповідно до ст. 5 Закону «Про інвестиційну діяльність» інвесторами можуть бути громадяни і юридичні особи України та іноземних держав.

За ст. 4 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» надання фінансового кредиту є фінансовою послугою. Надавати фінансові послуги за цим Законом мають право фінансові установи, а також фізичні особи-суб'єкти підприємницької діяльності у разі, коли це прямо встановлено законом; окремі фінансові послуги можуть надаватися юридичними особами, які за своїм статусом не є фінансовими установами, але яким за законодавством це дозволено. Тож, крім питання, чи є інвестиційна діяльність із вкладення фінансових коштів до додаткового капіталу комерційного банку фінансовою послугою, виникає і питання, чи розповсюджується дія цього Закону на інвесторів банку.

Закон про банки говорить про інвестора, не конкретизуючи хто ним може бути, тобто, не встановлює обмежень щодо суб'єктного кола інвесторів.

Згідно з Інструкцією інвестувати кошти до капіталу банку можуть юридичні особи (резиденти, нерезиденти). При цьому Інструкція не наголошує на тому, що ці юридичні особи мають бути фінансовими установами, небанківськими фінансовими установами, як це встановлено у законах про прибуток та про фінансові послуги. У той же час Інструкція не допускає до кола банківських інвесторів фізичних осіб.

З наведеного бачимо, що у чинному законодавстві одночасно присутні різні і при цьому суперечливі підходи до вирішення питання: хто може бути інвестором-кредитором за фінансовим кредитом.

Вбачається, що з введенням у банківську практику такого фінансового (капітального) інструменту, як субординований борг, необхідно визначити його не тільки у Законі про банки, але й і у вищезазначених законах про прибуток та інвестиційну діяльність, оскільки перший регулює оподаткування фінансових надходжень та виключення деяких їх видів з об'єкту оподаткування, другий встановлює, хто може бути інвестором, порядок інвестування, захист прав інвесторів тощо. Новий капітальний інструмент «народився» з метою зміцнення банківської системи України. Закон про банки, який відноситься до спеціальних законів, перш за все направлений на досягнення саме цієї мети, але, на нашу думку, не слід спрощено сприймати джерело (тобто, інвестора з його коштами) цього інвестиційного інструменту, оскільки інвестиційні правовідносини регулюють і названі закони. Інакше кажучи, необхідно здійснити певну «кореспонденцію» зазначених законів.

Щодо суб'єктного кола інвесторів хотілося б звернути увагу і на таке: наскільки виправданим є виключення підзаконним нормативним актом — Інструкцією № 368 фізичних осіб з кола інвесторів.

Як було вже зазначено згідно з Інструкцією кредитором банку за угодою про надання останньому коштів на умовах субординованого боргу може бути тільки юридична особа. Обмеження суб'єктного кола інвесторів тільки кредиторами-юридичними особами, на наш погляд, не відповідає Закону про банки, який не містить обмежень щодо суб'єктів — інвесторів комерційного банку.

Крім того, практика показує, що інвесторами банку на умовах субординованого боргу частіше виступають учасники або акціонери банку (на відповідному етапі з метою підтрим-

ки фінансової стійкості створеного ними банку). Ними за Законом про банки можуть бути як юридичні, так і фізичні особи, у всякому випадку ніякої заборони фізичним особам бути кредитором банку цей Закон не містить. А тому виходить, що обмеження, встановлене Інструкцією, не відповідає, по-перше, Закону про банки, а, по-друге, на нашу думку, Закону «Про інвестиційну діяльність», за яким інвестором можуть бути і фізичні особи.

З останнього зауваження випливає ще одне запитання: чи поширюється дія Закону «Про інвестиційну діяльність» на такий вид інвестицій, як субординований борг комерційних банків? Однозначна відповідь відсутня. Враховуючи час прийняття Закону «Про інвестиційну діяльність» і час запровадження в українській банківській практиці можливості збільшення капіталу за рахунок субординованого боргу, специфічність цього виду інвестицій, можна відповісти, що ні, не поширюється. Але, пам'ятаючи, що Інструкція є підзаконним нормативним актом, а також те, що Закон про банки ніяких вказівок з цього приводу не містить, а інвестиція може бути здійснена у будь-який вид дозволеної законом діяльності, то чому б і не поширювати дію зазначеного Закону на інвестиції, що вкладаються у банки.

Таким чином, розглянувши правову природу субординованого боргу, суб'єктний склад інвесторів, вбачається, що на сьогодні назріла необхідність:

— визнання субординованого боргу комерційних банків як особливого виду фінансової інвестиції, отриманої банком як кредит на умовах поверненості, оплатності;

— визнання статусу «банківського капітального» інвестора як суб'єкта, який може надавати окрему фінансову послугу з надання довгострокового фінансового інвестиційного кредиту комерційним банкам. Таким інвестором можуть бути юридичні та фізичні особи;

— прийняття спеціальної норми закону про невключення такої інвестиції (субординованого боргу) до складу валових доходів і витрат, аналогічно до того, як це встановлено щодо кредитів, депозитів тощо (пункти 7.9.1, 7.9.2 ст.7 Закону про оподаткування прибутку).

Вище вже зазначалось, що інвестору забороняється пред'являти банку вимоги про повернення коштів до сплину встановленого угодою строку, а дострокове повернення коштів інвестору дозволяється лише у випадку банкрутства чи ліквідації банку-боржника після погашення претензій всіх інших кредиторів. Банківський закон в Україні виключає можливість дострокового повернення коштів за вимогою інвестора чи інших осіб, які мають повноваження з розпорядження активами інвестора.

Але чи можна вважати, що ця заборона буде діяти в тих випадках, коли інвестора оголошено банкрутом та щодо нього відкрито ліквідаційну процедуру. Ліквідатор згідно з Законом України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» (далі — Закон про відновлення платоспроможності) має обов'язок виявити все майно (у тому числі і грошові кошти), що належать банкруту від його дебіторів та сформулювати ліквідаційну масу, за рахунок якої будуть задовольнятися вимоги кредиторів.

Статтею 26 цього Закону встановлено, що усі види майнових активів (майна та майнових прав) банкрута, які належать йому на праві власності або повного господарського відання на дату відкриття ліквідаційної процедури та виявлені у ході ліквідаційної процедури, включаються до складу ліквідаційної маси. При цьому зазначений Закон встановлює виключний перелік об'єктів, які не можуть бути включені до ліквідаційної маси: це — об'єкти державного житлового фонду, дитячі дошкільні заклади, об'єкти комунальної інфраструктури.

Як бачимо, кошти, які інвестор надав комерційному банку на умовах субординованого боргу, мають бути включені до ліквідаційної маси, оскільки щодо них ніяких винятків чинне законодавство не встановлює, та й і не може встановлювати, оскільки процедура банкрутства має на меті якомога більше задовольнити вимоги кредиторів (тільки у разі нестачі ліквідаційної маси вимоги кредиторів вважаються погашеними). А оскільки період діяльності ліквідаційної комісії Законом про відновлення платоспроможності обмежено

певним часом, то зрозуміло, що чекати сплину встановленого 5-тирічного терміну в угоді про залучення коштів на умовах субординованого боргу вона не може і не буде.

Діяльність ліквідатора завершується поданням звіту та ліквідаційного балансу до господарського суду, який після заслуховування звіту ліквідатора та думки членів комітету кредиторів має своєю ухвалою затвердити звіт та ліквідаційний баланс. У разі, якщо суд дійшов висновку, що ліквідатор не виявив усі наявні майнові активи ліквідаційної маси, необхідні для повного задоволення кредиторів, він виносить ухвалу про призначення нового ліквідатора. З цього випливає, що ліквідатор, виявивши активи банкрута, повинен заявити про відмову від виконання будь-яких договорів банкрута у порядку, встановленому цим Законом.

З зазначеного робимо висновок, що ліквідаційна комісія підприємства-інвестора буде на законних підставах вимагати дострокового розірвання угоди з банком-боржником і повернення коштів на рахунок ліквідаційної комісії.

Аналогічна проблема може мати місце і у випадку ліквідації інвестора за ініціативою власника. Власник у будь-який момент може прийняти рішення про ліквідацію підприємства і встановлене Законом про банки вищезазначене 5-тирічне обмеження йому на заваді, на нашу думку, не стане, оскільки чинне законодавство не містить будь-яких обмежень щодо часу, протягом якого власник може прийняти рішення про ліквідацію підприємства.

Ця ж проблема виникне і тоді, коли інвестором боржника є банк, фінансовий стан якого погіршився через деякий час після укладання угоди про субординований кредит, і якому необхідно буде, наприклад, укласти з Національним банком угоду щодо програми свого фінансового оздоровлення, або у банку буде введено тимчасового адміністратора чи навіть прийняте рішення про ліквідацію банку. Поліпшення фінансового стану банку-інвестора поряд з іншими заходами (зменшення витрат банку, поліпшення якості кредитного портфеля тощо) може бути здійснене і за рахунок розірвання договору субординованого боргу. На думку автора, цей захід за часом його реалізації чи не найкоротший шлях до поліпшення стану банку-інвестора порівняно, наприклад, з поверненням кредитів. Останнє може тривати роками.

Тимчасовий адміністратор має право на розірвання збиткових і непотрібних угод для банку-інвестора, право на повернення активів банку-інвестора з метою підвищення його платоспроможності.

Ліквідатор комерційного банку здійснює інвентаризацію та оцінку його майна, формує ліквідаційну масу, заявляє відмову від виконання договорів та в установленому законодавством порядку розриває їх.

Таким чином, встановлена Законом про банки заборона вилучення з банку коштів субординованого боргу раніше п'яти років з моменту укладення угоди не враховує випадки оголошення інвестора банкрутом, здійснення його ліквідації за будь-чим рішенням. Тобто, можна зробити висновок про наявність прогалини у законодавстві з цього приводу, яку необхідно усунути.

До речі, російські науковці, надаючи визначення субординованого кредиту (позики), зазначають: кредит не може бути погашено раніше встановленого строку, за виключенням істотних порушень договору позичальником або з інших підстав¹. Не виключено, що під такими підставами ними розуміються і вказані вище випадки.

Зменшення облікової ставки НБУ обов'язково призводить до перегляду сторонами умов угоди про відповідне зменшення відсотка за користування субординованими коштами. А чи може інвестор розраховувати на збільшення свого доходу від здійсненої інвестиції у разі збільшення облікової ставки НБУ? За загальним правилом кожна зі сторін має право

¹ Банковское дело. Под редакцией О.И. Лаврушина. Москва: Финансы и статистика, 2000. — С. 85.
Банковское дело. Под редакцией А.М. Тавасиева. Москва: Юнити, 2001. — С. 554.

вносити пропозиції щодо змін або доповнень умов договору, тобто, інвестор може вимагати від банку збільшення цього відсотка у разі збільшення облікової ставки НБУ, не дивлячись на те, що в зазначеній Інструкції така вказівка відсутня. Чи дійсно буде так?

Проблемність збільшення ставки за пропозицією інвестора можна проілюструвати наступним прикладом: угода про субординований борг — це кредитна угода, боржником за нею виступає банк, строк її дії не може бути меншим за 5 років. Під час дії угоди облікова ставка НБУ збільшена, інвестор вимагає від банку збільшити відсоток за субординованим боргом, банк відмовляється з будь-яких причин (не хоче збільшувати свої процентні витрати тощо), що у такому випадку може вдіяти інвестор, чи може він реально захистити свої матеріальні права та інтереси? По-перше, нагадаємо, що будь-які зміни до договору про субординований борг мають попередньо погоджуватись з відповідною службою Національного банку, який може і не погодити збільшення ставки, по-друге, ініціювати припинення дії угоди у разі незгоди банку-боржника або НБУ на збільшення ставки інвестор не має права. Таким чином, звернутися до суду з позовом про спонукання банку-боржника до збільшення відсотка він може, але чи отримає бажаний від судового розгляду результат — невідомо. Тобто, відсутність нормативного врегулювання з цього питання (можливість збільшення процентної ставки; випадки коли банк вправі відмовити у задоволенні пропозиції інвестора) ставить інвестора у ще більш нерівне становище порівняно із банком-боржником.

Крім того, слід зазначити, що Інструкцією (п.3.11) не врегульовано строк, у який Національний банк має погодити зміни до договору щодо яких сторони дійшли згоди, чи відмовити. Якщо Національний банк відмовляє у погодженні змін, то як має бути оформлена відмова? Чи може інвестор звертатися до Національного банку за таким погодженням? Чи може він оскаржити відмову Національного банку до суду? Відповідей на ці запитання Інструкція не містить, але, на думку автора, це має істотне значення і повинно бути врегульованим.

Відповідно до Інструкції Національний банк перевіряє дотримання банком-інвестором економічних «нормативів з регулятивного капіталу та адекватності регулятивного капіталу. Це означає, що банком-боржником не можуть бути залучені кошти від іншого банку, який не дотримує нормативи. А якщо таке недотримання сталося після врахування залучених коштів на підставі отриманого дозволу НБУ до капіталу банку-боржника? Логічно припустити, що банк-інвестор буде ставити вимогу про дострокове повернення коштів, якщо таке повернення допоможе йому стабілізувати свій фінансовий стан, уникнути застосування штрафних санкцій з боку НБУ за невиконання економічних нормативів. Це питання також є не врегульованим. На нашу думку, не виключена можливість звернення банку-інвестора до суду з позовом про розірвання договору.

Наразі можна стверджувати, що Закон про банки визначає тільки загальні засади субординованого боргу:

— істотні умови (вимоги) угоди про субординований борг встановлені підзаконним нормативним актом — Інструкцією; деякі з цих вимог суперечать Закону про банки та іншим законам України;

— всупереч загальноприйнятій класифікації банківських ресурсів субординований борг, залучений від юридичних осіб (банків, не банків) як складова додаткового капіталу, наділений ознаками депозиту;

— коло інвесторів обмежено;

— деякі правовідносини, які можуть виникнути у період дії договору, взагалі не врегульовані.

Тож, підсумовуючи, вважаємо, що ефективне впровадження механізму субординованого боргу з метою зміцнення банківської системи спрацює тоді, коли зазначені проблемні питання будуть врегульовані на законодавчому рівні з урахуванням захисту як інтересів інвестора за таким боргом, так і прав самого банку-позичальника.