

СВОБОДА РУХУ КАПІТАЛУ В ЄВРОПЕЙСЬКОМУ СОЮЗІ

Свобода руху капіталу є однією з чотирьох основних свобод Внутрішнього ринку ЄС, яка органічно доповнює положення про свободу руху товарів, пересування осіб і послуг, спрямованих на створення Внутрішнього ринку держав-членів ЄС. Рух капіталу у ЄС регулюється перш за все розділом четвертим «Капітали та платежі» Договору про діяльність ЄС (ст.ст. 63–66). Вторинне законодавство ЄС, що регулює питання руху капіталу, включає Директиву Ради ЄС 88/361 від 24 червня 1988 р. «Про імплементацію статті 67 Договору про Співтовариство»¹ (Директива про рух капіталу 1988 р.), а також документи, що передбачають певні винятки із застосування принципу вільного руху капіталу, такі як Резолюція Ради ЄС від 10 лютого 1975 р. «Про заходи, які повинні вживатися Співтовариством з метою боротьби з міжнародним ухиленням від оподаткування»², Регламент Європейського Парламенту та Ради ЄС від 26 жовтня 2005 р. «Про контроль готівкових коштів, що ввозяться або вивозяться зі Співтовариства»³, Директива Європейського Парламенту та Ради ЄС 2005/60 від 29 жовтня 2005 р. «Про запобігання використанню фінансової системи з метою відмивання грошей та фінансування тероризму»⁴ тощо.

§ 9.1. Поняття капіталу та руху капіталу. Принцип свободи руху капіталу

У праві ЄС під «*капіталом*» прийнято розуміти грошові кошти (як національну, так і іноземну валюту), цінні папери, вироби з дорогоцін-

¹ Див.: Директива 88/361/EEC від 24 червня 1988 р. про імплементацію статті 67 Договору (О. J. 1988 L178/5).

² Див.: Резолюція Ради ЄС від 10 лютого 1975 р. про заходи, яких має бути вжито Співтовариством для боротьби з ухиленням від оподаткування (О. J. 1975 C 035).

³ Див.: Регламент Європейського Парламенту та Ради ЄС (ЄС) 1889/2005 від 26 жовтня 2005 р. про контроль за готівковими коштами, що ввозяться та вивозяться зі Співтовариства (О. J. 2005 L309).

⁴ Див.: Директива Європейського Парламенту та Ради ЄС 2005/60/ЄС про запобігання використанню фінансової системи з метою відмивання грошей та фінансування тероризму від 26 жовтня 2005 р. (О. J. 2005 L309).

них металів. Водночас право ЄС розрізняє рух капіталу і рух грошових коштів. У справі *Luisi & Carbone*¹ СПЕС відзначив, що *рух капіталу – це всі фінансові операції (транзакції), пов'язані в першу чергу з інвестуванням коштів на відміну від платежів, що є відшкодуванням за надані послуги, виконані роботи або поставлені товари (тобто у зв'язку з виконанням зобов'язань сторони за раніше укладеними договорами)*. Договір про діяльність ЄС не містить визначення руху капіталу, але практика склалася таким чином, що СПЕС та інші правозастосовні органи ЄС за роз'ясненням його змісту звертаються до Директиви про рух капіталу 1988 р. (див., наприклад, рішення СПЕС у справі *Trummer та Mayer*)².

Для полегшення імплементації норм до Директиви про рух капіталу 1988 р. було долучено Додаток 1, який містив класифікацію видів руху капіталу. Усі види руху капіталу у Додатку 1 було поділено на наступні групи:

1) «прямі інвестиції» – передбачають створення та купівлю вже наявних підприємств, а також надання довгострокових кредитів та реінвестування доходів заради підтримання тривалих економічних зв'язків;

2) інвестиції в нерухомість;

3) операції з купівлі-продажу цінних паперів, що звичайно мають результатом обіг на ринках капіталу (акції, облігації та інші цінні папери);

4) операції з купівлі-продажу акцій чи часток участі в колективних інвестиційних компаніях;

5) операції з купівлі-продажу іноземної та національної валюти на Внутрішньому валютному ринку;

6) операції з відкриття поточних та депозитних рахунків у національних та іноземних фінансових установах;

7) операції з надання короткострокових (менше року), середньострокових (від 1 до 5 років) та довгострокових (понад 5 років) кредитів в операціях за участю резидентів держав-членів ЄС;

8) надання грошових позик;

¹ Див.: Справи 286/82 & 26/83, *Luisi and Carbone v. Ministero del Tesoro* (1984) ECR 377, (1983) 3 CMLR 52.

² Див.: Справа C-222/97, *Manfred Trummer and Peter Mayer* (1999) ECR I-01661.

9) порука, гарантії та права застави;

10) здійснення платежів, пов'язаних зі страхуванням;

11) рух капіталу персонального характеру – позики, пожертви та дотації, отримання спадщини, погашення боргів емігрантами в країні їх попереднього проживання тощо;

12) фізичний імпорт та експорт майна (цінних паперів та засобів платежу будь-якого виду);

13) інші види руху капіталу (відшкодування шкоди та збитків, компенсації, пов'язані з заподіянням смерті, відшкодування за розірвання договорів, платежі, пов'язані з авторськими правами, тощо).

Попри те, що положення Директиви про рух капіталу 1988 р. було замінено нормами ст. 63 Договору про діяльність ЄС, перелік з Додатку 1 до Директиви і до сьогодні не втратив свого значення та застосовується на практиці.

Водночас СПЄС не розглядає перелік видів руху капіталу Додатку 1 як вичерпний та тлумачить його розширювально, включаючи до нього схожі правові інститути. Наприклад, за фактами вже згадуваної справи *Trummer ma Mayer* уряд Австрії вважав, що, оскільки іпотека не згадується в Додатку 1 до Директиви про рух капіталу, то правило національного законодавства, що забороняє реєстрацію іпотеки в іншій валюті, крім австрійських шилінгів, не є порушенням принципу вільного руху капіталу. Проте СПЄС вирішив, що хоча, дійсно, іпотека прямо не згадана в Додатку, він містить дуже близькі поняття: інвестиції в нерухомість (група 2), гарантії та права застави (група 9), а також визначає, що до руху капіталу належать, зокрема, всі операції, що здійснюються з метою виконання договорів, а також перекази майна. Як наслідок – розтлумачивши перелік Додатку 1 широко, СПЄС поширив його і на іпотеку.

Пізніше СПЄС підтвердив, що положення ст. 63 Договору про діяльність ЄС щодо руху капіталу стосуються як «прямих» інвестицій, тобто капіталовкладень, здійснюваних шляхом створення та купівлі вже наявних підприємств з метою забезпечення ефективної участі в управлінні та корпоративному контролі, так і «портфельних» інвестицій, що здійснюються через придбання акцій на фондовому ринку винятково з метою фінансового інвестування та одержання прибутку

без наміру здійснювати контроль або брати участь в управлінні компанією¹.

Відповідно до загального принципу, закріпленого у ст. 63 Договору про діяльність ЄС, запровадження обмежень на рух капіталу і платежі між державами-членами ЄС та державами-членами й іншими країнами заборонено.

Основною відмінністю свободи руху капіталу від решти свобод (пересування (руху) осіб, товарів і послуг) є те, що ст. 63 Договору про діяльність ЄС застосовується незалежно від членства держави в Європейському Союзі. Тим самим щодо руху капіталу і платежів у ЄС як загальне правило встановлено режим найбільшого сприяння (РНС), який передбачає, що фінансові потоки з усіх країн регулюються на рівних умовах. Головною причиною для запровадження цієї ліберальної норми стала необхідність відкриття ринків фінансових послуг (банківського, страхового секторів), а також спрощення процедури іноземного інвестування. У справі *Sanz de Lera*² СПЕС визначив, що положення ст. 63 Договору про діяльність ЄС так само, як і ст. 1 Директиви про рух капіталу 1988 р., мають пряму дію і можуть бути застосовані безпосередньо в національному суді приватними особами для захисту своїх суб'єктивних прав.

Незважаючи на загальну схожість регулювання руху капіталу із регулюванням інших свобод руху Внутрішнього ринку ЄС (товарів, робіт, пересування робочої сили), уже з самої ст. 63 Договору про діяльність ЄС впливає очевидна відмінність свободи руху капіталу:

«Рух капіталу між державами-членами ЄС та між державами-членами й іншими країнами має регулюватися однаково, без будь-яких обмежень».

СПЕС послідовно визнавав порушенням принципу свободи руху капіталу такі національні заходи, як вимога деномінування валюти іпотечної застави виключно у національній валюті³, законодавча заборона придбавати резидентами держави-члена облігації, емітовані за кордоном в іншій державі-члені⁴.

¹ Див.: Об'єднані справи C-282/04 та C-283/04, *Commission of the European Communities v. Kingdom of the Netherlands* (2006) ECR I 9141.

² Див.: Справи C-163,165 & 250/94, *Criminal Proceedings against Lucas Emilio Sanz de Lera and Others* (1995) ECR I-4821.

³ Див.: Справа C-464/98, *Westdeutsche Landesbank Girozentrals v. Friedrich Stefan* (2001) ECR I-173.

⁴ Див.: Справа C-478/98, *Commission v. Kingdom of Belgium* (2000) ECR I-7587.

§ 9.2. Винятки (дозволені обмеження) з принципу свободи руху капіталу та їх застосування

Стаття 63 Договору про діяльність ЄС забороняє будь-які обмеження на свободу руху капіталу та платежів у відносинах між державами-членами ЄС та у відносинах між державами-членами ЄС, з одного боку, та третіми країнами, з другого боку, у межах положень, передбачених Договором. Таким чином, виходячи з логіки статті 63 Договору про діяльність ЄС, хоча свобода руху капіталу та платежів не є абсолютною, обмеження можуть встановлюватися лише у тих межах, що передбачені самим Договором про діяльність ЄС.

По-перше, згідно зі ст. 64 Договору про діяльність ЄС Європейський Союз та окремі держави-члени мають право застосовувати щодо інших країн будь-які обмеження, що існували на 31 грудня 1993 р. (у випадку Естонії та Угорщини – на 31 грудня 1999 р.) згідно з національним правом чи правом ЄС щодо руху капіталу до чи з інших країн із залученням прямих інвестицій, інвестицій у нерухоме майно, щодо підприємницької діяльності, надання фінансових послуг чи допуску цінних паперів на ринки капіталу.

Як зазначається у ч. 2 ст. 64 Договору про діяльність ЄС, хоча прагнення досягти якнайбільшої свободи у вільному русі капіталу між державами-членами та третіми особами є метою, Європейський Парламент та Рада ЄС, діючи відповідно до звичайної законотворчої процедури, приймають акти щодо руху капіталу до третіх країн чи з третіх країн, що заохочують прямі інвестиції (включно з інвестиціями у нерухомість) або стосуються надання фінансових послуг чи допуску цінних паперів на ринки капіталу в ЄС. Більш того, згідно з ч. 3 ст. 63 Договору про діяльність ЄС Рада ЄС (і лише вона!), діючи відповідно до спеціальної законотворчої процедури, може одностайним голосуванням після консультацій з Європейським Парламентом запроваджувати заходи, що за своєю природою є кроком назад у праві ЄС з питань лібералізації руху капіталу до третіх країн чи з третіх країн.

Далі ст. 65 Договору про діяльність ЄС передбачає, що принцип вільного руху капіталу та платежів у ЄС не впливає на право жодної держави-члена ЄС відповідно реагувати за наявності зазначених у Договорі про діяльність ЄС обставин, а саме:

а) застосовувати відповідні положення свого податкового права, що вирізняють платників податків із відмінним становищем з огляду на місце їх перебування чи місце, де інвестовано їх капітал;

б) вживати всіх належних заходів для запобігання порушенню національних законів та підзаконних актів, зокрема у сфері оподаткування та пруденційного нагляду за фінансовими установами, або запровадження процедури декларування руху капіталу з метою збирання адміністративної чи статистичної інформації, або вживати інших заходів, виправданих з точки зору забезпечення суспільного порядку та безпеки.

Як зазначається у ч. 2 ст. 65 Договору про діяльність ЄС, названі вище обставини (так звані «дозволені обмеження») повинні застосовуватися з урахуванням обмежень на свободу заснування, що є сумісними із цим Договором. Водночас ч. 3 ст. 65 ДФЄС передбачає, що застосування дозволених обмежень не може бути засобом свавільної дискримінації або прихованого обмеження свободи руху капіталу та платежів у супереч загальній забороні, зазначеній у ст. 63 Договору про діяльність ЄС.

З точки зору кола суб'єктів, до яких можуть застосовуватися винятки із загального принципу свободи руху капіталу, право ЄС розрізняє 2 види таких винятків.

Перший – це дискримінаційні обмежувальні заходи, які застосовуються щодо капіталу з інших держав-членів ЄС. Такі заходи є забороненими як несумісні з фундаментальними принципами права ЄС.

Другий – недискримінаційні заходи, що застосовуються однаково до всіх інвесторів. Недискримінаційні заходи, за загальним правилом, є дозволеними, але за умови, що вони спираються на об'єктивні та стабільні критерії, заздалегідь оприлюднені та виправдані необхідністю захисту публічних інтересів. Але навіть за наявності всіх необхідних умов недискримінаційні заходи мають відповідати принципу пропорційності, тобто відповідати меті, якої передбачається досягти.

Водночас, як установив СПЄС, у сферах, де відсутня гармонізація законодавства на рівні ЄС, держави-члени мають право запроваджувати будь-які обмеження на вільний рух капіталу на свій розсуд з метою захисту суспільних інтересів за умови додержання принципу пропорційності¹. Зокрема, держави-члени не позбавляються права встанов-

¹ Див.: Справа C-503/99, *Commission v. Belgium* (2002) ECR I-4809.

лювати особливості оподаткування окремих суб'єктів чи операцій у двосторонніх угодах між собою. Як зазначив СПЕС у справі *Damseaux*¹, оскільки чинне право ЄС не встановлює загальних критеріїв для розподілу компетенції між державами-членами з питань усунення подвійного оподаткування у межах ЄС, ст. 63 Договору про діяльність ЄС (загальна заборона на обмеження свободи руху капіталу та платежів) не забороняє двосторонніх угод щодо оподаткування, відповідно до яких дивіденди, сплачені компанією в одній державі-члені акціонерам, який мешкає в іншій державі-члені, підлягають оподаткуванню в обох державах-членах, а від держави-члена, де проживає такий акціонер не зобов'язується безумовно усунути таке подвійне оподаткування. В іншій справі *Block*² СПЕС зазначив, що положення Договору про діяльність ЄС про свободу руху капіталу не забороняють державі-члену ЄС приймати законодавство, яке б не давало можливості враховувати податок на спадщину, сплачений спадкоємцем в іншій державі-члені, при оподаткуванні в першій державі-члені, де відкрилася спадщина.

У справі *Commission v. Portugal*³ СПЕС розглядав легітимність португальського законодавства, що обмежувало іноземну участь у реприватизованих підприємствах максимальним розміром в 25% і вимагало від будь-яких суб'єктів, які бажали придбати 10 і більше відсотків у статутному капіталі реприватизованих підприємств, одержання попереднього дозволу Міністерства фінансових справ Португалії. СПЕС розділив ці 2 заходи на: дискримінаційний (вимога участі в розмірі не більше 25%), застосування якого може бути виправдано тільки на підставі захисту публічного порядку, суспільної безпеки і охорони здоров'я, і недискримінаційний (вимога дозволу на участь понад 10%). Обидва заходи було визнано такими, що порушують зобов'язання Португалії щодо забезпечення свободи руху капіталу як неприпустимо обмежувальні і такі, що не відповідають принципову пропорційності.

В згадуваній вище справі *Commission v. The Netherlands* (2006) СПЕС мав відповісти на питання, чи відповідає принципу вільного руху капіталу запровадження урядом Нідерландів так званої «золотої акції»

¹ Див.: Справа C-128/08, *Jacques Damseaux v. État belge* [2009], ECR I-06823.

² Див.: Справа C-67/08, *Margarete Block v. Finanzamt Kaufbeuren* [2009] ECR I-883.

³ Див.: Справа C-367/98, *Commission of the European Communities v. Portuguese Republic* (2002) ECR I-4731.

держави, що давала державі можливість впливати на прийняття корпоративних рішень (зокрема, блокувати прийняття рішень з найбільш важливих питань управління) у двох приватизованих компаніях, одна з яких працювала у сфері телекомунікацій (*Koninklijke KPN NV*), а інша займалася поштовими послугами (*TPG NV*), та визнав, що «золота акція» як така є обмеженням вільного руху капіталу, оскільки обмежує можливості інших акціонерів, причому як прямих інвесторів (щодо прийняття рішень у компанії), так і портфельних (оскільки можливе блокування державою важливого рішення може негативно вплинути на котирування акцій компанії на фондовому ринку). СПЕС дійшов висновку, що запровадження «золотої акції» держави у тому вигляді, як це було зроблено Нідерландами, не могло бути виправдане на підставі наявних у Договорі про діяльність ЄС винятків, оскільки мету запровадження «золотої акції» щодо *Koninklijke KPN NV* взагалі не було визначено, а мета щодо другої компанії – *TPG NV* – (забезпечення безперебійного надання поштових послуг (зокрема, закордонних пересилок для населення), хоча і була поважною, але спосіб її досягнення не відповідав принципу пропорційності, оскільки використання «золотої акції» не було обмежено лише діяльністю компанії щодо надання таких послуг.

Відповідно до п. (b) ч. 1 ст. 65 Договору про діяльність ЄС держави-члени ЄС можуть вживати всіх необхідних заходів для запобігання порушенням національного права, зокрема, щодо оподаткування, розумного («пруденційного») нагляду за діяльністю фінансових установ, або запроваджувати процедури для декларування руху капіталу з метою збирання адміністративної і статистичної інформації, або вживати заходи для захисту публічного порядку або державної безпеки.

У справі *Sanz de Lera* СПЕС дійшов висновку, що обмежувальні заходи є законними і підпадають під дію ст. 65 Договору про діяльність ЄС, якщо їх прийнято з метою запобігання незаконним діям (таким, як ухилення від оподаткування, відмивання коштів, одержаних злочинним шляхом, торгівля наркотичними речовинами або тероризм).

Яскравим та актуальним прикладом подібних дозволених заходів є запобігання використанню фінансової системи ЄС з метою легалізації («відмивання») доходів, одержаних злочинним шляхом. Першим документом, який запровадив подібні обмеження, була Директива Ради ЄС 91/308/ЕЕС «Про запобігання використанню фінансової системи

з метою відмивання грошей»¹, яка визнавала, що відмивання «брудних» грошей ставить під загрозу сталість фінансових установ, підтримує впевненість у фінансовій системі та допомагає приховати сліди злочинів, вчинених не тільки в країні здійснення фінансової операції, а й за кордоном. Директива приписувала державам-членам запровадити норми, згідно з якими кредитні та фінансові установи мають з'ясовувати особу своїх клієнтів, вимагаючи подання відповідних документів перед укладенням договору, зокрема при відкритті депозитних рахунків або в разі, коли сума операції сягає 15 тис. єкю (ст. 3 Директиви «Про запобігання використанню фінансової системи з метою відмивання грошей»). Водночас цю Директиву було піддано критиці за відсутність чітких процедур здійснення контролю щодо нелегально одержаних грошей. Крім того, після терористичної атаки на США 11 вересня 2001 р. стала очевидною її невідповідність нагальній потребі зупинити спрямування злочинних коштів на фінансування діяльності міжнародних терористичних організацій.

Отже, у 2005 р. на заміну Директиви 91/308 було прийнято спільну Директиву Європейського Парламенту та Європейської Комісії 2005/60 від 26 жовтня 2005 р. «Про запобігання використанню фінансової системи з метою відмивання грошей та фінансування тероризму».

Директива 2005/60 спрямована не тільки на запобігання маніпуляціям із злочинно одержаними доходами з метою їх легалізації, а й на недопущення спрямування таких коштів на цілі, пов'язані з тероризмом. Директива містить дуже широкую дефініцію поняття «відмивання грошей», включивши до неї поведінку на міжнародному рівні (тобто на території більш ніж однієї держави-члена або іншої країни), пов'язану із передачею прав власності на майно, яке було одержане в результаті злочинної діяльності, з метою приховування його злочинного походження; або допомогу особі, що здійснює такі дії з майном, уникнути юридичних наслідків своєї поведінки; а також дії, спрямовані на приховування правдивої природи, джерела, місцезнаходження, розпорядження, руху, прав на майно, так само купівля або використання майна, за умови, що особа, яка вчиняє такі дії, знає про злочинне походження майна.

¹ Див.: Директива 91/308/ЕЕС від 10 червня 1991 р. «Про запобігання використанню національних фінансових систем з метою відмивання грошей» (О. J. 1991 L 166) 28.06.1991, С. 77 (доповнена Директивою 2001/97/ЕС Європейського Парламенту та Ради ЄС (О. J. 2001 L344).

Суб'єктами додержання спеціальних процедур, передбачених Директивою 2005/60 (тобто адресатами Директиви), є фінансово-кредитні установи, аудитори, консультанти з податків, незалежні бухгалтери, нотаріуси та інші особи-юристи, які беруть участь у здійсненні операцій з нерухомістю, відкритті рахунків та управління ними; створенні та управлінні юридичними особами; трасти; агенти з нерухомості; казино; інші фізичні та юридичні особи, які здійснюють торгівлю товарами, у разі, якщо платіж відбувається за готівку, а сума трансакції дорівнює або перевищує 15 тис. євро.

За загальним правилом Директиви 2005/60, держави-члени повинні заборонити своїм кредитним та фінансовим установам відкривати анонімні рахунки та видавати анонімні ощадні книжки. Адресати Директиви зобов'язані запровадити спеціальну процедуру перевірки клієнта (англ. *due diligence*) у випадках:

- 1) встановлення відносин (відкриття рахунку);
- 2) здійснення трансакцій на суму понад 15 тис. євро (незалежно від того, чи є це одна трансакція, чи кілька, але пов'язаних між собою);
- 3) коли існує підозра, що особа має відношення до відмивання грошей або фінансування тероризму;
- 4) коли існують сумніви щодо правдивості особистих відомостей, зібраних про клієнта раніше;
- 5) купівлі або обміну фішок у казино на суму 2 тис. євро та більше.

Процедура перевірки клієнта (*due diligence*) включає з'ясування особи клієнта на підставі надійних та незалежних джерел інформації (наприклад офіційних документів); з'ясування за необхідності особи бенефіціара трансакції (тобто особи, від імені та/або в інтересах якої здійснюється трансакція, наприклад, фізичної особи, яка контролює, прямо чи опосередковано юридичну особу через володіння більше ніж 25% капіталу такої юридичної особи); одержання інформації про мету та призначення ділової операції; проведення поточного моніторингу ділових відносин, зокрема, шляхом відстеження трансакцій, що здійснюються в межах таких ділових відносин.

Спрощена процедура застосовується при відкритті рахунків та здійсненні трансакцій акредитованими фінансово-кредитними установами держав-членів та інших країн, за умови що ці країни мають подібні правила щодо запобігання відмиванню злочинних коштів. Крім того, спрощені процедури можуть застосовуватися, зокрема, щодо

компаній, чії акції торгуються на регулярних фондових ринках принаймні в одній з держав-членів ЄС.

З іншого боку, адресати Директиви повинні вживати підвищених заходів перевірки, зокрема, шляхом витребування додаткової інформації для з'ясування особи клієнта, природи трансакції, джерела походження коштів та через затвердження таких трансакцій вищим управлінським персоналом, якщо існує великий ризик, що трансакції можуть бути пов'язані із відмиванням грошей або фінансуванням тероризму. До таких ситуацій Директива 2005/60 відносить, зокрема, здійснення трансакції за фізичної відсутності клієнта, а також трансакції з особами, причетними до політики у державі-члені чи іншій країні. Для досягнення цілей Директиви 2005/60 у кожній державі-члені створюються органи фінансового розслідування, які відстежують інформацію про підозрілі операції, яка надається адресатами Директиви за умови додержання її конфіденційності.

Іншим прикладом дозволеного обмеження в розумінні п. (b) ч. 1 ст. 65 Договору про діяльність ЄС є Директива Ради ЄС від 13 лютого 1989 р. «Про обов'язок заснованих в державі-члені філій кредитно-фінансових установ, що мають головний офіс за межами такої держави-члена, щодо оприлюднення річної бухгалтерської документації»¹, яка покладає на такі філії обов'язок збирання бухгалтерської та статистичної інформації щодо своїх клієнтів.

СПЕС дійшов висновку, що Договір про діяльність ЄС не забороняє запровадження законодавством держави-члена вимоги щодо попереднього повідомлення інвестором про майбутнє капіталовкладення². Але у справі *Bordessa*³ СПЕС підкреслив, що ст. 65 Договору про діяльність ЄС передбачає саме декларування руху капіталу, а не обов'язок отримання *додаткового дозволу*, що становило б засіб прихованого обмеження руху капіталу.

Вимога щодо одержання дозволу на здійснення інвестиції в певному розмірі також може бути визнана такою, що відповідає принципу свободи руху капіталу, але тільки в тому разі, якщо вона підпадає під

¹ Див.: Директива 89/117/ЕЕС від 13 лютого 1989 р. (О. J. 1989 L044).

² Див.: Об'єднані справи C-515/99, C519/99 to C-524/99 and C-526/99 to C-540/99, *Hans Reisch and Others v. Bürgermeister der Landeshauptstadt Salzburg, Grundverkehrsbeauftragter des Landes Salzburg* (2002) ECR I-2157.

³ Див.: Справи C-358 & 416/93, *Criminal proceedings against Aldo Bordessa and Others* (1995) ECR I-361, (1996) 2 CMLR 13.

дію винятків, передбачених ст. 51 Договору про діяльність ЄС, або якщо запроваджується з метою захисту загального інтересу за умови, що стабільні й об'єктивні критерії її застосування було доведено до всіх суб'єктів права, що виключило б їх довільне застосування національними органами влади. Крім того, система отримання попереднього дозволу навіть за наявності підстав може бути запроваджена тільки в тому випадку, якщо мети регулювання не можна досягти менш обмежувальними заходами, наприклад, шляхом подальшого повідомлення про здійснене капіталовкладення і за умови забезпечення суб'єктів засобами захисту їх прав¹.

СПЕС у цілому погодився з тим, що згідно зі ст. 65 Договору про діяльність ЄС мета забезпечення ефективності та цілісності системи оподаткування може виправдовувати обмеження свободи руху капіталу. Так, в рішенні у справі *Bachmann v. Belgium*² СПЕС дійшов висновку, що обмеження руху капіталу можуть ґрунтуватися на необхідності збереження цілісності національної системи оподаткування, якщо податок стягується з кінцевого доходу особи. Водночас такий виняток із одного з фундаментальних принципів функціонування ЄС має тлумачитися як найвужче і з урахуванням принципу пропорційності.

Прикладом застосування розважливого підходу СПЕС до визнання відхилень від свободи руху капіталу, гарантованої ст. 65 Договору про діяльність ЄС, є рішення у справі *Association Eglise*³. За фактами цієї справи, французьке законодавство передбачало, що всі прямі іноземні інвестиції, які «становлять загрозу для публічного порядку та державної безпеки», мали проходити попередню процедуру отримання дозволу в Міністерстві економіки. СПЕС у принципі погодився, що як виняток держави-члени можуть встановлювати вимоги попереднього санкціонування руху капіталу (зокрема прямих інвестицій з інших країн) для захисту інтересів публічного порядку і державної безпеки, але тільки в разі, якщо немає інших способів досягти того ж соціального ефекту (тобто запроваджувані заходи є пропорційними) і якщо умови застосування такого винятку чітко передбачено в національному

¹ Див.: Справа C-205/99, *Analir and Others* (2001) ECR I-1271.

² Див.: Справа C-204/90, *Bachmann v. Belgium* (1992) ECR I-249, (1993) I CMLR 785.

³ Див.: Справа C-54/99, *Association Eglise de Scientologie de Paris, Scientology International Reserves Trust v. The Prime Minister* (2000) ECR I-1335.

законодавстві. Як результат – СПЕС дійшов висновку, що визначення інвестицій, небезпечних для суспільних відносин, яке містилося у французькому законодавстві, було занадто розпливчастим і невизначеним, що не давало суб'єктові можливості з'ясувати обсяг своїх прав, а відтак – суперечило принципу правової певності й не могло вважатися таким, що відповідає свободі руху капіталу.

У ч. 2 ст. 65 Договору про діяльність ЄС також передбачено, що в процесі забезпечення руху капіталу мають враховуватися норми щодо свободи ділового заснування.

У справі *Denkavit Internationaal BV*¹ СПЕС, визнаючи, що оподаткування в цілому належить до компетенції кожної конкретної держави-члена, вказав, що справляння податків має здійснюватися на недискримінаційній основі. Як наслідок – СПЕС визнав таким, що суперечить свободі ділового заснування, положення Податкового кодексу Франції (*Code général des impôts*), яке встановлювало податок на дивіденди, що виплачуються розташованим у Франції дочірнім підприємством материнської компанії, яка знаходиться за кордоном, в той час, як у разі, якщо материнська компанія також знаходилася в межах Франції, операції з виплати дивідендів майже повністю звільнялися від оподаткування.

Це правило було підтверджене СПЕС в аналогічних справах. У справі *Verkooijen*² встановлено, що положення національного законодавства, які звільняють від оподаткування дивіденди фізичних осіб за умови, що ці особи володіють акціями компаній, заснованих у такій країні-члені, суперечать праву ЄС, оскільки таким чином акції компаній, заснованих у інших державах-членах, стають менш привабливими для інвесторів з цієї країни.

У справах *Weidert & Paulus*³ та *Meilicke*⁴ СПЕС підкреслив, що держави-члени не можуть ставити надання фіскальних пільг у залежність від місця проживання або реєстрації особи у межах ЄС.

¹ Див.: Справа C-170/05, *Denkavit Internationaal BV, Denkavit France SARL v. Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie* (2006), ECR I-11949.

² Див.: Справа C-35/98, *Staatssecretaris van Financiën v. B. G. M. Verkooijen* (2000) ECR I-4071.

³ Див.: Справа C-242/03, *Ministre des Finances de Luxembourg v. Jean-Claude Weidert, Elisabeth Paulus* (2004) ECR I-07379.

⁴ Див.: Справа C-292/04, *Wienand Meilicke, Heidi Christa Weyde, Marina Stuffer v. Finanzamt Bonn-Innenstadt* (2007), ECR I-01835.

Відповідно до ст. 65 Договору про діяльність ЄС свободу руху капіталу може бути обмежено на підставі захисту інтересів публічного порядку та безпеки. Проте у справі *Rutili*¹ СПЕСС відзначив, що хоча визначення вимог публічного порядку та державної безпеки є внутрішньою справою кожної держави-члена, ці вимоги мають розглядатися в контексті принципів і цілей ЄС, і оскільки вони становлять виняток з фундаментального принципу свободи руху капіталу, то повинні тлумачитися як найвужче. Отже, такі обмеження є виправданими лише за умови, що існує реальна і серйозна загроза фундаментальним суспільним відносинам, а не просто для досягнення суто економічної мети.

Стаття 66 Договору про діяльність ЄС передбачає, що за виняткових обставин, коли рух капіталу з інших країн або в інші країни завдає або може завдати істотної шкоди функціонуванню ЕВС, Рада ЄС, діючи кваліфікованою більшістю за пропозицією Європейської Комісії і після консультацій з Європейським Кредитним Банком, може вжити запобіжних заходів щодо інших країн на період, не більший ніж 6 місяців, за умови, що зазначені заходи є вкрай необхідними.

Відповідно до ст. 216 Договору про діяльність ЄС Рада ЄС, здійснюючи загальну політику держав-членів у сферах зовнішніх відносин та безпеки ЄС, може вжити термінових заходів щодо припинення або обмеження частково чи повністю економічних відносин ЄС з іншими країнами. Згідно зі ст. 75 Договору про діяльність ЄС, якщо Рада ЄС не вживає таких заходів, будь-яка держава-член за наявності серйозних політичних мотивів чи з мотивів невідкладності може самостійно вжити односторонніх заходів щодо обмеження вільного руху капіталу та платежів з іншою країною, але лише за умови, що Європейську Комісію та інші держави-члени буде повідомлено про такі заходи до дня їх запровадження.

Із початком третьої стадії створення ЕВС набула чинності ст. 143 Договору про діяльність ЄС, яка передбачає можливість запровадження державою-членом ЄС певних захисних заходів у разі, якщо держава-член зазнає серйозних труднощів у балансі платежів через загальну нерівновагу її платіжного балансу або через використання певного виду валюти, якщо це загрожує функціонуванню Внутрішнього ринку ЄС. Захисні заходи є легітимними виключно за умови отримання дозволу

¹ Див.: Справа 36/75, *Rutili v. Minister for the Interior* (1975) ECR 1219, (1976) 1 CMLR 140.

Європейської Комісії та якщо попередньо запропоновані Європейською Комісією запобіжні заходи та заходи взаємної допомоги виявилися неефективними.

§ 9.3. Особливості регулювання надання фінансових послуг і діяльності кредитних установ

Принцип вільного руху капіталу має надзвичайно важливе значення та становить правове підґрунтя діяльності фінансово-кредитних установ. Специфіка регулювання в цій сфері пов'язана із тим, що банківські та інші фінансові установи створюються та функціонують з метою професійного надання фінансових послуг, які реалізуються через рух (у тому числі транскордонний) капіталів. Основними правовими джерелами, що регулюють надання фінансових послуг у межах ЄС, є Директива від 15 грудня 1989 р. «Про координацію законодавства, регламентів і адміністративних положень щодо заснування та здійснення діяльності кредитними установами, що доповнює Директиву 77/780/ЕЕС»¹ (або так звана Друга банківська директива) і Директива від 20 березня 2000 р. «Щодо заснування та здійснення бізнесу кредитними установами»² (Директива про діяльність кредитних установ або Директива 2000/12).

Директива про рух капіталу, що діяла у цій сфері раніше, передбачала, що положення про рівне ставлення до руху капіталу з інших країн та в інші країни застосовується з урахуванням норм законодавства держав-членів та ЄС щодо операцій з ділового заснування, надання фінансових послуг та доступу цінних паперів на ринки ЄС (ст. 7). Ця Директива ґрунтувалася на принципі так званого «недосконалого взаємного визнання» (англ. *imperfect mutual recognition*), який полягав у тому, що Директивою про рух капіталу встановлювалися мінімальні вимоги (розмір мінімального капіталу, необхідного для заснування

¹ Див.: Директива 89/646/ЕЕС від 15 грудня 1989 р. (О. J. 1989 L386/1 (Друга банківська директива)).

² Див.: Директива 2000/12/ЕС Європейського Парламенту та Ради щодо заснування та здійснення діяльності кредитними установами від 20 березня 2000 р. (О. J. 2000 L126).

кредитної установи, у 5 млн екю (нині – євро), максимальна вартість частки, що могла належати кредитній установі у статутному капіталі підприємства, яке не має права займатися фінансово-кредитною діяльністю (15%) тощо). Водночас держави-члени могли запроваджувати суворіші вимоги і стандарти та обмежувати свободу руху капіталу на підставі захисту суспільних інтересів. Іншими словами, в основу Директиви про рух капіталу було покладено підхід, уперше сформульований у справі *Cassis de Dijon*, де СПЕС визначив, що перешкоди вільному руху у межах ЄС через невідповідність національних законодавств є прийнятними, якщо вони є необхідними для підвищення ефективності фіскального нагляду, охорони здоров'я, захисту справедливої конкуренції, прав споживачів тощо.

Згідно із ст. 63 Договору про діяльність ЄС з метою забезпечення пруденційного нагляду за діяльністю власних фінансових установ держави-члени ЄС можуть вживати певних обмежувальних заходів щодо руху капіталу. Крім того, згідно зі ст. 3 Другої банківської директиви держави-члени повинні заборонити будь-яким іншим установам, крім спеціально створених, здійснювати діяльність щодо оформлення депозитів та інших коштів у відносинах з населенням. Другою банківською директивою встановлюється також мінімальний поріг в 5 млн екю для створення національної фінансової установи або допуску на національний ринок іноземної фінансової установи. Проте якщо така установа була вже зареєстрована на території іншої держави-члена, то решта держав-членів ЄС не може вимагати додаткової реєстрації.

Другою банківською директивою також було запроваджено вимоги щодо максимального розміру (15% від розміру власних коштів) частки, яка може належати кредитній установі у статутному фонді підприємства, що не має права надавати фінансові послуги. Крім того, всі кредитні установи, їх головні підприємства або філії, головні підприємства яких знаходяться в інших країнах, з метою збору статистичної інформації повинні періодично звітувати перед урядовими структурами держав-членів ЄС. Якщо ж відповідна установа не дотримується цього обов'язку, держава-член ЄС може накласти заборону на здійснення цієї установою подальших кредитних і фінансових операцій.

Директива про діяльність кредитних установ, прийнята замість Директиви про рух капіталу, встановлює, що заходи щодо лібералізації руху капіталу повинні вживатися разом з лібералізацією порядку на-

дання банківських послуг. У Преамбулі Директиви зазначено, що її метою є досягнення загальної гармонізації, необхідної та достатньої для забезпечення взаємного визнання дозволів та пруденційного нагляду, що уможливить упровадження єдиної ліцензії (дозволу на здійснення діяльності), яка б визнавалася в усьому ЄС.

Директива про діяльність кредитних установ позначила новий підхід до регулювання діяльності щодо надання фінансових послуг – так званий принцип «абсолютного (досконалого) взаємного визнання» (англ. *perfect mutual recognition*). На відміну від Директиви про рух капіталу зазначена Директива запроваджує стандарти, що є обов'язковими для виконання державами-членами і не підлягають розширенню чи звуженню з метою захисту важливих суспільних інтересів.

Принцип «абсолютного взаємного визнання» також передбачає, що фінансовим установам держав-членів має надаватися рівне ставлення в усіх інших державах-членах ЄС, бо процедура їх заснування та правила нагляду за їх діяльністю є абсолютно ідентичними в усьому ЄС.

Директива про діяльність кредитних установ приділяє особливу увагу повноваженням держави заснування фінансової установи щодо надання дозволу на здійснення фінансово-кредитної діяльності та перевірки такої діяльності. Директива повністю гармонізує вимоги і процедури надання дозволу на заснування кредитно-фінансової установи та здійснення державними органами держави-члена пруденційного нагляду за її діяльністю. Держави-члени обов'язково мають вимагати від кредитної установи отримання дозволу на здійснення кредитно-фінансової діяльності. Директива про діяльність кредитних установ запроваджує загальний уніфікований стандарт щодо мінімального початкового капіталу: кредитній установі не може надаватися дозвіл, якщо її власний окремий статутний фонд є меншим 5 млн євро.

Водночас Директива передбачає 2 винятки з цього правила. По-перше, кредитні установи, які не відповідають вимозі мінімального капіталу, але існували станом на 15 грудня 1979 р., можуть і надалі продовжувати свою діяльність. По-друге, держави-члени мають право надавати на свій вибір дозволу кредитним установам, що мають статутний фонд менший 5 млн євро, за певних умов:

1) початковий капітал такої установи в будь-якому разі не має бути нижчим ніж 1 млн євро;

2) держава-член повинна повідомити Європейську Комісію про підстави для прийняття такого рішення;

3) держава-член має публікувати назви таких установ у спеціальному переліку.

Крім вимоги мінімального статутного капіталу, особливі вимоги висуваються Директивою про діяльність кредитних установ до директорів та акціонерів фінансових установ: такі установи мають управлятися принаймні 2 директорами з достатньо доброю репутацією та достатнім досвідом для здійснення керівництва. До надання дозволу на здійснення фінансово-кредитної діяльності державний орган, що надає такий дозвіл, має з'ясувати особистості та статус акціонерів, які мають контрольний пакет акцій. Директива про діяльність кредитних установ встановлює обов'язок (а не право) держави-члена відмовити в наданні дозволу, якщо вона не задоволена надійністю таких акціонерів. Держава-член також може відмовити у наданні дозволу з підстав невідповідності установи вимогам Директиви про діяльність кредитних установ 2000 р., але державним органам прямо заборонено відхиляти подану заяву та відмовляти у дозволі на підставі ринкової або економічної недоцільності.

Особливий розділ Директиви про діяльність кредитних установ 2000 р. присвячено свободі ділового заснування та свободі надання послуг фінансовими установами у межах ЄС. Діяльність фінансових установ може здійснюватися через заснування представництва фінансової установи в іншій державі-члені або через надання послуг фінансового характеру клієнтові, розташованому в іншій державі-члені самою фінансово-кредитною установою або її дочірньою компанією (філією), що має дозвіл на здійснення такої діяльності.

Директива про діяльність кредитних установ вимагає, щоб кредитна установа, яка збирається відкрити представництво в іншій державі-члені ЄС, повідомляла про це державні органи держави-члена його заснування та подавала пакет документів, зокрема, бізнес-план діяльності, що здійснюватиметься представництвом, імена та прізвища керівників представництва.

Компетентні органи держави-члена місця здійснення фінансової діяльності мають право вимагати від представництв звітувати про їхню діяльність з метою збирання статистичної інформації, а також нагля-

дати за законністю такої діяльності. Якщо такі органи помітять, що представництво не дотримується встановлених правил регламенту, ці органи можуть передусім вимагати від представництва припинити порушення, а в разі, якщо цю вимогу буде проігноровано, можуть повідомити про здійснювані порушення компетентні органи держави-члена місця реєстрації. Якщо ж вимоги держави-члена місця реєстрації виявляться також неефективними, то держава-член місця здійснення фінансової діяльності має право вжити відповідних заходів для зупинення порушень аж до повної заборони здійснення такою установою діяльності на своїй території. Але в будь-якому разі до вжиття державою-членом здійснення фінансової діяльності таких заходів вона має заздалегідь повідомити про це компетентні органи держави-члена місця реєстрації.

Директива про діяльність кредитних установ передбачає, що пруденційний нагляд за фінансово-кредитною діяльністю фінансових установ, зокрема такою, що відбувається через заснування представництв або шляхом транскордонного надання фінансових послуг, здійснюється компетентними органами держави-члена реєстрації фінансової установи.

Водночас компетентні органи держави-члена здійснення фінансової діяльності зобов'язані співпрацювати з органами держави-члена реєстрації, надавати їм інформацію, а також дозволяти їм здійснювати перевірку діяльності представництв на своїй території (перевірка «на місці» – англ. *on-the-spot verification*). Така система нагляду дістала назву «європейського паспорта».

Особливі правила передбачено Директивою на випадок здійснення фінансово-кредитної діяльності в іншій державі-члені без створення представництва за кордоном. У такому разі установа, якщо вона надає послуги вперше, зобов'язана повідомити компетентні органи держави-члена місця свого заснування про характер діяльності, яку вона збирається здійснювати.

Разом з тим Директива про діяльність кредитних установ урегулювала та гармонізувала далеко не всі аспекти здійснення фінансово-кредитної діяльності. По-перше, Директивою охоплюються лише установи, що здійснюють види діяльності, перелічені в Додатку 1 до Директиви («перелік видів діяльності, що підлягають взаємному ви-

знанням»). Зокрема, цей, хоча і широкий, але все ж обмежений перелік включає: прийняття депозитів, надання позик (зокрема споживчих кредитів, іпотечних кредитів, надання послуг факторингу, фінансування комерційних операцій), фінансовий лізинг, грошові перекази, оформлення кредитних карток, чеків тощо, видачу банківських гарантій, торгівлю цінними паперами, випуск цінних паперів, брокерські послуги, інвестиційний консалтинг тощо. По-друге, навіть щодо фінансових установ, які здійснюють фінансову діяльність, зазначену в Додатку 1, Директива гармонізувала (а отже, надала режим «абсолютного (досконалого) взаємного визнання») лише такі аспекти діяльності, як надання дозволів (вимоги щодо мінімальної капіталізації та кваліфікацій директорів й акціонерів тощо) та здійснення пруденційного нагляду за діяльністю таких установ уповноваженими державними органами. Усі інші аспекти фінансово-кредитної діяльності, насамперед норми ринкової поведінки та норми щодо регулювання кінцевих продуктів такої діяльності, мають режим недосконалого взаємного визнання, а відтак – до цих аспектів застосовуються загальні норми та винятки (виключення) Договору про діяльність ЄС, що становлять мінімальний рівень гармонізації, а держави-члени можуть запроваджувати обмеження на рух капіталу та надання фінансових послуг на підставі необхідності захисту суспільно важливих інтересів (принцип *Cassis de Dijon*).

Таким чином, відмінністю положень Договору про діяльність ЄС (конкретизованих, зокрема, у положеннях Директиви про діяльність кредитних установ та інших документів щодо діяльності фінансових установ) про рух капіталу від регламентації правом ЄС руху товарів, послуг та пересування робітників є те, що положення про рух капіталу спрямовані на забезпечення якнайбільшої лібералізації свободи руху капіталу не тільки між державами-членами ЄС, а й також між державами-членами та іншими країнами. Проте вимоги Договору про діяльність ЄС, які забороняють будь-які обмеження на вільний рух капіталу і платежів, також передбачають певні винятки з метою захисту не менш важливих інтересів національної безпеки та суспільного (публічного) порядку, але за умови, що вжиті обмежувальні заходи не є дискримінаційними та не становлять заходів прихованого обмеження руху капіталу.

Контрольні питання

1. Що право ЄС розуміє під капіталом? Яким документом встановлюється перелік видів руху капіталу, що регулюється правом ЄС? Чи є цей перелік вичерпним?
2. У чому полягає особливість свободи руху капіталу та платежів у порівнянні з іншими свободами Внутрішнього ринку ЄС?
3. Які винятки передбачено Договором про діяльність ЄС з принципу свободи руху капіталу та платежів?
4. Які обмеження право ЄС передбачає щодо прямих інвестицій з інших країн у ЄС або у інші країни з ЄС?
5. Яким чином право ЄС регулює питання запобігання легалізації злочинно одержаних доходів з використанням фінансової системи ЄС?
6. У чому полягає особливість регулювання діяльності кредитних (зокрема банківських) установ у ЄС?