ОГЛЯД ЗАКОНОДАВСТВА ЩОДО РЕГУЛЮВАННЯ ВІРТУАЛЬНИХ АКТИВІВ

ОБСЄ Організація з безпеки та співробітництва в Європі
Координатор проектів в Україні

ОГЛЯД ЗАКОНОДАВСТВА ЩОДО РЕГУЛЮВАННЯ ВІРТУАЛЬНИХ АКТИВІВ У СФЕРІ БОРОТЬБИ З ВІДМИВАННЯМ КОШТІВ ТА ФІНАНСУВАННЯМ ТЕРОРИЗМУ. – К., 2022. – 587 с.

У виданні здійснено огляд законодавства з регулювання віртуальних активів у сфері запобігання та протидії легалізації (відмиванню) коштів, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення тих країн, які займають лідируючі позиції в світі у даній сфері.

Видання розроблено для використання в роботі учасниками системи фінансового моніторингу та науковими працівниками, а також буде корисним для підготовки України до чергової оцінки з боку Комітету експертів Ради Європи MONEYVAL.

ОГЛЯД ЗАКОНОДАВСТВА ЩОДО РЕГУЛЮВАННЯ ВІРТУАЛЬНИХ АКТИВІВ

КИЇВ – 2022

ВСТУП

З розвитком ринку віртуальних активів та все більшого прийняття цього продукту серед широких мас населення, зростає й кількість злочинів, які пов'язані з ними. У 2021 році, сума коштів у криптовалютах, які були одержані внаслідок незаконних дій, досягла найбільших показників в історії і склала приблизно $14 млрд. Водночас, не зважаючи на такий високий абсолютний показник, обсяг вказаних операцій у відсотковому вираженні складає усього 0,15%.

Не в останню чергу, стримування злочинності в криптовалютній екосистемі є можливим завдяки кращій роботі правоохоронних органів з виявлення та протидії злочинності у сфері обороту віртуальних активів. Зростання ефективності стримування іллегальної активності у криптосфері досягається завдяки декільком чинникам, й серед іншого, завдяки удосконаленню підходів до законодавчого урегулювання обороту віртуальних активів, яке дає змогу ефективніше виконувати свої зобов'язання відповідним спеціалізованим органам регулювання і нагляду за діяльністю постачальників послуг, пов›язаних з оборотом віртуальних активів. До того ж, в цій сфері дуже важливим чинником є взаємодія органів влади різних країн, оскільки віртуальні активи характерні своєю транснаціональною природою. Саме тому, огляд новітнього законодавства у сфері віртуальних активів є вкрай актуальним. Він дозволяє порівнювати законодавчі норми різних країн, співставляти їх з практичним результатами та розробляти уніфікований підхід, який дозволить ефективніше організовувати відповідну діяльність в Україні.

Даний огляд буде корисним як суб'єктам державного фінансового моніторингу, так і установам, які займаються наданням послуг у сфері обороту віртуальних активів. Банкам та окремим небанківським фінансовим установам також варто звернути на нього увагу з огляду на те, що вони є потенційними фінансовими шлюзами, які будуть поєднувати постачальників послуг із їхніми клієнтами, а з набранням чинності Закону України «Про віртуальні активи» (від 17.02.2022 р. №2074-IX), роль вказаних фінансових посередників може суттєво посилитися.

ЗМІСТ

АЗЕРБАЙДЖАН 11

I. Ознайомлення з нормативно-правовою базою. 11

II. Банківські та грошові перекази . 12

III. Протидія відмиванню коштів . . . 12

IV. Оподаткування 13

V. Інші питання. 14

VI. Плани на майбутнє 16

АРГЕНТИНА 17

I. Ознайомлення з нормативно-правовою базою. 17

II. Закони про цінні папери та інвестиції 17

III. Банківські та грошові перекази . 19

IV. Протидія відмиванню коштів . . . 20

V. Регулювання бірж 20

VI. Регулювання майнерів 21

VII. Регулювання емітентів та спонсорів 21

VIII. Кримінальне та цивільне шахрайство і правозастосування . . 21

IX. Оподаткування 21

X. Інші питання 22

XI. Плани на майбутнє 23

БЕЛЬГІЯ 25

I. Ознайомлення з нормативно-правовою базою. 25

II. Закони про цінні папери та інвестиції 27

III. Банківські та грошові перекази 32

IV. Протидія відмиванню коштів . . . 35

V. Регулювання бірж 36

VI. Регулювання майнерів 36

VII. Регулювання емітентів та спонсорів 37

VIII. Кримінальне та цивільне шахрайство і правозастосування . . 39

IX. Оподаткування 44

X. Інші питання 47

XI. Плани на майбутнє 49

БРАЗИЛІЯ 51

I. Ознайомлення з нормативно-правовою базою. 51

II. Законодавство про цінні папери та інвестиції 55

III. Банківські та грошові перекази . 59

IV. Протидія відмиванню коштів . . . 61

V. Регулювання бірж 63

VI. Регулювання майнерів 65

VII. Регулювання емітентів та спонсорів 65

VIII. Кримінальне та цивільне шахрайство і правозастосування . . 66

IX. Оподаткування 66

X. Інші питання 69

XI. Плани на майбутнє 69

ВЕЛИКОБРИТАНІЯ 71

I. Ознайомлення з нормативно-правовою базою. 71

II. Закони про цінні папери та інвестиції 73

III. Банківські та грошові перекази 82
IV. Протидія відмиванню коштів . . .87
V. Регулювання бірж 90
VI. Регулювання майнерів 92
VII. Регулювання емітентів та спонсорів 93
VIII. Оподаткування 101
IX. Інші питання 103
X. Плани на майбутнє 106

ДАНІЯ 108

I. Ознайомлення з нормативно-правовою базою. 108
II. Закони про цінні папери та інвестиції 109
III. Банківські та грошові перекази 113
IV. Протидія відмиванню коштів . .115
V. Регулювання бірж 116
VI. Регулювання майнерів 116
VII. Регулювання емітентів та спонсорів 116
VIII. Кримінальне та цивільне шахрайство і правозастосування. 118
IX. Оподаткування 118
X. Інші питання 121
XI. Плани на майбутнє 121

ІНДІЯ 122

I. Ознайомлення з нормативно-правовою базою. 122
II. Закони про цінні папери та інвестиції 123
III. Банківські та грошові перекази 127
IV. Протидія відмиванню коштів . .128
V. Регулювання бірж 129
VI. Регулювання майнерів 129
VII. Регулювання емітентів та спонсорів 130
VIII. Кримінальне та цивільне шахрайство і правозастосування.131
IX. Оподаткування 132
X. Інші питання 135
XI. Плани на майбутнє 140

ІРЛАНДІЯ. 141

I. Ознайомлення з нормативно-правовою базою. 141
II. Закони про цінні папери та інвестиції 142
III. Банківські та грошові перекази 143
IV. Протидія відмиванню коштів . .143
V. Регулювання бірж 144
VI. Регулювання майнерів 145
VII. Регулювання емітентів та спонсорів 145
VIII. Кримінальне та цивільне шахрайство і правозастосування.146
IX. Оподаткування 146
X. Інші питання 148
XI. Плани на майбутнє 148

ІСПАНІЯ 149

I. Ознайомлення з нормативно-правовою базою. 149
II. Закони про цінні папери та інвестиції 150
III. Банківські та грошові перекази 154
IV. Протидія відмиванню коштів . .155

V. Регулювання бірж 156
VI. Регулювання майнерів 158
VII. Регулювання емітентів та спонсорів 158
VIII. Кримінальне та цивільне шахрайство і правозастосування 158
IX. Оподаткування 162
X. Плани на майбутнє 166

ІТАЛІЯ 167

I. Ознайомлення з нормативно-правовою базою. 167
II. Закони про цінні папери та інвестиції 169
III. Банківські та грошові перекази 174
IV. Протидія відмиванню коштів 176
V. Регулювання бірж 177
VI. Регулювання майнерів 180
VII. Регулювання емітентів та спонсорів 180
VIII. Кримінальне та цивільне шахрайство і правозастосування 181
IX. Оподаткування 182
X. Плани на майбутнє 183

КАЙМАНОВІ ОСТРОВИ 184

I. Ознайомлення з нормативно-правовою базою. 184
II. Регулювання постачальників послуг з віртуальних активів 187
III. Законодавство про цінні папери та інвестиції 190
IV. Банківські та грошові перекази 192
V. Протидія відмиванню коштів . . .193
VI. Регулювання бірж 198
VII. Регулювання зберігачів віртуальних активів 201
VIII. Регулювання емітентів та спонсорів 201
IX. Оподаткування 202
X. FATCA, міжурядова угода США та Кайманових островів та імплементуюче законодавство, а також CRS 202
XI. Інші питання 204
XII. Плани на майбутнє. 206

КАНАДА 207

I. Законодавство про цінні папери та інвестиції 207
II. Протидія відмиванню коштів . . .221
III. Регулювання майнерів. 224
IV. Кримінальне та цивільне шахрайство і правозастосування. 226
V. Оподаткування. 229
VI. Плани на майбутнє 231

ЛЮКСЕМБУРГ 233

I. Ознайомлення з нормативно-правовою базою. 233
II. Закони про цінні папери та інвестиції 236
III. Банківські та грошові перекази 241
IV. Протидія відмиванню коштів 241
V. Регулювання бірж 243
VI. Регулювання майнерів 246
VII. Регулювання емітентів та спонсорів 246

VIII. Кримінальне та цивільне шахрайство і правозастосування .248
IX. Оподаткування 248
X. Інші питання 249
XI. Плани на майбутнє 249

НІГЕРІЯ 250

I. Ознайомлення з нормативно-правовою базою.....250
II. Закони про цінні папери та інвестиції 251
III. Банківські та грошові перекази 254
IV. Протидія відмиванню коштів ..254
V. Регулювання бірж 257
VI. Регулювання майнерів 259
VII. Регулювання емітентів та спонсорів 260
VIII. Кримінальне та цивільне шахрайство і правозастосування .260
IX. Оподаткування 261
X. Інші питання 262
XI. Плани на майбутнє 262

НІМЕЧЧИНА 265

I. Ознайомлення з нормативно-правовою базою.....265
II. Закони про цінні папери та інвестиції 267
III. Банківські та грошові перекази 275
IV. Протидія відмиванню коштів ..283
V. Регулювання бірж 286
VI. Регулювання майнерів 287
VII. Регулювання емінентів та спонсорів 287
VIII. Кримінальне та цивільне шахрайство і правозастосування .287
IX. Оподаткування 289
X. Інші питання 290
XI. Плани на майбутнє 291

НОРВЕГІЯ 293

I. Ознайомлення з нормативно-правовою базою.....293
II. Закони про цінні папери та інвестиції 294
III. Банківські та грошові перекази 296
IV. Протидія відмиванню коштів ..297
V. Регулювання бірж 299
VI. Регулювання майнерів 300
VII. Регулювання емітентів та спонсорів 300
VIII. Кримінальне та цивільне шахрайство і правозастосування .300
IX. Оподаткування 301
X. Плани на майбутнє.....305

ОАЕ 308

I. Ознайомлення з нормативно-правовою базою.....308
II. Закони про цінні папери та інвестиції 310
III. Банківські та грошові перекази 317
IV. Протидія відмиванню коштів ..318
V. Регулювання бірж 326
VI. Регулювання майнерів 334
VII. Регулювання емітентів та спонсорів 335
VIII. Кримінальне та цивільне шахрайство і правозастосування .340

IX. Оподаткування 341
X. Інші питання 342
XI. Плани на майбутнє 343

РУМУНІЯ 345

I. Ознайомлення з нормативно-правовою базою. 345
II. Закони про цінні папери та інвестиції 346
III. Банківські та грошові перекази 348
IV. Протидія відмиванню коштів . .352
V. Регулювання бірж 353
VI. Регулювання майнерів 357
VII. Регулювання емітентів та спонсорів 358
VIII. Кримінальне та цивільне шахрайство і правозастосування. 360
IX. Оподаткування 363
X. Інші питання 364
XI. Плани на майбутнє 366

СІНГАПУР 368

I. Ознайомлення з нормативно-правовою базою. 368
II. Закони про цінні папери та інвестиції 372
III. Банківські та грошові перекази 374
IV. Протидія відмиванню коштів . .375
V. Регулювання бірж 376
VI. Регулювання майнерів 377
VII. Регулювання емітентів та спонсорів 377
VIII. Кримінальне та цивільне шахрайство і правозастосування. 378
IX. Податок 378
X. Інші питання 379
XI. Плани на майбутнє 380

США 383

I. Ознайомлення з нормативно-правовою базою. 383
II. Закони про цінні папери та інвестиції 384
III. Банківські та грошові перекази 409
IV. Протидія відмиванню коштів . .426
V. Регулювання майнерів 442
VI. Регулювання емітентів та спонсорів 443
VII. Кримінальне та цивільне шахрайство і правозастосування. 452
VIII. Оподаткування 468
IX. Інші юридичні аспекти. 473
X. Банкрутство. 477
XI. Плани на майбутнє 487

УКРАЇНА. 488

I. Ознайомлення з нормативно-правовою базою. 488
II. Законодавство про цінні папери та інвестиції 490
III. Банківські та грошові перекази 492
IV. Протидія відмиванню коштів . .495
V. Регулювання бірж 502
VI. Регулювання майнерів 504
VII. Кримінальне та цивільне шахрайство і правозастосування .505
VIII. Оподаткування 506
IX. Плани на майбутнє 509

ФРАНЦІЯ 510

I. Ознайомлення з нормативно-правовою базою. 510

II. Закони про цінні папери та інвестиції 512

III. Банківські та грошові перекази 516

IV. Протидія відмиванню коштів . .518

V. Регулювання бірж 520

VI. Регулювання майнерів 523

VII. Регулювання емітентів та спонсорів 523

VIII. Кримінальне та цивільне шахрайство і правозастосування .525

IX. Оподаткування 525

X. Інші питання 527

XI. Плани на майбутнє 529

ШВЕЙЦАРІЯ 531

I. Ознайомлення з нормативно-правовою базою. 531

II. Закони про цінні папери та інвестиції 534

III. Банківські та грошові перекази 540

IV. Протидія відмиванню коштів . .542

V. Регулювання бірж 546

VI. Регулювання майнерів 548

VII. Регулювання емітентів та спонсорів 550

VIII. Оподаткування 552

IX. Плани на майбутнє 556

ШВЕЦІЯ 557

I. Ознайомлення з нормативно-правовою базою. 557

II. Закони про цінні папери та інвестиції 558

III. Банківські та грошові перекази 562

IV. Протидія відмиванню коштів . .563

V. Регулювання бірж 565

VI. Регулювання майнерів 566

VII. Регулювання емітентів та спонсорів 567

VIII. Кримінальне та цивільне шахрайство і правозастосування. 569

IX. Плани на майбутнє 570

ЯПОНІЯ. 573

I. Ознайомлення з нормативно-правовою базою. 573

II. Закони про цінні папери та інвестиції 574

III. Банківські та грошові перекази 577

IV. Протидія відмиванню коштів . .577

V. Регулювання бірж 578

VI. Регулювання майнерів 581

VII. Регулювання емітентів та спонсорів 582

VIII. Кримінальне та цивільне шахрайство і правозастосування. 583

IX. Оподаткування 585

X. Інші питання 586

XI. Плани на майбутнє 586

АЗЕРБАЙДЖАН

I. ОЗНАЙОМЛЕННЯ З НОРМАТИВНО-ПРАВОВОЮ БАЗОЮ

Зліт віртуальних валют і технології блокчейн в останні роки, поставив регуляторів у всьому світі перед цікавим завданням: знайти тонкий баланс у регулюванні такого феномену як децентралізована валюта, уникаючи водночас надмірного регулювання, щоби не задушити інновації. Азербайджанські регулятори не є винятком.

Незважаючи на визнання того, що використання віртуальних валют і технології блокчейн є новою глобальною тенденцією [1], а також, незважаючи на реальні занепокоєння щодо шахрайства, відмивання коштів та іншої незаконної діяльності, яка потенційно пов'язана з використанням віртуальних валют, в Азербайджані немає спеціальних нормативно-правових актів щодо віртуальних валют. Звичайно, є положення, які потенційно можуть застосовуватися до віртуальних валют, але справжня проблема полягає в тому, як класифікувати віртуальні валюти, оскільки вони мають характеристики різних типів активів (напр., розрахункова одиниця, продукт або цінний папір), оминаючи традиційні нормативні визначення.

З цієї причини будь-яка дискусія про те, як віртуальні валюти в кінцевому підсумку регулюватимуться в Азербайджані, неминуче стає вправою в емпіричних здогадках, зважаючи на сучасне розуміння класифікації віртуальних валют і регуляторних параметрів. Залежно від того, як віртуальні валюти, у кінцевому підсумку, будуть класифікуватися азербайджанськими регуляторами (як розрахункова одиниця, продукт або цінний папір), потенційно можуть застосовуватися різні правила їхнього регулювання, як зазначено нижче.

1 Державна програма з розширення цифрових платежів в Республіці Азербайджан на 2018–2020 роки, затверджена Указом Президента Республіки Азербайджан № 508 від 26 вересня 2018 року, Збірник законодавства Республіки Азербайджан 2018 року № 09, Пункт 1893 (азербайджанською), Стаття 4.6. Доступно за посиланням: https://bit.ly/3tG5BRM

II. БАНКІВСЬКІ ТА ГРОШОВІ ПЕРЕКАЗИ

Загалом, Закон про банківську діяльність відносить діяльність із грошових переказів (послуги з переказу грошей або платіжні інструменти) до банківської діяльності, що має бути ліцензованою[2]. До того ж, Закон про валютне регулювання розглядає діяльність з обміну іноземної валюти в Азербайджані (тобто здійснення купівлі чи продажу іноземної валюти) як додаткову ліцензовану діяльність, якою можуть займатися лише місцеві банки, філії іноземних банків, певні ліцензовані поштові відділення та організації, які мають ліцензію пункту обміну валют[3].

Закон про валютне регулювання визначає іноземні валюти як гроші у формі банкнот, казначейських білетів та монет, що знаходяться в обігу, які є законним платіжним засобом на території іноземної держави або групи держав. Хоча це малоймовірно, але можливо, що віртуальні валюти будуть класифікуватися як іноземна валюта, особливо, якщо вони визнані законним платіжним засобом в іноземній країні[4].

Тому установам, які бажають займатися в Азербайджані діяльністю з використанням віртуальної валюти, ймовірно, буде заборонено робити це без отримання відповідної ліцензії.

III. ПРОТИДІЯ ВІДМИВАННЮ КОШТІВ

Що стосується відмивання коштів та фінансування тероризму, в азербайджанському законодавстві, здається, немає істотної різниці між операціями, що здійснюються з використанням фіатної або віртуальної валюти (хоча остання окремо не згадується). Наприклад, про будь-які операції, що стосуються коштів, одержаних з або перерахованих на анонімні рахунки, розташованих за межами Азербайджану, або операції, де неможливо точно ідентифікувати учасників, або у випадках, коли в наданні ідентифікаційної інформації про клієнта або бенефіціара відмовлено, а також, коли ідентифікаційна інформація про клієнта або бенефіціара виявляється неправдивою, необхідно повідомити Службу фінансового моніторингу[5].

---

2 Закон Республіки Азербайджан про банки № 590-IIQ від 16 січня 2004 р. Збірник законодавства Республіки Азербайджан за 2004 р. № 03, пункт 130 (азербайджанською мовою), стаття 32. Доступно за посиланням: https://bit.ly/3tBulKN

3 Закон Республіки Азербайджан про валютне регулювання, № 910 від 21 жовтня 1994 р., Інформаційний бюлетень Верховної Ради Республіки Азербайджан за 1995 р. № 07, пункт 116 (азербайджанською мовою) (Закон про валютне регулювання), стаття 3. Доступно за посиланням: https://bit.ly/32dnhZr

4 Див. попереднє посилання, статті 1.7-1 та 1.7-2, а також стаття 3.

5 Закон Республіки Азербайджан «Про запобігання легалізації коштів або іншого майна, одержаних злочинним шляхом, та фінансуванню тероризму», № 767-IIIQ від 10 лютого 2009 року, Збірник законодавства Республіки Азербайджан за 2009 рік, № 02, пункт 58 (азербайджанською) (Закон про запобігання легалізації коштів або іншого майна, одержаних злочинним шляхом, та фінансуванню тероризму), стаття 7. Доступно за посиланням: https://bit.ly/3tFIV3P

Чинний режим із ПВК в Азербайджані охоплює, поміж інших регульованих установ, суб'єктів моніторингу: фінансові установи; установи, що займаються послугами з переказу грошей; інвестиційні компанії; інвестиційні фонди та менеджерів інвестиційних фондів[6]. Саме ці суб'єкти моніторингу зобов'язані повідомляти про зазначені вище операції.

З огляду на можливість зловживання анонімністю, яка притаманна транзакціям із використанням віртуальних валют, та можливий вплив від правозастосування антилегалізаційного законодавства, ПВК є тією сферою, в якій, найімовірніше, будуть введені в дію окремі регуляторні норми.

IV. ОПОДАТКУВАННЯ

З огляду на широке визначення доходу в Податковому кодексі Азербайджану, доходи, отримані резидентами від торгівлі віртуальними валютами, ймовірно, підлягають оподаткуванню. Оскільки в Азербайджані немає спеціального режиму оподаткування приросту капіталу, ці доходи, ймовірно, підлягатимуть оподаткуванню податком на доходи фізичних осіб за граничною ставкою 14 відсотків (застосовується до фізичних осіб, які не зареєстровані як підприємці), спрощеним податком (застосовується до певних ФОП) або податком на прибуток підприємств (застосовується до окремих ФОП, підприємств, доходи яких перевищують певний поріг, та які не знаходяться на спрощеній системі оподаткування). До операцій із використанням віртуальної валюти будуть застосовуватися загальні принципи оподаткування[7].

Незрозуміло, який підхід будуть використовувати податкові органи, з огляду на те, що наразі нарахування податків на доходи, отримані з-за кордону, великою мірою залежать від самодекларування.

Однак, у Законі про валютне регулювання є загальне й досить розпливчасте положення, яке вимагає від резидентів Азербайджану репатріювати зароблені резерви в іноземній валюті, отримані від закордонної економічної діяльності, які, ймовірно, включатимуть кошти, отримані від торгівлі віртуальними валютами після їхньої конвертації у фіатну валюту[8].

6 Див. попереднє посилання. Стаття 4.

7 Податковий кодекс Республіки Азербайджан, затверджений Законом Республіки Азербайджан № 905-IQ від 11 липня 2000 р., Збірник законодавства Республіки Азербайджан за 2000 р. № 08, пункт 583 (азербайджанською мовою). Доступно за посиланням: https://bit.ly/3tKdTrA

8 Закон про валютне регулювання, стаття 7.2

Недотримання правил репатріації може призвести до стягнення значних адміністративних штрафів (на суму, еквівалентну від 30 до 50 відсотків резервів в іноземній валюті)[9] або, потенційно, до кримінальної відповідальності для керівництва компанії, якщо сума коштів перевищує еквівалент 20 000 азербайджанських манатів[10].

V. ІНШІ ПИТАННЯ

i. ЗАКОННИЙ ПЛАТІЖНИЙ ЗАСІБ

Конституція Азербайджану 1995 року (Конституція), яка була прийнята на всенародному референдумі, проголошує манат офіційною валютою Азербайджану та єдиною грошовою одиницею, яка визнана законним платіжним засобом на території Азербайджану[11]. Конституція визнає виключну владу Центрального банку Азербайджану (Центрального банку) випускати банкноти та карбувати монети[12].

Цивільний кодекс, фундаментальна основа комерційного права, йде ще далі, вимагаючи, щоб договірні грошові зобов'язання між резидентами виражалися в манатах[13]. На сам кінець, заробітна плата також може виплачуватися лише в манатах[14].

Отже, віртуальні валюти не є, і навряд чи стануть, законним платіжним засобом в Азербайджані. Насправді, визнання їх такими, найімовірніше, вимагатиме внесення змін до Конституції на всенародному референдумі. Неясно, чи повноваження Центрального банку випускати банкноти та карбувати монети буде включати карбування Центральним Банком електронних монет для криптовалютного протоколу. Поки що Центральний Банк не висловлював наміру займатися карбуванням електронних монет і охарактеризував свою позицію щодо віртуальної валюти як консервативну.

9 Кодекс про адміністративні правопорушення Республіки Азербайджан, затверджений Законом Республіки Азербайджан № 96-VQ від 29 грудня 2015 р., Збірник законодавства Республіки Азербайджан за 2016 р. № 02, пункт 202 (азербайджанською мовою), стаття 483. Доступно за посиланням: https://bit.ly/3Amd6yw

10 Кримінальний кодекс Республіки Азербайджан, затверджений Законом Республіки Азербайджан № 787-IQ від 20 грудня 1999 року, Збірник законодавства Республіки Азербайджан за 2000 рік, № 04, пункт 251 (азербайджанською мовою), стаття 208. Доступно за посиланням: https://bit.ly/3KscpZ9

11 Конституція Республіки Азербайджан, прийнята на всенародному референдумі 12 листопада 1995 р., Збірник законодавства Республіки Азербайджан 1997 р. № 03, пункт 159 (азербайджанською мовою), стаття 19.I та 19.III. Доступно за посиланням: https://bit.ly/33yq14n

12 Див. попереднє посилання, стаття 19.II

13 Цивільний кодекс Республіки Азербайджан, затверджений Законом Республіки Азербайджан № 779-IQ від 28 грудня 1999 р., Збірник законодавства Республіки Азербайджан 2000 р. № 04, пункт 250 (азербайджанською мовою), стаття 439.1. Доступно за посиланням: https://bit.ly/3KrE8co

14 Трудовий кодекс Республіки Азербайджан, затверджений Законом Республіки Азербайджан № 618-IQ від 1 лютого 1999 року, Збірник законодавства Республіки Азербайджан 1999 року, № 04, пункт 213 (азербайджанською мовою), стаття 174.4. Доступно за посиланням: https://bit.ly/32gTCPc

Фактично, перший заступник голови Центрального Банку, Алім Гулієв, вказав, що Центральний Банк не має наміру випускати державну криптовалюту, також відому як цифрова валюта центрального банку[15]. Крім того, під час обговорення в Парламенті Державного бюджету на 2018 рік, голова Центрального банку Ельман Рустамов описав криптовалюти радше як інструмент для інвестування, а не альтернативний платіжний засіб[16].

ii. ВАЛЮТНИЙ КОНТРОЛЬ

Відповідно до Закону про валютне регулювання[17], резиденти можуть здійснювати валютні операції, пов'язані з рухом капіталу (як-от, наприклад, купівля цінних паперів, виражених в іноземній валюті), які визначені Центральним Банком, як об'єкт валютного регулювання[18]. Ці правила застосовуються як до резидентів (юридичних осіб, зареєстрованих в Азербайджані та громадян Азербайджану), так і до нерезидентів (юридичних осіб, зареєстрованих за межами Азербайджану, їхніх філій та представництв в Азербайджані), і вони встановлюють вичерпний перелік підстав для грошових переказів в іноземній валюті, а також вимоги до відповідної документації. Оскільки, відповідно до правил, прийнятих Центральним Банком[19], кожна кредитна або дебетова картка, випущена місцевим банком, прив'язана до банківського рахунку, положення Валютного регулювання також застосовуватимуться до вихідних переказів в іноземній валюті резидентами та нерезидентами, здійснених за допомогою кредитної та дебетової картки.

Хоча Валютне регулювання прямо дає можливість резидентам і нерезидентам перераховувати кошти для цілей інвестування в цінні папери (включно з тими, які номіновані в іноземній валюті)[20], воно може перешкоджати можливості резидентів Азербайджану інвестувати у віртуальну валюту, оскільки немає чіткого дозволу щодо грошових переказів для цілей інвестування у віртуальну валюту.

15 Давід Хундеїн, «Центральний банк Азербайджану виключає випуск криптовалюти», CCN (16 листопада 2018 р.), доступ від 25 липня 2020 р., https://bit.ly/3qQjBGN, (з посиланням на Талеха Мурсагулова, «Центральний банк Азербайджану обговорює можливість випуску своєї криптовалюти», агентство Trend News (15 листопада 2018 року), доступ від 25 липня 2020 року, https://bit.ly/3Ahslc2

16 Анвар Мамедов, «Голова ЦБ Азербайджану надає коментар щодо використання криптовалюти в Азербайджані», агентство Trend News (21 листопада 2017 року), доступ від 8 серпня 2018 року, https://bit.ly/3tGXuEn

17 Закон про Валютне регулювання, стаття 8.2

18 Правила проведення резидентами операцій в іноземній валюті та операцій нерезидентів в іноземній та національній валюті в Республіці Азербайджан, затверджені постановою Центрального банку Республіки Азербайджан № 45/1 від 28 листопада 2016 року, реєстраційний номер у Державному реєстрі нормативно-правових актів № 23201611280451 (азербайджанською мовою) (Валютне регулювання), стаття 4.3. Доступно за посиланням: https://bit.ly/3FOUk40

19 Правила випуску та використання платіжних карток, затверджені постановою Центрального банку Республіки Азербайджан № 16/3 від 10 липня 2012 року, реєстраційний номер у Державному реєстрі нормативно-правових актів № 23201207100163 (азербайджанською мовою), Стаття 2.1.6. Доступно за посиланням: https://bit.ly/3GQ42EA

20 Валютне регулювання, стаття 4.3.13.2

VI. ПЛАНИ НА МАЙБУТНЄ

У січні 2018 року повідомлялося, що в Азербайджані була створена робоча група для розробки законопроєкту про регулювання торгівлі віртуальними валютами[21]. Проте, до сьогодні, у даному питанні не досягнуто жодного прогресу. Базуючись на різних публічних заявах місцевих посадовців, можна сказати, що азербайджанські регулятори, ймовірно, і далі будуть моніторити[22] сферу віртуальних валют та оцінювати регуляторні заходи, запроваджені іншими країнами, до прийняття будь-яких конкретних нормативно-правових актів.

Уважно відслідковується досвід країн, які мають спільну правову спадщину з Азербайджаном. Можливо, Азербайджан піде за прикладом росії і прийме законодавство, подібне до російського федерального закону про цифрові фінансові активи та криптовалюту[23]. Очікується, що закон рф, серед іншого:

a. регулюватиме відносини, що виникають при створенні, емісії, зберіганні та обігу цифрових фінансових активів, цифрових токенів та специфічної діяльності операторів інформаційних систем (в рамках яких випускаються цифрові фінансові активи) та операторів бірж із цифрових фінансових активів, а також обіг криптовалюти в рф; та
b. надасть детальні визначення криптовалюти та деяких інших термінів, пов'язаних із криптовалютою, зокрема для цифрових фінансових активів, цифрових токенів та розподілених реєстрів, та класифікує їх.

Відсутність окремих положень щодо віртуальних валют та відповідних технологій в Азербайджані може сприяти невизначеності та потенційно придушити інновації. З цієї причини та в інтересах заохочення інновацій у цій сфері, прийняття окремого закону було б бажаним законодавчим розвитком.

Велику увагу слід приділяти дотриманню правильного балансу в регулюванні діяльності, пов'язаної з віртуальними валютами, і наданні чітких вказівок гравцям ринку, водночас уникаючи непередбачених наслідків надмірного регулювання, що є складним, але не неможливим завданням. Залишається побачити, чи приймуть азербайджанські регулятори цей виклик найближчим часом.

---

21 Лада Євграшина, «Азербайджан береться за криптовалюти: готується законопроект, країну відвідає співзасновник Ethereum», 1news.az (29 січня 2018), доступ від 12 липня 2019, https://bit.ly/3nH97Yc

22 Семюель Хейг, «Азербайджан відмовився від криптовалют як засобу платежу», Cryptofame (4 грудня 2017 року), доступ від 12 липня 2019 року, https://bit.ly/33UOFvC

23 Федеральний закон Російської Федерації «Про цифрові фінансові активи, криптовалюту та внесення змін до деяких законодавчих актів Російської Федерації» від 24 липня 2020 р. (опубліковано 31 липня 2020 р., публікація № 0001202007310056; чинне з 2 січня 2021 р. деякі положення набирають чинності з 10 липня 2021 року) (російською мовою) (Федеральний закон «Про цифрові фінансові активи та цифрову валюту»). Доступно за посиланням: https://bit.ly/3AeEcYI

АРГЕНТИНА

I. ОЗНАЙОМЛЕННЯ З НОРМАТИВНО-ПРАВОВОЮ БАЗОЮ

Аргентина є регіональним лідером у впровадженні криптовалют і далі розвивається в цьому плані. Внаслідок економічної нестабільності та валютообмінних обмежень, Аргентина стала одним із перших користувачів криптовалюти в Латинській Америці (і в світі), намагаючись захистити свої заощадження від інфляції та подолати заборону на купівлю та переказ іноземної валюти за кордон.

Криптовалюти не заборонені в Аргентині, тому є законними. Однак, уряд видав нормативні акти щодо криптовалют, пов'язані з оподаткуванням та запобіганням відмиванню коштів та фінансуванню тероризму.

Уряд не запровадив конкретних нормативних актів щодо випуску, обміну чи використання криптовалют, а натомість вирішив спостерігати за поточним розвитком криптовалют, зокрема, за їхнім впливом на аргентинський ринок. Проте, наразі є кілька законопроєктів, спрямованих на інституціоналізацію та регулювання різних аспектів обігу криптоактивів та криптовалютної індустрії.

II. ЗАКОНИ ПРО ЦІННІ ПАПЕРИ ТА ІНВЕСТИЦІЇ

В Аргентині немає спеціального регулювання щодо продажу криптовалют чи інших токенів, відповідно до законів про цінні папери чи законів про інвестиції.

З огляду на відсутність центрального емісійного органу, біткоїни не можна класифікувати як цінні папери. Відповідно до законодавства Аргентини, цінні папери, за суттю, є оборотними інструментами у які емітент включає кредитні права.

Проте, не можна вважати, що такий підхід справедливий для криптовалют (напр., токенів), емітованих централізованою установою, і необхідно аналізувати кожен окремий випадок.

Наслідуючи приклад комісій із цінних паперів та фондового ринку в інших частинах світу, у грудні 2017 року Національна комісія з цінних паперів Аргентини (CNV) випустила комюніке про первинне розміщення монет (ICO), щоби попередити інвесторів про їхні потенційні ризики (Комюніке ICO).

CNV уточнила, що ICO не підпадатимуть під дію регуляторних положень, які застосовуються до ринків капіталу. Однак, вона також зазначила, що певні ICO мають контролюватися з боку CNV, залежно від їхньої структури та конкретних характеристик.

Комюніке ICO також попереджає інвесторів про такі потенційні ризики, пов'язані з ICO:

a. брак спеціальних регуляторних правил;
b. волатильність цін і ризики ліквідності;
c. ймовірність шахрайства;
d. недостатній доступ до відповідної інформації;
e. початкова стадія проєктів;
f. ймовірність технологічних та інфраструктурних збоїв; та
g. транснаціональний характер операцій із ICO.

Хоча CNV стверджує, що ICO не підлягають спеціальному контролю з боку CNV, Комюніке ICO роз'яснює, що претензії можуть бути подані до CNV у випадках, коли є підозра, що ICO може бути справою шахраїв.

Хоча немає конкретних заборон, з огляду на нинішній брак впевненості щодо того, чи певні криптовалюти є цінними паперами, відповідно до Закону про ринки капіталу[24], підзвітні суб'єкти, що підлягають контролю з боку CNV, як-от інвестиційні менеджери, інвестиційні консультанти та керівники фондів, зазвичай, не працюють із цими цифровими активами.

Крім того, офіційні вимоги до операційної діяльності цих підзвітних суб'єктів не були розроблені для розв›язання питання криптовалют. Отже, на практиці, низка нормативно-правових актів може забороняти діяльність із такими активами.

У травні 2021 року CNV спільно з Центральним банком Аргентини опублікували спільну заяву, у якій попереджали про ризики та наслідки використання та інвестування в криптоактиви (Комюніке про криптоактиви).

24 Capital Market Law 26.831. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://bit.ly/3JU13eT

III. БАНКІВСЬКІ ТА ГРОШОВІ ПЕРЕКАЗИ

В Аргентині криптовалюти, як-от біткоїн, визначаються Службою фінансової інформації (UIF) як «цифрове вираження вартості, яким можна торгувати в цифровому вигляді та яке функціонує як засіб обміну; та/або розрахункова одиниця; та/або засіб заощадження, але не має статусу законного платіжного засобу в жодній юрисдикції та не емітується й не гарантується жодним урядом чи юрисдикцією».[25]

Цивільний і господарський кодекс Аргентини (Цивільний кодекс) визначає, що фізичні та юридичні особи мають право на всі відповідні права на активи, що є частиною їхньої власності. У зв'язку з цим Цивільний кодекс поділяє активи на дві категорії: матеріальні та нематеріальні.

Нематеріальні активи, як-от інтелектуальна власність та права, на відміну від тих, які мають фізичне існування, не матеріалізуються у фізичному вираженні. Отже, криптовалюти, як цифрове вираження вартості, є нематеріальними активами, які можуть бути частиною власності фізичних та юридичних осіб.

Розділ 765 Цивільного кодексу визначає, що лише аргентинську фіатну валюту можна вважати грошима, що виключає будь-яку можливість включення криптовалюти до цієї категорії.

Щодо того, чи можна вважати криптовалюти валютою відповідно до законодавства Аргентини, розділ 30 Статуту Центрального банку[26] містить визначення валюти, яке говорить про те, що інструменти мають вважатися придатними до обігу як валюти, незалежно від їх умов або характеристик, якщо: їх емітент накладає або іншим чином спонукає, прямо чи опосередковано, до їх примусового прийняття для погашення будь-якого виду зобов›язання; вони випущені за номінальною вартістю, що нижча або дорівнює 10-кратній вартості найбільшого номіналу аргентинських банкнот в обігу. У такий спосіб, на сьогодні, це положення виключає можливість вважати певну частину криптовалют валютою відповідно до законодавства Аргентини. Крім того, розширене тлумачення розділу 30 Статуту заборонено.

У зв'язку з цим у Комюніке ICO та в Комюніке про криптоактиви зазначено, що віртуальні валюти не емітуються Центральним банком або будь-яким іншим міжнародним валютним органом і, отже, не є законним платіжним засобом і не гарантуються жодним урядом. Проте, на сьогодні, не було прецедентів чи урядових рішень, чи комунікацій щодо будь-якої криптовалюти, яка емітована іноземним органом влади.

25 Комюніке про криптоактиви визначає криптоактив як «цифрове вираження вартості або прав, що передаються та зберігаються в електронному вигляді з допомогою технології розподіленого реєстру чи іншої подібної технології». Оскільки Комюніке про криптоактиви не має юридичної сили, це визначення слід використовувати лише для довідки.

26 Law No. 24,144, Organic Charter of the Central Bank of the Argentine Republic. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://bit.ly/3848Zgk

UIF розрізняє віртуальну валюту та електронну валюту, вказуючи на те, що остання передбачає електронне передавання законного платіжного засобу, тоді, як в операціях із віртуальною валютою не залучений законний платіжний засіб.

Наразі Центральний Банк перевіряє кілька компаній за нібито здійснення несанкціонованого фінансового посередництва через криптоактиви.

IV. ПРОТИДІЯ ВІДМИВАННЮ КОШТІВ

Єдиними спеціальними нормативними актами, що стосуються криптовалют в Аргентині, є Резолюція UIF 300/2014 (Резолюція UIF)[27], яка впровадила додаткові зобов'язання щодо звітності для певних підзвітних суб'єктів (див. нижче) відповідно до Закону про протидію відмиванню коштів (Закон про ПВК)[28] та Закону про податкову реформу[29] (*див. Розділ IX*). Закон про ПВК перераховує низку осіб, зокрема, фінансові організації, брокер-дилерів, страхові компанії, державних нотаріусів та певних державних реєстраторів і агентства, які мають, серед іншого, конкретні зобов'язання зі звітування відповідно до Закону про ПВК (підзвітні суб'єкти) і передбачає певні загальні зобов'язання, включно із застосуванням процедур «знай свого клієнта»; звітування до UIF про будь-яку операцію, щодо якої виникає підозра у відмиванні коштів або тероризмі; та утримання від розкриття своїм клієнтам або третім сторонам діяльності, що здійснюється відповідно до цього статуту.

Резолюція UIF вимагає від більшості підзвітних суб'єктів звітувати про всі операції, здійснені з криптовалютами, незалежно від суми відповідних операцій.

Відповідно до керівних настанов Групи з розроблення фінансових заходів боротьби з відмиванням коштів (FATF), UIF також попереджає підзвітних суб'єктів про ризики, пов'язані з проведенням операцій із криптовалютами. Водночас, UIF також вимагає від підзвітних суб'єктів, перелічених у Резолюції UIF, відстежувати будь-які транзакції своїх клієнтів, які здійснюються з криптовалютами.

V. РЕГУЛЮВАННЯ БІРЖ

Наразі немає спеціальних нормативних актів щодо біржової діяльності. Водночас, будь-хто, хто хоче публічно пропонувати цінні папери на території Аргентини, повинен подати запит для отримання дозволу на публічне розміщення від CNV.

27 UIF Regulation No. 300/2014. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://bit.ly/3jZGe7m

28 Anti-money laundering law of Argentina Law No. 25.246. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://bit.ly/3K9uJF6

29 Tax Reform Law of Argentina No. 27,430. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://bit.ly/3976HxA

Для торгівлі цінними паперами потрібна ліцензія CNV. Тому обмін криптовалют, як постійний вид діяльності, потребуватиме ліцензії, якщо обмінювана криптовалюта вважається цінним папером.

З огляду на відсутність центрального органу, що здійснює емісію, криптовалюти, як-от біткоїн, відповідний тип віртуальних активів не можна класифікувати як цінні папери. Однак, не можна застосовувати аналогічний підхід до криптовалют (напр., токенів), випущених централізовано певною установою, тому необхідно проводити аналіз за кожним окремим випадком.

VI. РЕГУЛЮВАННЯ МАЙНЕРІВ

В Аргентині дозволено здійснювати майнинг біткоїна та інших криптовалют. На сьогоднішній момент, немає конкретних нормативних актів, які б регулювали цю діяльність.

VII. РЕГУЛЮВАННЯ ЕМІТЕНТІВ ТА СПОНСОРІВ

Наразі немає положень щодо емітентів та спонсорів (див. Розділ III).

VIII. КРИМІНАЛЬНЕ ТА ЦИВІЛЬНЕ ШАХРАЙСТВО І ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

Наразі немає конкретних положень щодо кримінального чи цивільного шахрайства щодо обміну чи випуску криптовалют, тому має застосовуватися загальне кримінальне чи цивільне законодавство, залежно від конкретного випадку.

IX. ОПОДАТКУВАННЯ

Вищезгаданим законом про податкову реформу (далі – ЗПР), у грудні 2017 року, внесено декілька поправок до Закону про податок на прибуток та введено декілька положень, пов'язаних із «цифровими валютами» (використавши цю концепцію вперше в ЗПР). Дохід, отриманий від володіння чи розпорядження цифровою валютою, вважається таким, що надходить з аргентинського джерела, якщо її емітент зареєстрований, заснований або розташовується в Аргентині. Якщо емітент зареєстрований, заснований або розташовується за межами Аргентини, вважатиметься, що дохід надійшов з іноземного джерела.

«Плановий» податок застосовується до доходів з аргентинських джерел, отриманих від певних цінних паперів, включно з доходами від цифрових валют, фізичними особами-резидентами та нерезидентами (юридичними або фізичними особами). Прибуток, отриманий фізичними особами-резидентами від цифрової валюти, є об'єктом такого планового податку зі ставкою 15 %.

Якщо фізичні особи-резиденти одержать прибуток з іноземних джерел, внаслідок продажу цифрової валюти, вони також будуть оподатковуватися за ставкою 15 %.

Юридичні особи-резиденти будуть обкладатися податком за будь-який прибуток, одержаний внаслідок володіння чи продажу цифрової валюти, за загальною прогресивною ставкою податку на прибуток від 25 до 30 відсотків (незалежно від того, чи джерело прибутку є внутрішнім або іноземним).

Отже, якщо резидент Аргентини придбає цифрові активи, то подальший продаж цих активів може призвести до одержання оподатковуваного доходу. Збитки, які виникають унаслідок операцій із цифровими валютами, вважаються «особливими збитками» й не можуть бути компенсовані прибутком із будь-яких інших джерел.

Окрім податку на прибуток, усі активи фізичних осіб, які є резидентами Аргентини, підлягають оподаткуванню податком на особисті активи зі ставкою від 0,5 % до 1,25 %, залежно від загальної вартості активів, що перевищує суму звільнення від такого податку (2 мільйони песо). В разі, якщо активи, розташовані за кордоном, застосовуються вищі ставки в розмірі від 0,7 % до 2,25 %. Що стосується податку на особисті активи, незрозуміло, за якими критеріями визначається місцезнаходження цифрового активу.

Переказ чи обмін цифрової валюти не обкладається податком на додану вартість.

X. ІНШІ ПИТАННЯ

При перетині кордону, в Аргентині немає обмежень або зобов'язань щодо декларування криптовалютних активів.

Немає вимог подавати звітність щодо платежів у криптовалюті, які перевищують певну вартість. Наразі єдині вимоги щодо звітності, пов'язані з криптовалютами, регулюються Резолюцією UIF (див. Розділ IV) та Законом про податкову реформу.

Криптовалюти повинні розглядатися як нематеріальні активи для цілей майнового планування та отримання спадщини. Це потенційно може змінитися в майбутньому для токенів, які випущені через ICO, які, з погляду CNV щодо їхньої правової природи, є об'єктом Закону про ринки капіталу.

Для корпоративних цілей, криптовалюти можуть бути внесені як капітал аргентинської організації. Однак, як внесок, ці криптовалюти повинні бути оцінені заздалегідь. Тип та вимоги до оцінки залежатимуть від типу організації, яка одержує такий внесок до свого капіталу.

11 березня 2019 року виконавча гілка уряду видала Указ № 182/2019 (Указ)[30], яким внесено зміни до Закону про цифровий підпис (DSL)[31]. Указом у законі додано такий вид осіб, як «довірений сторонній постачальник послуг», до компетенції якого входить експлуатація технологій розподіленої мережі (блокчейну) для збереження електронних документів, управління смартконтрактами та інших цифрових послуг. Крім того, ці послуги також включають електронну сертифікацію, цифрову ідентифікацію та інші послуги, детально визначені органом ліцензування, створеним відповідно до DSL. Фізичні, юридичні особи, консорціуми, державні та недержавні публічні установи можуть бути довіреними сторонніми постачальниками послуг згідно з Указом.

Указ все ще не підкріплений додатковими регуляціями, тому конкретні рекомендації щодо використання технології розподіленої мережі довіреними сторонніми постачальниками послуг ще не розроблені.

Центральний банк обмежує можливість резидентів Аргентини, які володіють криптовалютами, купувати іноземну валюту на офіційному валютному ринку.

XI. ПЛАНИ НА МАЙБУТНЄ

Постійний розвиток нових технологій породжує низку економічних, правових та фінансових проблем. У цьому сенсі сприйнятливість міжнародного товариства до криптовалют спричиняє занепокоєння, а аналізи та дослідження цього питання показують, що це потребує змін у законодавстві.

Це питання ще не повністю розвинено в Аргентині, і лише Центральний банк, CNV та UIF надали свої думки щодо цього. Хоча обговорюються законопроєкти про криптоактиви та криптовалютну галузь, регулятори все ще намагаються визначити реальні ризики та вплив криптоактивів на споживачів та фінансову систему.

Визначення кожного криптоактиву (включно з криптовалютами), безсумнівно, вплине на рішення, чи застосовується чинне законодавство Аргентини до операцій, у яких використовуються криптоактиви.

30 Decree No. 182/2019. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://bit.ly/3xGB3RN

31 Law No. 25,506 on Digital Signature. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://bit.ly/3MknN9p

Наразі немає програм пісочниць чи інших засобів для просування досліджень та інвестицій у криптовалюти. Проте, Центральний банк створив кілька дослідницьких груп, одна з яких спеціально присвячена криптовалютам і технологіям блокчейну і складається з членів, як державних, так і приватних організацій, для аналізу потенційних регуляторних змін, які дадуть змогу використовувати нові технології в межах індустрії фінансових послуг.

Незважаючи на очікування щодо зустрічі міністрів фінансів і керівників центральних банків країн G20 в Буенос-Айресі в березні 2018 року, жодної нормативної бази чи конкретних рекомендацій щодо криптовалют не було видано. Були дискусії щодо ризиків для споживачів та інвесторів, але нічого не обговорювалося щодо того, який підхід влада має застосовувати до криптовалют, за винятком заклику до міжнародних органів, що встановлюють стандарти, відстежувати криптовалюти та їхні ризики під час оцінки багатосторонніх заходів із реагування, якщо це необхідно.

БЕЛЬГІЯ

I. ОЗНАЙОМЛЕННЯ З НОРМАТИВНО-ПРАВОВОЮ БАЗОЮ

i. ВІРТУАЛЬНІ ВАЛЮТИ

Віртуальні валюти визначаються Європейським центральним банком (ЄЦБ) як «цифрове представлення вартості, що емітується не центральним банком, кредитною установою чи установою електронних грошей, і яке, за деяких обставин, може використовуватися як альтернатива грошам».[32] Він пояснює, що, навіть якщо вони можуть використовуватися як альтернатива грошам, віртуальні валюти не є грошима чи законним платіжним засобом з юридичної точки зору, на відміну від електронних грошей.[33] Це означає, що ніхто не зобов'язаний приймати платежі у віртуальних валютах.

ЄЦБ надає додаткові роз'яснення, пропонуючи три підкатегорії віртуальних валют, які класифікуються відповідно до їхньої взаємодії з законними платіжними засобами (або подібними інструментами) і за їхньою спроможністю використовуватися для придбання матеріальних товарів і послуг.[34] Цими трьома підкатегоріями є:

Закриті схеми віртуальних валют: це віртуальні валюти, які не мають взаємодії з фізичним світом. Їх не можна отримати використовуючи законний платіжний засіб (або подібний інструмент), їх не можна обміняти на законний платіжний засіб, а

32 Європейський центральний банк (2015), «Схеми віртуальних валют – подальший аналіз», https://bit.ly/3s3m8wH, стр. 4. Закон Бельгії про запобігання відмиванню коштів та фінансуванню тероризму від 18 вересня 2017 року (який додатково обговорюється в розділі IV) містить визначення віртуальних валют, яке звучить так: «цифрове представлення вартості, яке не емітовано чи не гарантується центральним банком або державним органом, яке не обов'язково пов'язане з законодавчо встановленою валютою, і яке не має юридичного статусу грошей або валюти, але яке приймається як засіб обміну фізичними або юридичними особами і яке може передаватися, зберігатися та обмінюватися в електронному вигляді» (див. статтю 4,35°/1 цього Закону).

33 «З економічної точки зору, віртуальні валюти (ті, про які зараз відомо) не повністю відповідають всім трьом функціям грошей, визначеним в економічній літературі: (i) засіб обміну, . . . (ii) засіб заощадження. . . (iii) грошова одиниця», Європейський центральний банк (2015), op.cit., 23. Цю позицію підтверджує й Бельгійське управління з фінансових послуг і ринків: https://bit.ly/3IuDnNQ

34 Європейський центральний банк (2015), op.cit., 6.

також їх не можна використовувати для придбання товарів і послуг у фізичній економіці. Прикладом, наведеним ЄЦБ, є золото World of Warcraft (WoW), внутрішньоігрова віртуальна валюта, яку гравці WoW можуть використовувати для кращого оснащення своїх аватарів для досягнення більш високих рівнів у грі.

Схеми віртуальних валют з односпрямованим потоком: це віртуальні валюти, які можна придбати з допомогою фіатної валюти, але не можна конвертувати назад у фіатну валюту. Прикладом можуть бути кредити Facebook або повітряні милі в клієнтських програмах авіакомпаній.

Схеми віртуальних валют з двонаправленим потоком: це віртуальні валюти, які користувачі можуть купувати та продавати за обмінним курсом з фіатною валютою, і які можна використовувати для покупки фізичних товарів і послуг. Найбільш поширеним прикладом двонаправлених віртуальних валют є криптовалюти, які є основною темою цього розділу.

ii. КРИПТОВАЛЮТИ ТА ТОКЕНИ[35]

Хоча біткоїн все ще є найвідомішою криптовалютою з найвищою ринковою капіталізацією, за останні кілька років з›явилися альткоїни, і вони вносять інновації в протокол біткоїн першого покоління. Одним із добре відомих прикладів є Ether, криптовалюта для роботи з платформою децентралізованих додатків Ethereum, яка є платформою з відкритим вихідним кодом, заснованою на технології блокчейн, яка обслуговує смартконтракти. Ether має багато застосувань; він надає розробникам програмного забезпечення стимули до написання смартконтрактів і компенсує їм належні їм ресурси[36]; його можна використовувати для виконання смартконтрактів та для оплати товарів і послуг у мережі Ethereum. Ethereum, як платформа, надалі використовується для розробки інших криптовалют і токенів (тобто токенів ERC20[37]) з допомогою первинного розміщення монет (ICO) (*див. Розділ VII*).

Останні роки показали неймовірний потенціал віртуальних валют і токенів. Як і будь-яка нова технологія, віртуальні валюти стикаються з перешкодами та невизначеністю, які суттєво впливають на їхню ринкову ціну. Як обговорювалося в цій главі, невизначеність правової бази, яка застосовується до віртуальних валют і токенів, все ще є основною перешкодою для їхнього розвитку та прийняття на ринку.

35 Термін криптовалюта часто служить збірним терміном для різних криптоінструментів, охоплюючи як ті, які призначені як засіб платежу (справжні «монети» або «криптовалюти», такі як біткоїн), так і криптоінструменти, які мають корисність або інвестиційну функцію. В цьому розділі, ці останні корисні та інвестиційні інструменти називаються «токенами». Для більш детального огляду відмінностей і логіки, що стоїть за відмінністю між криптовалютами та токенами, див. A. Snyers і K. Pauwels, «De ITO: A new kid on the block in het kapitaalmarktenrecht», TBH 2019, Vol. 2, 179.

36 «Ether, крипто-паливо для мережі Ethereum», див: https://bit.ly/3qRfzOe

37 Ethereum просять надати коментар щодо технічного стандарту або універсальної мови, що використовуються для смартконтрактів на блокчейні Ethereum, що створює токени та призводить до торгівлі ними з іншими токенами в мережі Ethereum, https://bit.ly/32q1myf

II. ЗАКОНИ ПРО ЦІННІ ПАПЕРИ ТА ІНВЕСТИЦІЇ

i. РЕГУЛЯТОРИ ФІНАНСОВОГО РИНКУ

Фінансовий ринок Бельгії регулюється двома автономними наглядовими органами, а саме Управлінням з фінансових послуг та ринків[38] (FSMA) і Національним банком Бельгії (NBB).[39] FSMA і NBB відповідають за нагляд і моніторинг компаній, що працюють на фінансовому ринку Бельгії, і кожен з них має чітко визначені ролі.

FSMA захищає інтереси бельгійських фінансових споживачів і несе відповідальність за нагляд за фінансовими продуктами, фінансовою інформацією, опублікованою компаніями та постачальниками фінансових послуг.[40] У контексті віртуальних валют, FSMA «попереджає споживачів про ризики, пов'язані з використанням та зберіганням віртуальних валют».[41]

NBB несе особливу відповідальність за нагляд за поодинокими фінансовими установами (напр., кредитними установами, інвестиційними фірмами, платіжними установами, установами електронних грошей, страховими компаніями) та за належним функціонуванням фінансової системи в цілому.

ii. НОРМАТИВНА БАЗА, ЩО РЕГУЛЮЄ ФІНАНСОВІ РИНКИ

Оскільки в законодавстві Бельгії стосовно цінних паперів та інвестицій немає спеціальних положень щодо віртуальної валюти, у цьому документі розглядається чинна правова база, яка стосується цінних паперів та інвестицій. Ця нормативна база регулює фінансові інструменти, інвестиційні інструменти та фінансові продукти, а також потенційно може застосовуватися до віртуальних валют та учасників цього ринку.

Нормативна база, що регулює фінансові інструменти та інвестиційні послуги

Бельгійське законодавство про фінансові інструменти складається з Закону про інфраструктури ринку фінансових інструментів від 21 листопада 2017 року, який транспонує Директиву 2014/65 у національне законодавство (Закон про фінансові інструменти), та Закону про доступ до компаній з інвестиційних послуг, а також щодо правового статусу та нагляду за компаніями з управління портфелем та інвестиційних консультацій від 25 жовтня 2016 року (Закон про інвестиційні послуги).

38 Див.: https://bit.ly/3HdLbDA

39 Див.: https://bit.ly/3ADcpku

40 Це також стосується нагляду за обмінними пунктами та посередниками в банківських та інвестиційних послугах.

41 https://bit.ly/3IuDnNQ

Закон про фінансові інструменти та Закон про інвестиційні послуги є національними законами, що імплементують другу Директиву про ринки фінансових інструментів (MiFID II).[42] Ця законодавча база, заснована на MiFID, націлена на сприяння захисту інвесторів та на те, аби впоратись з новими торговими технологіями, практиками та видами діяльності.

Віртуальні валюти як фінансові інструменти

MiFID II та вищезгадані закони впроваджують їхнє застосування до певних типів організацій (наприклад, інвестиційних фірм або кредитних установ), які пропонують інвестиційні послуги та діяльність[43], пов'язану з фінансовими інструментами. Суть цього законодавства обертається навколо поняття фінансових інструментів.[44] Термін фінансові інструменти охоплює широкий спектр інструментів, включно з перевідними цінними паперами та похідними продуктами.[45]

Для учасників ринку важливо оцінити, чи підпадають віртуальні валюти під поняття фінансового інструменту. Для цієї оцінки важливою є відмінність, проведена в Розділі I.i між віртуальними валютами з односпрямованим потоком та віртуальними валютами з двонаправленим потоком. Перші дві категорії віртуальних валют, а саме закрита та з односпрямованим потоком, не треба вважати фінансовими інструментами. Віртуальні валюти закритої схеми не можуть бути отримані з допомогою законного платіжного засобу, а віртуальні валюти з однонаправленим потоком, хоча їх можна отримати з допомогою законного платіжного засобу, не можуть бути конвертовані назад у законний платіжний засіб або подібні інструменти.[46] Їх (обмежена) можливість переказу не дає змоги класифікувати їх як інвестиції.[47]

Ситуація щодо віртуальних валют з двонаправленим потоком є не настільки простою, оскільки не всі віртуальні валюти, які входять до цієї категорії, мають однакові характеристики. Нижче ми розрізняємо три різні характеристики віртуальних валют з двонаправленим потоком.

---

42 Директива 2014/65/ЄС від 15 травня 2014 року про ринки фінансових інструментів та внесення змін до Директиви 2002/92/ЄС та Директиви 2011/61/ЄС: https://bit.ly/38JIv3V

43 Визначається як «послуга або діяльність, детально описана нижче, яка стосується фінансових інструментів» і включає вісім різних послуг і видів діяльності, включаючи «отримання та передачу ордерів щодо одного або кількох фінансових інструментів», «виконання ордерів від імені клієнтів», або «керування багатосторонньою торговою системою», див. статтю 2(1) Закону про інвестиційні послуги.

44 Див. статтю 4, 15° MiFID II, яка посилається на розділ C Додатка I, де детально викладено перелік фінансових інструментів. Див. статтю 3, 16° Закону про фінансові інструменти, яка посилається на статтю 2, 1 Закону про нагляд за фінансовим сектором та фінансовими послугами від 2 серпня 2002 року.

45 Стаття 2(24) MiFID II.

46 Н Вандезанде, Віртуальні валюти: правова база, Кембридж, Intersentia, 2018, 321

47 Див. попереднє посилання, 322.

Вони використовуються:

a. як засіб платежу (монети або криптовалюти, які дозволяють власнику використовувати їх для оплати певних товарів і послуг, які купуються в Інтернеті (наприклад, використання біткоїн для онлайн-покупки сеансу з оздоровлення));

b. як засіб інвестування (інвестиційні токени, що надають власнику економічний інтерес у компанії, що стоїть за токеном, який пов›язаний з результатами діяльності компанії); або

c. з корисними цілями (токени корисності, що гарантують власнику доступ до певних товарів або послуг, які пропонуються на платформі емітента).[48]

У деяких конкретних випадках токен може мати навіть гібридну функцію: наприклад, Ether може використовуватися багатьма способами в мережі Ethereum, але він також функціонує як засіб платежу для покупки інших токенів у процесі ICO.[49]

Якщо віртуальна валюта з двонаправленим потоком є лише платіжним засобом або має лише функцію корисності, малоймовірно, що її можна вважати фінансовим інструментом відповідно до бельгійського законодавства. Криптовалюти та токени корисності не включені до переліку фінансових інструментів у Законі про фінансові інструменти, і вони не підпадають під визначення перевідних цінних паперів, оскільки вони не представляють права на компанію, яка випустила токен.[50] Водночас, проблема з криптовалютами та токенами корисності полягає в тому, що окрім їхнього основного використання, вони торгуються на біржах віртуальних валют і коливаються в ціні так само, як і інші віртуальні валюти, і тому, схоже, також мають певну інвестиційну функцію. Це можна проілюструвати на прикладі Siacoin.

Siacoin — це токен корисності, який можна використовувати на платформі зберігання даних Sia, децентралізованій платформі зберігання, яка:

a. використовує недостатньо використану ємність жорстких дисків у всьому світі для створення ринку зберігання даних;

b. дає змогу користувачам отримувати Siacoin, коли вони роблять доступним апаратні потужності своїх ноутбуків на користь платформи; та

c. дає змогу користувачам зберігати файли, сплачуючи за це у Siacoin.[51]

---

48 Таке розрізнення між платіжними токенами, токенами корисності та активів використовує FSMA (Повідомлення № FSMA_2017_20 від 13 листопада 2017 року про (первинне розміщення монет), див.: https://bit.ly/3rW4oTL, стр. 2, а також іншими органами фінансового ринку, такими як Швейцарський наглядовий орган за фінансовим ринком (FINMA), див.: https://bit.ly/3IM13NW; А. Снайерс, К. Пауелс, «ICO в Бельгії: у кролячу нору на юридично нічийну землю?» Частина 1', Огляд міжнародних компаній та комерційного права, 2018, випуск 8, 491.

49 А. Снайерс, К. Пауелс, op.cit., 487

50 Т. Спаас і М. Ван Рої, «Камо Грядеши, Біткоїн?», Computerrecht 2015/84, червень 2015 р., вид. 3, 118

51 Див.: https://bit.ly/3rSUNwW

Як емітент так і спільнота розглядають Siacoin як токен корисності, але особа, яка 7 січня 2016 року купила Siacoin на 1,000 USD за курсом 0,000017 USD (одержавши приблизно 59 мільйонів токенів Siacoin) і продала таку саму кількість токенів корисності через чотири роки, 7 січня 2020 року, за ціною 0,00139 USD, одержала б приблизно 81,010 USD прибутку всього за чотири роки.[52] Навіть якщо основна мета Siacoin є корисність, вона на практиці функціонує як засіб інвестування.

Крім цього прикладу, безперечно, що певні віртуальні валюти з двонаправленим потоком можуть служити в першу чергу інвестиціями, особливо якщо валюта емітується приватною компанією в рамках ICO і має характеристики, які дають інвесторам право на частку в прибутках цієї блокчейн-компанії і надає право голосу або надає права на певний відсотковий дохід.[53] У цих сценаріях токени виражають певне право емітенту (як і перевідні цінні папери), а їхня вартість пов'язана з успіхом бізнесу компанії. Тому віртуальні валюти з такими характеристиками можна вважати фінансовим інструментом, відповідно до бельгійського законодавства.

Зобов'язання відповідно до Закону про фінансові інструменти та Закону про інвестиційні послуги

Якби віртуальні валюти з двонаправленим потоком вважалися фінансовими інструментами згідно з бельгійським законодавством, учасники ринку віртуальних валют, які надають інвестиційні послуги[54], пов'язані з віртуальними валютами, повинні були б дотримуватися певних зобов'язань щодо прозорості чи ліцензування, або і того й іншого,[55] які накладаються вищезгаданим фінансовим законодавством, яке включає зобов›язання щодо правил поведінки[56]: діяти у чесний, справедливий та професійний спосіб, що найкраще відповідає інтересам клієнта; надавати клієнтам інформацію, яка є зрозумілою, справедливою та не вводить в оману; і пропонувати послуги, спеціально пристосовані до ситуації клієнта.

Нормативна база, що регулює інвестиційні інструменти

Законодавча база, яка регулює інвестиційні інструменти, складається з Закону про публічне розміщення цінних паперів від 2018 року (Закон про розміщення).[57]

52 Див.: https://bit.ly/3r71VGF

53 Див.: https://bit.ly/34hNyq1; А. Снайерс, К. Пауелс, «ICO в Бельгії: у кролячу нору на юридично нічийну землю?» Частина 1', Огляд міжнародних компаній та комерційного права, 2018, випуск 8, 489.

54 Бельгійський закон про інвестиційні послуги, який імплементує в бельгійське законодавство певні положення MiFID II, має на меті організувати доступ до інвестиційних послуг та їх надання, які він визначає як «послугу або діяльність, детально описану нижче, що стосується фінансових інструментів» і включає наступні вісім послуг та/або видів діяльності див. статтю 2(1) Закону про інвестиційні послуги.

55 Наприклад, стаття 6 Закону про інвестиційні послуги говорить, що «інвестиційні фірми, які регулюються бельгійським законодавством, повинні, перш ніж почати свою діяльність, отримати один із наведених нижче дозволів від наглядового органу, незалежно від місця, де вони будуть здійснювати свою діяльність».

56 Див. «Підрозділ 9, «Правила ринку», статті 30–34 Закону про фінансові інструменти.

57 Закон про публічні пропозиції інвестиційних інструментів та допуск інвестиційних інструментів на регульований ринок від 11 липня 2018 року (Закон про розміщення), бельгійський державний вісник, 20 липня 2018 року.

Закон про розміщення вимагає, вимагає складання проєкту для публічного розміщення інвестиційних інструментів. Перелік таких інструментів можна знайти в статті 3(1) Закону про розміщення. Сфера його застосування дуже широка, оскільки інвестиційні інструменти охоплюють загальну категорію «всіх інших інструментів, які дозволяють здійснювати фінансові інвестиції, незалежно від основних активів».[58] Оскільки всі віртуальні валюти торгуються на біржових платформах, і оскільки їхня дуже волатильна природа призводить до спекуляцій на ринку, можна стверджувати, що віртуальні валюти з двонаправленим потоком підпадають під визначення інвестиційного інструменту з Закону про розміщення.[59] Таким чином, компанії, що пропонують ці віртуальні валюти громадськості та певним посередникам, які діють від їх імені, за певних обставин повинні відповідати вимогам щодо розміщення.[60]

Керівні настанови FSMA та регулювання FSMA щодо фінансових продуктів

FSMA застосовує досить нейтральний підхід до віртуальних валют, поклавши на учасників ринку обов'язок самостійно оцінювати, чи підпадатиме та чи інша віртуальна валюта під вищезгадане фінансове законодавство. FSMA зазначає, що ця оцінка має ґрунтуватися на конкретних характеристиках віртуальної валюти, і зазначає, що нормативний статус віртуальних валют має оцінюватися в кожному окремому випадку.[61]

Окрім нейтральної позиції FSMA щодо віртуальних валют та відсутності в Бельгії спеціального законодавства щодо віртуальних валют, FSMA прийняла постанову, яка застосовується до фінансових продуктів (які можуть вважатися фінансовими інструментами, як це обговорювалося раніше). Ця постанова забороняє «вести професійну діяльність з розповсюдження одному або кільком роздрібним клієнтам фінансового продукту, дохідність якого прямо чи опосередковано залежить від віртуальних грошей»[62]. Ця заборона на розповсюдження фінансових продуктів, які визначаються як ощадні, інвестиційні або страхові продукти[63], стосується віртуальних грошей, які, зі свого боку, визначаються як «будь-яка форма нерегульованої цифрової валюти, яка не є законним платіжним засобом». Ця заборона застосовуватиметься до деривативів, якщо дохідність прямо чи опосередковано залежить від віртуальної валюти.

58 Стаття 3, розділ 1, 11° Закону про розміщення.

59 А. Снайерс, К. Пауелс, «ICO в Бельгії: у кролячу нору на юридично нічийну землю?» Частина 1', Огляд міжнародних компаній та комерційного права, 2018, випуск 8, 499.

60 Стаття 7 Закону про розміщення.

61 Див. https://bit.ly/3rW4oTL, стр.2.

62 Стаття 2(2) Постанови FSMA від 3 квітня 2014 року, затвердженого Королівським указом від 24 квітня 2014 року, опублікованого в бельгійському офіційному віснику 20 травня 2014 року; повний текст див.: https://bit.ly/3r6YPm6

63 Стаття 2, 39 Закону про нагляд за фінансовим сектором і фінансовими послугами від 2002 року: https://bit.ly/37WpviN

Це означає, наприклад, що біржовим інвестиційним фондам (ETF),[64] які інвестуватимуть гроші інвесторів у віртуальні валюти, буде заборонено пропонувати свої послуги в Бельгії. Це дуже актуально з огляду на численні запити щодо створення ETF віртуальних валют, які постійно відхилялися Комісією з цінних паперів і бірж США (SEC).[65]

У пояснювальній записці, що додається до постанови, FSMA описує різні ризики, пов'язані з віртуальними грошима, від злому торгових платформ до браку контролю з боку органів влади та волатильності цін. FSMA також описує кілька нечесних практик, які були виявлені щодо деривативних криптовалютних продуктів, коли розповсюдження таких деривативних фінансових продуктів серед споживачів призвело до значних втрат для відповідних інвесторів. Це чітко вказує на те, що FSMA має намір використовувати цей положення для захисту дрібних роздрібних клієнтів та інвесторів від цих дуже складних фінансових продуктів.

III. БАНКІВСЬКІ ТА ГРОШОВІ ПЕРЕКАЗИ

i. ДИРЕКТИВА ПРО ЕЛЕКТРОННІ ГРОШІ

Закон від 11 березня 2018 року щодо емісії електронних грошей (е-грошей) (Закон про е-гроші),[66] який є бельгійським законом, що реалізує положення Директиви про електронні гроші,[67] має на меті сприяти появі нових, інноваційних та безпечних сервісів електронних грошей, а також стимулювати ефективну конкуренції між усіма учасниками ринку.

Закон про е-гроші визначає електронні гроші як «електронно, у тому числі магнітно, розміщену грошову вартість, яка представлена вимогою до емітента, що випускається після отримання коштів, з метою здійснення платіжних операцій. . . і яка приймається фізичною або юридичною особою, відмінною від емітента електронних грошей».[68] Тільки віртуальні валюти двонаправленого потоку[69] можуть мати

64 «Біржовий інвестиційний фонд (ETF) — це інструмент пасивного інвестування, який відстежує базові контрольні індекси (такі як індекс NASDAQ-100, S&P 500, Dow Jones та інші), товари, облігації або портфелі активів і відтворює їх результати. ETF можна торгувати як звичайною акцією на біржах, поєднуючи диверсифіковані вклади фонду з оборотними акціями низької вартості»: https://bit.ly/3L3wx4b

65 https://bit.ly/3s1iBP8, https://bloom.bg/3HctOCT, https://cnb.cx/35BoviJ

66 Стаття 1 Розділ 3, 3° та 4° Бельгійського закону про електронні гроші

67 Директива 2009/110/ЄС від 16 вересня 2009 року про започаткування та здійснення діяльності установами-емітентами електронних грошей і пруденційний нагляд за нею, яка вносить зміни до Директив 2005/60/ЄС та 2006/48/ЄС та скасовує Директиву 2000/46/ЄС, див: https://bit.ly/3rQ4kpK

68 Стаття 2(2) Директиви про електронні гроші та стаття 2, 77° Бельгійського Закону про електронні гроші.

69 Оскільки віртуальні валюти закритої схеми неможливо отримати з допомогою законного платіжного засобу або обміняти назад на законний платіжний засіб, вони не підпадають під визначення е-грошей (які мають бути «емітовані після отримання коштів»). Те ж саме стосується віртуальних валют односпрямованого потоку, які мають обмежену можливість переказу і не можуть бути повернуті в законний платіжний засіб. Хоча див. визначення електронних грошей у Н.Вандезанде, Віртуальні валюти: правова база, Кембридж, Intersentia, 2018, 222–223.

певну схожість з цим визначенням електронних грошей, тобто вони зберігаються в електронному вигляді і деякі віртуальні валюти приймаються як засіб платежу іншими сторонами. Однак віртуальні валюти не повинні вважатися електронними грошима відповідно до Закону про е-гроші. Основний аргумент, що підтверджує це, полягає в тому, що віртуальні валюти випускаються не після отримання коштів, оскільки віртуальна валюта створюється в цифровому вигляді.[70]

Вимога, яка необхідна для електронних грошей, випускається після отримання коштів, і означає, що емітент електронних грошей не може просто створювати нові одиниці електронних грошей, оскільки лише центральні банки мають монополію на створення грошей.[71] Однак це саме те, що робить емітент віртуальної валюти: цифрове створення певної кількості віртуальних валют за допомоги спеціального програмного забезпечення. Крім того, віртуальні валюти зазвичай не створюють вимоги до емітента, за винятком певних віртуальних валют двонаправленого потоку, які можна вважати засобом інвестування.[72]

Нарешті, з кількох бельгійських законів, які посилаються на віртуальні валюти (серед них Закон про ПВК, розглянутий у розділі IV), також очевидно, що між електронними грошима та віртуальними валютами проводиться розмежування. Хоча додаткові роз'яснення бельгійської влади з цього приводу не були б зайвими, не схоже на те, що ці визначення можуть збігатися. Отже, віртуальні валюти, не підпадають під дію бельгійського законодавства щодо електронних грошей.[73]

ii. ДИРЕКТИВА ПРО ПЛАТІЖНІ ПОСЛУГИ

Платіжні послуги регулюються на рівні ЄС Директивою про платіжні послуги II (PSD II)[74], яка була транспонована в бельгійське законодавство через прийняття відповідного Закону від 11 березня 2018 р.[75] (Закон про платіжні послуги).

---

70 Н. Вандезанде, op.cit., 272; за словами генерального директора Coinbase UK Зішана Феруза, Coinbase буде дозволено випускати електронні гроші та надавати платіжні послуги, див: https://bit.ly/3HScnYN

71 Н. Вандезанде, op.cit., 218.

72 Див. Розділ II «Віртуальні валюти як фінансові інструменти чи інвестиційні послуги».

73 Зазначимо, що Директива про електронні гроші та Закон про е-гроші запровадили систему ліцензій, які установи можуть отримати тільки якщо задовільняють певним вимогам. Незважаючи на те, що віртуальні валюти не вважаються е-грошима, цікаво бачити те, що деякі учасники, такі як біржова платформа Coinbase, зайняли активну позицію стосовно нормативної бази щодо електронних грошей. 21 березня 2018 року Coinbase отримала ліцензію на електронні гроші від Управління фінансового контролю Великобританії, що означає, що Coinbase прагне розширити свою діяльність за межі віртуальних валют або очікує змін у законодавстві про електронні гроші, див: https://bit.ly/34G5Qlz

74 Директива (ЄС) 2015/2366 Європейського Парламенту та Ради від 25 листопада 2015 року про платіжні послуги на внутрішньому ринку, що вносить зміни до Директив 2002/65/ЄС, 2009/110/ЄС, 2013/36/ЄС та Регламенту (ЄС) № 1093/2010 та скасовує дію Директиви 2007/64/ЕС, див: https://bit.ly/3GQJnPP

75 Закон від 11 березня 2018 року про правовий статус та нагляд за платіжними установами та установами електронних грошей, доступ до діяльності постачальників платіжних послуг та емісію електронних грошей, а також доступ до платіжних систем – https://bit.ly/3s1mrsz. Стаття 107 PSD II передбачає повну гармонізацію, а саме, що «держави-члени не можуть ні залишити, ні ввести в дію положення, які відрізняються від тих, що містяться в Директиві», що передбачає, що законодавство ЄС щодо платіжних послуг повністю гармонізоване в усьому ЄС.

PSD II та Закон про платіжні послуги мають на меті регулювання платіжних послуг та постачальників платіжних послуг, а також адаптацію захисту прав споживачів та прав і обов'язки для постачальників та користувачів платіжних послуг.

Хоча Закон про платіжні послуги не регулює емісію віртуальних валют, виникає питання, чи надають певні учасники ринку віртуальних валют послуги, які можна вважати платіжними послугами, і чи можна розглядати цих учасників як частину певної обмеженої кількості постачальників платіжних послуг[76], які мають монополію на надання таких послуг у Бельгії.[77] Якщо так, будь-який постачальник платіжних послуг повинен отримати ліцензію від NBB, перш ніж зможе пропонувати платіжні послуги в Бельгії.[78]

Закон про платіжні послуги визначає платіжні послуги як будь-які платіжні послуги, що наведені в Додатку I, де перелічено вісім різних видів платіжних послуг, включно з виконанням платіжних операцій, переказ грошей, послуги ініціювання платежів та послуги з надання інформації про рахунок.[79] Це визначення здається дуже широким, але ця широкість пом›якшується кількома виключеннями у статті 3 Закону про платіжні послуги. Наприклад, згідно з виключенням щодо обмежених мереж, послуги, засновані на платіжному інструменті, «що надає змогу власнику придбати товар або послугу лише на території емітента» або «який може використовуватися лише для придбання дуже обмеженого кола товарів або послуг», не підпадають під дію Закону про платіжні послуги.[80]

На основі цього останнього винятку віртуальні валюти закритої схеми та більшість віртуальних валют з односпрямованим потоком можуть бути виключені на основі їхньої (відсутньої або обмеженої) можливості переказу. Цей виняток може застосовуватися навіть до певних віртуальних валют двонаправленого потоку, якщо їх використання обмежено відповідно до того, що описано вище.[81] Чи підпадатимуть постачальники послуг віртуальних валют під дію Закону про платіжні послуги буде оцінюватись в кожному окремому випадку з урахуванням фактичних обставин.

---

76 Тобто кредитні установи; установи електронних грошей; Bpost; ЄЦБ; федеральні, регіональні, громадські та місцеві бельгійські органи влади, якщо вони не діють як державні органи; та платіжні установи.

77 Стаття 1 PSD II та аналогічна стаття 1 Закону про платіжні послуги.

78 Стаття 6 Закону про платіжні послуги.

79 1. Послуги, що дозволяють розміщувати готівку на платіжному рахунку, а також всі операції, необхідні для роботи з платіжним рахунком; 2. Послуги, що дозволяють зняти готівку з платіжного рахунку, а також всі операції, необхідні для роботи з платіжним рахунком; 3. Здійснення платіжних операцій, включаючи перекази коштів на платіжний рахунок через постачальника платіжних послуг користувача або іншого постачальника платіжних послуг: (a) виконання прямого дебетування, включаючи одноразові прямі дебети; (b) виконання платіжних операцій із допомогою платіжної картки або аналогічного пристрою; (c) виконання кредитних переказів, включаючи постійні доручення; 4. Здійснення платіжних операцій, коли кошти покриваються кредитною лінією для користувача платіжної послуги: (a) виконання прямого дебетування, включаючи одноразові прямі дебети; (b) виконання платіжних операцій із допомогою платіжної картки або аналогічного пристрою; (c) виконання кредитних переказів, включаючи постійні доручення; 5. Випуск платіжних інструментів та/або еквайринг платіжних операцій; 6. Здійснення грошових переказів; 7. Послуги ініціювання платежів; 8. Інформаційні послуги щодо рахунків.

80 Стаття 3(k) Закону про платіжні послуги; Н Вандезанде, Віртуальні валюти: правова база, Кембридж, Intersentia, 2018, 258

81 Н Вандезанде, Віртуальні валюти: правова база, Кембридж, Intersentia, 2018, 272

IV. ПРОТИДІЯ ВІДМИВАННЮ КОШТІВ

На рівні ЄС, Четверта Директива про ПВК (AMLD4),[82] транспонована в бельгійське законодавство через прийняття Закону від 18 вересня 2017 року про запобігання відмиванню коштів та фінансуванню тероризму (Закон про ПВК),[83] має на меті активізувати зусилля для ефективної боротьби з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму. Це робиться за допомогою накладення певних зобов'язань щодо оцінки ризиків та зобов'язань щодо ідентифікації клієнтів (знай свого клієнта (KYC)) та введення процедур моніторингу операцій для підзвітних суб›єктів (тобто певних фінансових та кредитних установ, а також певних юридичних та фізичних осіб під час здійснення їхньої професійної діяльності).

Закон про ПВК поширюється на товари та майно, отримані в результаті злочинної діяльності, а також на кошти, що використовуються для фінансування тероризму.[84] Хоча віртуальні валюти можна розглядати як товари або майно, так і кошти, Закон про ПВК накладає зобов›язання щодо звітності тільки на підзвітних суб›єктів.[85] Є вичерпний список типів таких установ. З 15 серпня 2020 року до цього списку включено дві категорії учасників ринку віртуальних валют[86] (тобто «постачальники послуг обміну між віртуальними валютами та фіатними валютами, які створені на території Бельгії та зазначені в указі, прийнятому відповідно до пункту 2 цього параграфу» та «постачальники послуг з управління портфелем, які засновані на території Бельгії та згадані в указі, прийнятому на виконання пункту 2 цього параграфу»).[87] «Постачальники послуг з управління портфелем» далі визначаються як «установи, які надають послуги з утримання приватних криптографічних ключів від імені [своїх] клієнтів з метою зберігання, розміщення та переказу віртуальних валют».[88]

Закон про ПВК передбачає, що Королівський указ встановить умови, за яких ці учасники ринку повинні будуть зареєструватися в FSMA, а також умови, що застосовуватимуться для здійснення їх діяльності та контролю за нею.[89] Королівський указ знаходиться на стадії розроблення.

82 Директива 2015/849 від 20 травня 2015 року про запобігання використанню фінансової системи з метою відмивання коштів або фінансування тероризму, яка вносить зміни до Регламенту (ЄС) № 648/2012 Європейського Парламенту та Ради та скасовує Директиву 2005/60/ЕС Європейського Парламенту та Ради та Директиву Комісії 2006/70/ЕС

83 Статті 2, 3 та 5 Закону про ПВК

84 Стаття 3 Закону про ПВК

85 Стаття 4, пункт 18 Закону про ПВК

86 Див. стаття 5, Розділ 1, абзац 1, 14/1 та 14/2 Закону про ПВК

87 Ця законодавча зміна є транспонуванням Директиви (ЄС) 2018/843 Європейського Парламенту та Ради від 30 травня 2018 року, яка вносить зміни до Директиви 2015/849 про запобігання використання фінансових систем з метою відмивання коштів або фінансування тероризму та до Директив 2009/138/ЄС та 2013/36/ЄС (AMLD5).

88 Див. стаття 4, 35/2 Закону про ПВК

89 Див. стаття 5, Розділ 1, абзац 2

Цей закон забезпечить більшу прозорість на ринку та певною мірою перешкоджатиме незаконній діяльності. Проте, цілком ймовірно, що численні способи зберігання, розміщення та переказу віртуальних валют не підпадають під дію цього законодавства, а це означає, що власники віртуальної валюти не завжди підпадатимуть під дію KYC або процедур моніторингу транзакцій, які проводяться новими підзвітними суб'єктами відповідно до AMLD5.

V. РЕГУЛЮВАННЯ БІРЖ

Біржі віртуальних валют відіграють ключову роль. Вони пропонують користувачам послуги з обміну і дають змогу їм одержувати віртуальні валюти з допомогою фіатних грошей або інших віртуальних валют.[90] За винятком Закону про ПВК, який обговорено вище, не існує спеціального законодавства, яке б регулювало діяльність бірж з віртуальних валют. Закон про фінансові інструменти та Закон про інвестиційні послуги – це два закони загального застосування, які застосовувалися б до бірж віртуальних валют двонаправленого потоку, якби віртуальні валюти розглядалися як фінансові інструменти. Той факт, що біржа з віртуальних валют Blocktrade.com зверталася за дозволом до Європейського управління фінансових ринків згідно з MiFID II, схоже, свідчить про те, що деякі біржі дійсно вважають, що вони підпадають під дію фінансового законодавства.[91]

VI. РЕГУЛЮВАННЯ МАЙНЕРІВ

Майнери також відіграють важливу роль у мережах віртуальних валют. Основною діяльністю майнерів є перевірка транзакцій віртуальних валют через вирішення криптографічної головоломки, для якої вони використовують спеціалізоване обладнання для майнингу. В обмін на це, або як винагороду, вони отримують певну кількість щойно видобутих віртуальних валют. У деяких випадках майнери можуть одержувати додатковий відсоток від комісії за операції користувачів, які потребують швидшого підтвердження транзакції.

90 Coinbase є однією з численних бірж на ринку. https://bit.ly/3LD5TiG

91 Нова криптовалютна біржа націлена на відповідність європейським регуляторним нормам», Forbes.com, 30 липня 2018 р., див. https://bit.ly/3Brx9fg. Через відсутність ясності щодо того, яке законодавство застосовується до бірж віртуальних валют, вони, схоже, займають дуже обережну позицію. На вебсайті Kraken біржа зазначає, що «юридичний статус біткоїна все ще визначається, але Kraken використовує дуже проактивний та поінформований підхід до забезпечення дотримання законів», і «наш підхід полягає в тому, щоб діяти консервативно, повністю в межах чинного законодавства і постійно відстежувати зміни в нормативно-правових актах, щоб ми могли передбачити зміни до того, як вони відбудуться».

В Бельгії немає спеціального законодавства, яке б регулювало діяльність майнерів. Тим не менш, будь-яка фізична або юридична особа, яка заробляє гроші через майнинг, все ще може підпадати під дію бельгійського податкового законодавства і, можливо, їй доведеться сплачувати податок на прибуток фізичних або юридичних осіб[92].

VII. РЕГУЛЮВАННЯ ЕМІТЕНТІВ ТА СПОНСОРІВ

i. ПЕРВИННЕ РОЗМІЩЕННЯ МОНЕТ, ПЕРВИННЕ РОЗМІЩЕННЯ ТОКЕНІВ ТА ПОДІЇ, ЩО ГЕНЕРУЮТЬ ТОКЕНИ

У першому кварталі 2018 року понад $6,3 мільярда було інвестовано в усьому світі в компанії з віртуальних валют через продаж криптоінструментів і цифрових токенів. Протягом перших 10 місяців 2019 року понад 380 проєктам з віртуальних валют вдалося залучити ще $4,1 мільярда.[93] Ці публічні продажі мають різні назви і називаються ICO, первинним розміщенням токенів та подіями, що генерують токени. В рамках цього розділу, з огляду на широке поширення терміна ICO, різні види публічних продажів криптоінструментів ми будемо називати спільним терміном – ICO.

Згідно з FSMA, ICO — це операції, з допомогою яких «розробники проєкту пропонують громадськості цифрові токени через Інтернет як спосіб фінансування розвитку проєкту». Хоча ICO значною мірою нагадують первинні публічні пропозиції та кампанії з краудфандингу, ICO, здебільшого, все ще не регулюються і часто проводяться компаніями без жодної підтвердженої репутації чи цінного продукту, що робить їх ризикованими інвестиціями.[94]

Успіх компаній з віртуальних валют в Бельгії дуже відносний у порівнянні з іншими юрисдикціями, такими як Швейцарія чи Німеччина. На сьогоднішній день, в Бельгії ще не проводилось ICO, хоча збільшення активності та поінформованості про віртуальну валюту, безумовно, вплине на Бельгію в найближчі роки.

92 Див. Розділ IX.

93 https://bit.ly/3ByXFmV, та PwC/CryptoValley 6-й Звіт про ICO/STO, весна 2020, доступно за посиланням: https://pwc.to/3JBAg7h

94 Натомість ці компанії обіцяють у майбутньому розробити певний продукт або послугу на основі блокчейну за кошти, які вони зібрали через ICO. За гроші, які вони отримують від продажу токенів (що може становити більше $1 мільярда за одне ICO), ці компанії нададуть токени, які даватимуть власникам певні переваги в майбутньому (доступ до платформи, знижки на продукти або послуги, які будуть розвиватися тощо). «Telegram залучив $1,7 млрд. з допомогою двох приватних попередніх продажів, що робить його найбільшим ICO в історії. Повідомляється, що популярний мессенджер планує побудувати екосистему сервісів на основі токенів, створених у додатку месенджера, таких як розподілене сховище файлів і мікроплатежі для безпосередніх транзакцій», див: https://bit.ly/354JOsv

ii. НОРМАТИВНО-ПРАВОВА БАЗА БЕЛЬГІЇ, ЩО ЗАСТОСОВУЄТЬСЯ ДО ICO

Наразі не існує спеціального законодавства, спрямованого на проведення ICO, тому немає спеціальних нормативних вимог для компаній, які планують продаж токенів у Бельгії. Проте чинне законодавство може застосовуватися до ICO.[95] Як зазначено в Розділі II, фінансове законодавство може застосовуватися до певних віртуальних валют двонаправленого потоку, залежно від конкретних характеристик емітованої віртуальної валюти (тобто, чи є вони засобом платежу, інвестиційними токенами або токенами корисності). Такою є поточна позиція FSMA, а також інших органів влади з фінансових ринків в усьому світі.[96]

13 листопада 2017 року FSMA оприлюднила повідомлення про ICO, в якому попередила емітентів ICO, що їхні операції можуть підпадати під сферу застосування різних законів ЄС та Бельгії.[97] У цьому повідомленні чітко проявляється обережна позиція FSMA щодо застосовної правової бази щодо ICO в Бельгії. FSMA не хотіла виключати жодного закону апріорі.

На перший погляд, не всі бельгійські закони, на які посилається FSMA у своєму повідомленні, здаються такими, що не застосовуються до емітентів ICO. Наприклад, емітенти ICO не підпадають під дію Закону про ПВК, незважаючи на прийняття бельгійським законодавчим органом поправок до AMLD5, які визначають (лише) платформи з обміну віртуальних валют та постачальників кастодіальних гаманців як підзвітних суб›єктів.[98] Крім того, не зрозуміло як емітенти ICO підпадають під дію бельгійського закону про краудфандинг[99], оскільки цей закон застосовується до постачальників послуг краудфандингу, які організовують альтернативні інвестиції через альтернативну інвестиційну платформу. Згідно з чинним законодавством, ці альтернативні інвестиції визначаються як «послуги, що складаються з продажу інвестиційних інструментів через вебсайт або будь-які інші електронні засоби, що надаються корпоративними емітентами».[100]

На закінчення, схоже, що основним законодавством, якого емітенти ICO повинні дотримуватися, запускаючи віртуальну валюту, яка може вважатися інвестиційним інструментом на бельгійському ринку, є Закон про проспекти.

---

95 А. Снайєрс, К. Пауелс, op.cit., 484

96 Те саме стосується Сполучених Штатів, Японії, Великобританії, Франції, Німеччини, Швейцарії, Гонконгу та інших. Див. Autonomous Next, використовуючи аналіз Bloomberg, станом на 19 березня 2018 року, Thomas Reuters, Latham & Watkins LLP, стр. 98–106, див: https://bit.ly/3rVG5Xb

97 У своєму повідомленні FSMA попереджає емітентів ICO, що їхні операції можуть підпадати під дію різних директив ЄС, включаючи MiFID II, AMLD4, Директиву про управлінців фондів альтернативних інвестиційних і Директиву про проспекти, а також численні закони Бельгії, включаючи AMLD4 та Закон про ПВК, Закон про проспекти та Королівський указ від 24 квітня 2014 року про заборону на комерціалізацію пропозиції фінансових продуктів споживачам без професійної діяльності (як обговорено в Розділі II.iii).

98 Див. Розділ IV.

99 Закон від 18 грудня 2016 року, який регулює визнання та розмежування краудфандингу та містить різні фінансові положення (Закон про краудфандинг).

100 Стаття 4, 2° Закону про краудфандинг.

Відповідно до чинного Закону про проспекти, для кожної публічної пропозиції інвестиційних інструментів загальною вартістю 5 мільйонів євро[101] або більше має бути складена спеціальна брошюра. Цей документ має бути затверджений FSMA, перш ніж він стане доступним для громадськості.[102] Як форма, так і зміст брошюри регулюються. Вона, зокрема, має включати «короткий опис ризиків, пов'язаних із відповідними інвестиціями, а також істотні характеристики цієї інвестиції, включно зі всіма правами, пов'язаними з цінними паперами», а також «причини розміщення пропозиції та призначене використання зібраних коштів».[103]

VIII. КРИМІНАЛЬНЕ ТА ЦИВІЛЬНЕ ШАХРАЙСТВО І ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

Віртуальні валюти схильні до використання у рамках злочинної діяльності, і експоненційне зростання вартості віртуальних валют не залишилося непоміченим кіберзлочинцями. Тільки в Бельгії упродовж 2017 року було зафіксовано понад 300 випадків шахрайства або крадіжок, пов'язаних з біткоїнами, і ця кількість була перевищена за перші п'ять місяців 2018 року з понад 329 скаргами.[104] У 2019 році бельгійці втратили приблизно 3 мільйони євро в наслідок шахрайства, пов'язаного з біткоїнами, хоча ця цифра здебільшого ігнорується, оскільки вона охоплює лише випадки, про які було повідомлено.[105] Злочинна діяльність, зокрема проти користувачів віртуальної валюти, може відбуватися на біржах віртуальної валюти[106] під час операцій із віртуальною валютою[107] або за простого утримання віртуальної валюти в гаманці користувача.[108] Крім того, певний ступінь анонімності, який пропонують віртуальні валюти, робить їх привабливими для переказу нелегально отриманих коштів.

На сьогоднішній день у Бельгії не прийнято жодного конкретного кримінального законодавства щодо віртуальних валют. На відміну від інших юрисдикцій, законне використання цих валют не заборонено в Бельгії.[109]

---

101 Стаття 22, Розділ 1 Закону про проспекти; Винятки з цього принципу наведено в статті 3, Розділ 2 Закону про проспекти.

102 Стаття 23 Закону про проспекти.

103 Стаття 24 Розділ 2 b) і d) Закону про проспекти.

104 «Kris Peeters met en garde contre une fraude aux cryptomonnaies en plein essor», Див. https://bit.ly/3LLOEMf

105 «Belgen verloren vorig jaar zeker 3 miljoen euro aan cryptomunten», De Tijd, 8 травня 2020 року. Див. https://bit.ly/3BFI3iF

106 Відома крадіжка з Mt Gox, під час якої хакери вкрали криптовалют на суму близько $473 мільйонів, і злом DAO, що призвело до втрати криптовалют на суму близько $70 мільйонів.

107 «Хакер заробив понад $18 мільйонів у подвійній атаці на мережу Bitcoin Gold», див.: https://bit.ly/3v2T6Ai

108 Злом гаманців віртуальних валют, які можна зберігати онлайн, локально на жорсткому диску комп'ютера, USB-накопичувачі або навіть офлайн у холодних гаманцях, безумовно, є однією з найбільш чутливих питань. Для отримання додаткової інформації про гаманці віртуальних валют та ризики безпеки, див.: Т. Спаас і М. Ван Рої, «Камо Грядеши, Біткоїн?», Computerrecht 2015/84, червень 2015 р., вид. 3, 114

109 Наприклад, Еквадор заборонив віртуальні валюти і зокрема біткоїн ще у 2014 році, див.: https://bit.ly/34XhTeg

Тим не менш, незаконне використання віртуальних валют або незаконна діяльність, пов'язана з віртуальними валютами, підпадають під дію кримінального законодавства Бельгії або спеціального законодавства щодо правопорушень, пов›язаних з використанням комп›ютера (*див. Розділ VIII.ii*).

i. ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ БЕЛЬГІЙСЬКОГО КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Відповідно до загальних положень бельгійського законодавства є принаймні три кримінальні правопорушення, які можуть застосовуватися до незаконної діяльності, пов'язаної з віртуальними валютами.[110]

Перше кримінальне правопорушення — звичайна крадіжка, яка охоплюється статтею 461 бельгійського кримінального кодексу, в якій йдеться, що «кожний, хто обманним шляхом привласнює щось, що йому не належить, винний у крадіжці». Крадіжка віртуальних валют, як і будь-яких інших форм активів або товарів, карається позбавленням волі на строк до п'яти років і штрафом до 4000 євро[111]. Однак у Бельгії є суперечки щодо того, чи нематеріальні об'єкти (наприклад, дані – а віртуальні валюти за своєю суттю є даними) можуть бути об'єктом крадіжки.

Другим кримінальним правопорушенням є шахрайство, заборонене статтею 496 Кримінального Кодексу, яке також може бути дуже актуальним щодо віртуальних валют. Шахраєм вважається особа, яка:

«з наміром привласнити майно, що належить іншій особі, забирає або одержує гроші, рухоме майно, зобов›язання, списання, звільнення від боргів. . . або через використання фальшивих імен та документів, або через використання хитрощів, щоб змусити повірити в існування фальшивих компаній з уявними можливостями або уявним кредитом, щоб очікувати або викликати успішний результат, нещасний випадок або будь-яку іншу таємничу подію , або іншим чином зловживати довірою чи легковірністю.»

Цей опис охоплює широкий спектр ситуацій, які можуть стосуватися нечесного продажу віртуальних валют, а також підроблення торгових платформ і бірж віртуальних валют. Як приклад такого широкого охоплення, FSMA, після численних скарг громадян Бельгії, опублікував на своєму вебсайті – та регулярно оновлює – чорний список торгових платформ з віртуальних валют, які підозрюються в

110 Крім крадіжки та шахрайства, відмивання коштів, отриманих незаконним шляхом, також є значною злочинною діяльністю, яка за певних умов може бути покарана за досить широко описаним кримінальним правопорушенням, передбаченим статтею 505 Кримінального Кодексу Бельгії, яка зазначає: «Покарання від 15 днів до 5 років позбавлення волі та/або штраф від 26 до 100 000 євро мають накладатися на таких осіб: 1. Тих, хто незаконно отримав деякі або всі речі, вилучені, перенаправлені або одержані через скоєння злочину»

111 У статті 263 Кримінального Кодексу зазначена сума до 500 євро, яка для кримінальних санкцій має бути помножена на вісім. Закон від 25 грудня 2016 року про внесення змін до Закону від 5 березня 1952 року про надбавку до кримінальних штрафів передбачає, що з 1 січня 2017 року кримінальні штрафи помножуються на вісім замість шести.

обмані людей з метою змусити їх інвестувати гроші у віртуальні валюти через біржу. У багатьох випадках це платформи, де люди інвестують гроші у віртуальні валюти, але ніколи не одержують валюти чи відшкодування.[112] Іншою формою шахрайства може бути шахрайське ICO за участю фізичної або юридичної особи, яка переконує потенційних інвесторів купити токени, які в результаті виявляються фейковими, а фізична чи юридична особа раптово зникає разом із грошима інвесторів.

Шахрайство пов›язане з віртуальними валютами, як і будь-якою іншою формою активів, карається позбавленням волі на строк до п›яти років і штрафом до 24 000 євро.[113]

Третє кримінальне правопорушення стосується відмивання коштів, яке заборонено статтею 505 Кримінального Кодексу. У цьому положенні, зазначено, що на «тих, хто купив, отримав безкоштовно, володів, зберігав, управляв товарами, зазначеними у статті 42,3° [грошова вигода, яка напряму походить від злочину, або товари та цінності, які були отримані з допомогою неї, та дохід від її інвестування], тоді як вони знали або мали б знати про походження цих товарів на початок цих операцій», а також «тих, хто буде переробляти або передавати товари, зазначені в статті 42.3°, для приховування або маскування їхнього незаконного походження або допомогати будь-якій особі, замішаній у злочині, звідки ці товари походять, в уникненні правових наслідків за свої дії» повинно накладатися покарання від 15 днів до п'яти років ув'язнення або штраф у розмірі від 26 до 100 000 євро (або обидва).

Останній приклад кримінального розслідування, пов'язаного з віртуальною валютою, стосується соцмережевої платформи «Vitae».[114] П'ятьох осіб, які стоять за компанією, включно з громадянами Бельгії, звинувачено у причетності до злочинної організації, шахрайства та відмивання коштів. Vitae представляла собою нову соцмережеву платформу, засновану на технології блокчейн, де люди можуть заробляти гроші за «цінні публікації» і залучаючи інших людей до платформи, які, зі свого боку, мали фінансовий стимул додавати інших нових користувачів. За словами бельгійських слідчих, це була схема Понці або піраміда. Слідчі стверджують, що основним наміром Vitae було заманити якомога більше інвестицій пустими обіцянками додаткового прибутку чи онлайн-продуктами, такими як системи перекладу чи ігри, яких небуло. Роботу цієї соцмережевої платформу вже припинено. Ті, хто все ще переходять на її сайт, зустрічаються зі сторінкою «СТОП», створеною Міністерством юстиції Бельгії та Федеральною поліцією.

112 Бельгійське управління ринків фінансових послуг попереджає про шахрайство на торгових платформах для криптовалюти, оприлюднює список імовірних шахрайських криптовалютних бірж», див.: https://bit.ly/3h40XW7

113 У статті 496 Кримінального Кодексу зазначена сума «до 3000 євро», яка для карних штрафів має бути помножена на вісім.

114 'Belgen verdacht van miljoenenoplichting met onlineplatform Vitae', De Tijd, 24 червня 2021 року; Див.: https://bit.ly/3H9vyw6

З огляду на переваги, які віртуальні валюти (зокрема їх відносна анонімність) надають злочинцям у здійсненні їхньої незаконної діяльності, стаття 505, а також арешт активів, до яких вона може призвести, є одним із найбільш корисних положень Кримінального Кодексу для боротьби з незаконним використанням цих валют. У справі Vitae бельгійський слідчий суддя вже конфіскував 37 відсотків віртуальної валюти Vitae. Також було вилучено понад 1,1 млн євро звичайних грошей і майже 1,5 млн євро у віртуальних монетах. Також детективам вдалося конфіскувати 17 автомобілів класу люкс, серію елітних годинників і золото.

ii. СПЕЦІАЛЬНЕ ЗАКОНОДАВСТВО ЩОДО ПОРУШЕНЬ, ПОВ'ЯЗАНИХ З КОМП'ЮТЕРАМИ

Бельгійська законодавча влада прийняла певні законодавчі акти щодо порушень, пов›язаних з комп›ютером, які насправді більше підходять для переслідування будь-якої злочинної діяльності, пов'язаної з віртуальними валютами.[115]

По-перше, порушення відоме як несанкціонований доступ до комп'ютерних систем (також відоме як злом), може застосовуватися, якщо особа отримує доступ до комп'ютерної системи і знає, що доступ був несанкціонований.[116] Злом карається відповідно до кримінального законодавства тюремним строком до двох років і штрафом до 200 000 євро.[117]

По-друге, хакер може одночасно вчинити порушення, відоме як приховування даних[118], якщо він або вона обробляє або передає дані, які зберігалися в комп'ютерній системі третьої сторони або оброблялися чи передавались комп'ютерною системою третьої сторони. Приховування даних відповідно до бельгійського законодавства карається позбавленням волі на строк до двох років і штрафом до 200 000 євро.[119]

Третім порушенням згідно з бельгійським законодавством є шахрайство, пов'язане з комп'ютером, яке стосується кожного, хто з шахрайським наміром одержує несправедливу економічну перевагу під час конвертації, зміни або видалення даних, які зберігаються або передаються комп'ютерною системою. Згідно з бельгійським законодавством, шахрайство, пов'язане з комп'ютером, карається позбавленням волі на строк до п'яти років і штрафом до 800 000 євро.[120]

115 Стаття 504 quater та стаття 550 bis і ter Кримінального кодексу.

116 Частина перша статті 550 bis Кримінального кодексу.

117 Стаття 550 bis, Розділ 1 Кримінального Кодексу згадує суму до 25 000 євро, яка має бути помножена на коефіцієнт вісім для карних штрафів; комп'ютерна система розуміється як «будь-яка система для зберігання, обробки або передачі даних.

118 Частина третя статті 550 bis Кримінального кодексу.

119 Стаття 550 bis, 3° Кримінального кодексу згадує суму до 25 000 євро, яка має бути помножена на вісім для карних штрафів.

120 Стаття 504 quater Кримінального кодексу передбачає суму до 100 000 євро, яку потрібно помножити на коефіцієнт вісім для карних штрафів.

Для ілюстрації, вищезгадані порушення можуть стосуватися хакера, який отримує несанкціонований доступ до віртуальних валют, що знаходяться на персональному комп'ютері користувача, та гаманці віртуальних валют (несанкціонований доступ до комп'ютерних систем або злом) задля копіювання приватного ключа користувача (приховування даних), щоб в кінцевому підсумку перенести віртуальні валюти, що зберігаються в гаманці користувача, в особистий гаманець хакера, що було б рівнозначно шахрайству, пов'язаному з комп'ютером.

iii. КОНФІСКАЦІЯ ВІРТУАЛЬНИХ ВАЛЮТ ПІСЛЯ ВЧИНЕННЯ ЗЛОЧИНУ

Бельгійська влада може конфіскувати віртуальні валюти, які були незаконно отримані в ході кримінальних правопорушень, так само, як вони можуть конфіскувати інші незаконно отримані активи.[121] Уряд вже має на зберіганні певну кількість біткоїнів, які він вилучив під час кримінальних розслідувань,[122] хоча їх вартість не розголошується.[123] У рамках кримінального розслідування, переданого до Апеляційного суду Антверпена 10 листопада 2016 року, поліція конфіскувала 3,54 біткоїна у наркоторговця.[124] Щоб подивитись на це в перспективі, Федеральне бюро розслідувань США (ФБР) наразі є другим за обсягом власником біткоїнів у світі з приголомшливою загальною сумою у 144 000 біткоїнів.[125]

Виникає питання: що може чи має робити уряд з такою сумою віртуальних валют? Чи варто їх позбавитись, і якщо так, то коли їх продати? 2 березня 2018 року Коен Метсу запитав у Міністерства юстиції, скільки біткоїнів уряд конфіскував із січня 2015 року та чи зазнав уряд збитків від конфіскованих біткоїнів після їх конфіскації.[126] З огляду на волатильність віртуальних валют, це важливе питання, зважаючи на те, що вартість біткоїнів, які зараз є в ФБР, під час історичного максимуму в грудні 2017 року досягали $2,8 мільярдів, а коли біткоїн досяг нового історичного максимуму в приблизно 65 000 доларів США в квітні 2021 року, вони коштували вже приблизно $9,36 мільярдів, але потім втратив приблизно 50 відсотків від своєї вартості в наступні місяці.

За даними міністерства юстиції, бельгійська прокуратура обробляє сотні файлів, що стосуються віртуальних валют, і щонайменше у 10 випадках віртуальні валюти були конфісковані.

121 Стаття 39 bis Закону про Кримінально-процесуальний кодекс від 17 листопада 1808 року (Кримінально-процесуальний кодекс)

122 К. Конінгс «Beslag op Bitcoins», Computerrecht 2015, 79

123 Пан Коен Мецу (політик NVA) 2 березня 2018 року поставив міністру юстиції Коену Гінсу кілька запитань щодо віртуальних валют у Бельгії, зокрема про кількість біткоїнів, які уряд конфіскував із січня 2015 року; кабінет Коена Гінса поки що не відповів на це питання (Бюлетень № B152, q.2531)

124 Апеляційний суд, Антверпен, 10 листопада 2016 р., не опубліковано.

125 Ці біткоїни були конфісковані в ході розслідування «Шовковий шлях», див.: https://bit.ly/3t5HzxE

126 Див. виноску 113

Водночас, у відповіді Мін'юсту на депутатське звернення не йдеться про фактичну конфіскацію таких віртуальних валют, а лише про те, що «закон про місію та склад Центральної організації з арешту та конфіскації активів (COIV), передбачає, що COIV може керувати конфіскованими віртуальними цінностями».[127] Крім цього нового закону, також можна було б продати віртуальні валюти на підставі статтей 28 та 61, Розділу 2 Кримінально-процесуального кодексу, який дозволяє продаж певних активів, які підлягають обміну (вартість яких можна легко визначити) і збереження яких призведе до зниження вартості.[128]

IX. ОПОДАТКУВАННЯ

Кількість власників криптовалюти різко збільшується, і, за оцінками, майже 46 мільйонів користувачів володіють біткоїнами в 2021 році. Через значні коливання цін власники криптовалюти можуть одержати значні прибутки (або втрати) від своїх початкових інвестицій. Наприклад, той, хто купив один біткоїн 1 січня 2017 року за 950 євро і продав його приблизно за 54 000 євро в квітні 2021 року, одержав би 53 050 євро прибутку. Навпаки, той, хто купив один біткоїн у квітні 2021 року приблизно за 54 000 євро і продав його в червні 2021 року за 29 000 євро, зазнав би збитків у 24 000 євро. Криптовалюти піднімають важливі питання оподаткування, особливо щодо податку на доходи фізичних осіб та ПДВ.

i. ПОДАТОК НА ДОХОДИ ФІЗИЧНИХ ОСІБ

Приріст капіталу, отриманий резидентом Бельгії від продажу криптовалют, не розглядається в бельгійському податковому кодексі 1992 року. Чинні правила дають змогу податковій адміністрації оподатковувати прибуток від криптовалюти як професійний дохід[129] або як сукупний дохід.[130]

Якщо професійною діяльністю особи є торгівля криптовалютами, прибуток, отриманий від цієї роботи, буде оподатковуватися як професійний дохід, і, отже, підлягатиме прогресивним податковим ставкам, які коливаються в Бельгії від 25 до 50 відсотків.[131]

127 Відповідь Міністерства юстиції Бельгії від 9 травня 2018 року на запитання М. Брехт Вермюлена (політик N-VA (Новий фламандський альянс)) від 26 квітня 2018 року (Бюлетень № B154, q.2576)

128 S Royer, 'Bitcoins in het Belgische strafrecht en strafprocesrecht', RW 2016–17, 26 листопада 2016, № 13, 497.

129 Стаття 23 Податкового Кодексу

130 Стаття 90,1° Податкового Кодексу

131 Стаття 23 Податкового Кодексу: «Професійний дохід – це дохід, прямо чи опосередковано одержаний від будь-якої діяльності [і прирівняний дохід], зокрема: 1° прибуток; 2° вигода; 3° прибуток та вигода від попередньої професійної діяльності; 4° винагороди; 5° субсидії, відсотки та надбавки, що застосовуються як такі»; Стаття 130 Бельгійського Податкового Кодексу перераховує прогресивні ставки податку від 25 до 50 відсотків.

Якщо, навпаки, резидент Бельгії одержує прибуток від операцій із криптовалютою за межами своєї професійної діяльності, він або вона отримає звільнення від податків на ці прибутки, але лише за умови, що транзакція відбувається в межах свого приватного маєтку. Стаття 90,1° Кодексу з податку на прибуток дійсно передбачає загальне звільнення від оподаткування приросту капіталу, отриманого на приватних активах платника податку (до яких належать цінні папери або валюти, такі як криптовалюти, а також матеріальні активи та нерухомість) за умови, що вони є результатом нормального управління його чи її приватним багатством. Питання про те, чи вважається операція здійсненою в рамках цього нормального управління, ґрунтується виключно на фактах.

Якщо прибуток, отриманий від інвестицій у криптовалюту, отриманий поза межами цього звичайного управління або отриманий від спекулятивних операцій, він буде оподатковуватися як сумарний дохід, отже, за фіксованою ставкою 33 відсотки. Мабуть, було б надмірно робити висновок, що інвестиції в криптовалюти завжди є спекулятивними, оскільки вони нестабільні, і відповідно це передбачає певний рівень ризику. Спекулятивний характер інвестицій у криптовалюти завжди необхідно оцінювати з урахуванням усіх фактів у кожному окремому випадку. Показниками спекуляцій можуть бути, наприклад, дуже короткий термін інвестицій, повторення операцій із криптовалютою, фінансування інвестицій у криптовалюту з допомогою позик або інвестування великих сум грошей (порівнюючи з вартістю всього майна бельгійського резидента).

Оскільки є велика сіра зона між спекулятивним світом і звичайним управлінням власністю, на практиці платники податків часто звертаються до податкових постанов, щоб отримати юридичне роз›яснення щодо податкового режиму прибутків, отриманих від їхніх приватних активів (наприклад, акцій). Те ж саме стосується прибутків від криптовалюти. Як практичний приклад, 5 грудня 2017 року Комісія Бельгії ухвалила рішення щодо оподаткування приросту капіталу студента, який розробив програмне забезпечення, яке автоматично торгує криптовалютами. Комісія постановила, що прибуток, отриманий від продажу біткоїнів через розроблене програмне забезпечення, «не має вважатися професійним доходом у розумінні статті 23 Податкового Кодексу Бельгії, але, з огляду на їхній спекулятивний характер, оподатковується як сукупний дохід у значенні статті 90(1) Податкового Кодексу Бельгії».[132] Нещодавно Комісія пролила додаткове світло на податковий режим прибутків від криптовалют. Вона опублікувала запитальник щодо віртуальних валют, яку платник податків повинен заповнювати, коли він або вона подає заявку на переказ віртуальних валют.

132 Очікуване рішення Виконавчої комісії № 2017.852, 15 грудня 2017 року, новини DVB 2018, стр.3, №1.3, доступно голландською мовою, див.: https://bit.ly/35jcRZj

Список містить 17 детальних і різноманітних запитань, від суми, вкладеної у віртуальні валюти, до частоти операцій та поточної професійної діяльності платника податків, а також повідомлення в соціальних мережах про його діяльність у групах віртуальних валют.[133] На підставі відповідей, наданих платником податків, Комісія оцінить, чи можна вважати інвестицію в криптовалюту здійсненою в рамках звичайного управління його приватною власністю. Додаткову інформацію щодо позиції Комісії видно з її бюлетеня №3.[134] У ньому Комісія уточнила, що «завжди оцінюватиме кожну заявку та подання окремо в кожному випадку». Разом з тим, Комісія стверджує, що «з огляду на попередні заявки, які вже були подані, вона вважає, що інвестиції у віртуальні монети, як правило, мають спекулятивний характер, і що таким чином дохід від цих інвестицій є сукупним доходом відповідно до статті 90,1° Податкового Кодексу (або професійний дохід, якщо дохід реалізується в контексті професійної діяльності)». З останнього речення можна зробити висновок, що надалі Комісія ухвалить загальну політику, згідно з якою інвестиції в криптовалюти, як правило, вважатимуться оподатковуваними або як професійний дохід, або як сукупний дохід. Наразі, з огляду на те, що інформацію про придбання віртуальної валюти та торговельну діяльність можна знайти лише онлайн на біржовому рахунку або криптовалютному гаманці користувача (замість банківського рахунку), податкова адміністрація, безсумнівно, зіткнеться з деякими практичними труднощами в отриманні інформації або оцінці того, чи платник податків повністю розкрив всю відповідну інформацію.

ii. ПДВ

Суд Європейського Союзу (CJEU) 22 жовтня 2015 року виніс рішення у відповідь на запит Шведського Верховного адміністративного суду з проханням надати роз›яснення щодо того, чи здійснення операції на біржовій платформі віртуальних валют для обміну традиційної валюти на віртуальну валюту, або навпаки, підлягає оподаткуванню ПДВ.

CJEU спочатку пояснив, що обмін різними платіжними засобами є постачанням послуг.[135] По-друге, він заявив, що обмінна операція за участю віртуальної валюти є платною послугою.[136] Згодом він сфокусував увагу на питанні, чи це платне постачання послуги може підпадати під одне зі звільнень від сплати ПДВ.

133 https://bit.ly/35fCYR2

134 https://bit.ly/35jcRZj

135 Стаття 24 Директиви про ПДВ; CJEU спочатку пояснив, що обмін різними платіжними засобами є постачанням послуг у значенні Статті 24 Директиви про ПДВ, оскільки біткоїни не можуть бути охарактеризовані як матеріальне майно, як зазначено у статті 14 Директиви про ПДВ. The CJEU нагадав, що постачання послуг за плату здійсснюється тільки тоді, коли є прямий зв'язок між послугами, що постачаються, та отриманою платою за них.

136 Стаття 2(1)(c) Директиви про ПДВ; відповідно до CJEU, зрозуміло, що обмін традиційної валюти на одиниці біткоїнів в обмін на оплату суми, що дорівнює різниці між ціною, сплаченою оператором для придбання валюти, і ціною, за якою він або вона продає валюту для своїх клієнтів, становив собою платне постачання послуг у значенні статті 2(1)(c) Директиви про ПДВ.

Суд постановив, що застосовується звільнення, передбачене статтею 135(1)(e) Директиви про ПДВ. На думку Суду, це звільнення для операцій із валютою, банкнотами та монетами, які використовуються як законний платіжний засіб, також поширюється на нетрадиційні валюти. Суд наголосив, що тлумачити це положення як таке, що включає лише операції з традиційними валютами, суперечило б контексту та цілям статті 135(1)(e) Директиви про ПДВ, оскільки операції з використанням нетрадиційних валют, які були погоджені сторонами для операції, також є фінансовими операціями. Застосовуючи це рішення до цієї справи, операції в біткоїн не мають іншої мети, окрім як використовувати його як засіб платежу.

У цьому рішенні CJEU проклав шлях до позитивного майбутнього для покупок біткоїнів на біржах в Європейському Союзі. Після цього рішення європейці можуть продовжувати купувати біткоїни, використовуючи традиційну валюту, не сплачуючи ПДВ за ці операції.[137] З огляду на те, що ПДВ є формою податку ЄС, будь-які операції, пов'язані з віртуальними валютами, мають розглядатися відповідно до рішення CJEU, включно з операціями, що здійснюються. в Бельгії. Ми сподіваємося, що цей підхід буде прийнято країнами за межами Європейського Союзу, тим самим ще більше гармонізуючи підхід до оподаткування операцій із віртуальною валютою.

X. ІНШІ ПИТАННЯ

i. ЗАКОН ПРО ЗАХИСТ ДАНИХ

З моменту набуття чинності Загального регламенту про захист даних (GDPR)[138], деякі вчені та оглядачі наголошували на фундаментальному парадоксі між GDPR і технологією блокчейн. У той час як GDPR має на меті захистити громадян ЄС від порушення конфіденційності та витоку даних, технологія блокчейн була розроблена таким чином, щоб дані могли розміщуватись в розподіленому реєстрі непідкупним способом і бути доступними для громадськості. Формулювання GDPR і технології блокчейн викликає кілька питань щодо сумісності.

Одне з питань стосується певних прав доступу суб'єкта даних. Стосовно права на забуття, GDPR говорить, що «суб›єкт даних має право отримати від контролера видалення персональних даних, що стосуються його чи її»[139], і стосовно права на уточнення даних, щодо якого встановлено, що «суб'єкт даних має право отримати

137 M Van Roey, C Bihain, «Європейський суд розглядає звільнення від ПДВ для обміну традиційних валют на біткоїни», Stibbe ICT Newsletter, грудень 2015 р., № 52, див. https://bit.ly/3j8XlDe

138 Регламент (ЄС) 2016/679 Європейського Парламенту та Ради від 27 квітня 2016 року про захист фізичних осіб щодо обробки персональних даних та про вільний рух таких даних, який скасовує дію Директиви 95/46/ЄС.

139 Стаття 17 GDPR.

від контролера без невиправданої затримки виправлення неточних персональних даних, що стосуються його чи її».[140] Питання в цьому контексті полягає в тому, як особа може скористатися цими правами, якщо його чи її персональні дані зберігаються в блокчейні, в той час як він розроблений таким чином, щоб бути незмінним? Отже, стає можливим, що персональні дані, які містяться в смартконтрактах або в операціях з віртуальною валютою, не можуть бути стерті або виправлені, тим самим порушуючи права суб'єкта даних відповідно до GDPR.

Друге питання стосується передачі персональних даних до сторін, що знаходяться поза межами Європейської економічної зони (ЄЕЗ). У статті 44 GDPR зазначено, що персональні дані можуть бути передані в країну за межами ЄЕЗ, лише в тому випадку якщо права передбачені GDPR захищені в цій країні. Не зрозуміло, як можна виконати це зобов'язання, якщо операції з віртуальними валютами через технологію розподіленої мережі мають підтверджуватися іншими користувачами (нодами), які можуть перебувати за межами ЄЕЗ, а до інформації в блокчейні може отримати доступ будь-хто, хто має підключення до Інтернету, з будь-якого місця у світі.[141]

Хоча як GDPR, так і технологія блокчейн є багатообіцяючими ініціативами, певні зобов'язання відповідно до GDPR можуть створити деякі проблеми для компаній, які впроваджують технологію блокчейн, або для компаній, які займаються віртуальними валютами. Разом з тим, ми сподіваємося, що необхідні (технічні) рішення для розв›язання цих проблем будуть вчасно запроваджені.

ii. ЗАКОН ПРО АВТОРСЬКЕ ПРАВО ТА NFT

NFT або невзаємозамінний токен — це одиниця даних, що зберігається в блокчейні, яка засвідчує цифровий або фізичний актив як унікальний і не взаємозамінний (non fungible). NFT може представляти різноманітні активи, включно із фотографіями, відео, аудіо, витворами мистецтва та іншими типами цифрових файлів (напр., цифровий файл фізичного активу). NFT можна торгувати і він може містити інформацію про те, як такий актив можна використати, копіювати або відобразити. Наприклад, Джек Дорсі нещодавно продав перший твіт, який він коли-небудь зробив у Twitter, як NFT за 2,9 мільйона доларів. Після цього NFT відстежуються у блокчейнах, щоб надати власнику підтвердження права власності, яке відмінне від авторських прав.

140 Стаття 16 GDPR.

141 Див.: https://bit.ly/3LLBNsq

Справа в тому, що NFT піднімає цікаві питання щодо законодавства про авторське право на (цифрові) твори у формі NFT. У Бельгії твір захищається законом про авторське право, якщо він є оригінальним (тобто, коли він є результатом власної інтелектуальної творчості автора). Передача твору (що розуміється як матеріальний об'єкт) не означає передачу (нематеріальних) авторських прав на такий твір (якщо це прямо не передбачено відповідно до правил, що застосовуються до передачі авторських прав). Отже, право власності на NFT не надає власнику автоматичне право здійснювати дії, які обмежені авторським правом. Загальні правила бельгійського законодавства про авторське право застосовуються також і до таких (цифрових) творів. Право перепродажу відповідно до бельгійського законодавства про авторське право[142] становить особливий інтерес для перепродажу NFT у блокчейні. У ситуації, коли власник NFT не є оригінальним автором твору, це дійсно відкриває право автору оригінального твору вимагати частку від ціни кожного наступного успішного перепродажу NFT, що включає його чи її роботу, за певних умов, навіть якщо автор не володіє NFT.[143]

XI. ПЛАНИ НА МАЙБУТНЄ

Щоразу, коли правова невизначеність перешкоджає розвитку та прийняттю віртуальних валют, органи влади та ринкові регулятори мають надавати необхідні роз'яснення або приймати нові нормативні акти, які збалансують права та інтереси всіх учасників ринку віртуальних валют. Як обговорювалося раніше, бельгійська влада незабаром запровадить спеціальне законодавство щодо діяльності бірж віртуальних валют та постачальників послуг з обслуговування портфеля і контролю за ними. Проте, все ще залишаються інші невизначеності, які потрібно вирішити.

Можна стверджувати, що ця законодавча інерція пояснюється дуже обмеженим інтересом бельгійських інвесторів до біткоїна та інших віртуальних валют у порівнянні з інвесторами в інших юрисдикціях, дружніх до фінансових технологій, таких як Швейцарія та Німеччина. Тим не менш, ця позиція поступово змінюється з огляду на ширше прийняття віртуальних валют, що також відображається у зростанні кількості депутатських запитів, що стосуються віртуальних валют, за останні роки, і які були більш детально обговорені вище.[144]

142 «Право слідування»

143 Див. статті XI.175–XI.178 Бельгійського кодексу з економічного права.

144 Ці питання стосуються, зокрема, систем оподаткування, регулювання обмінників або злочинної діяльності, пов'язаної з біткоїнами. Див. депутатські запити №1856 (Бюлетень № B134); №2016 (Бюлетень № B145); №2531 (Бюлетень № B152); №2576 (Бюлетень № B154), див.: https://bit.ly/38sncUt

З огляду на транснаціональний характер віртуальних валют, як глобального явища, ми вважаємо, що віртуальні валюти найкраще регулюються транснаціональними або міжнародними інструментами. ЄС, через AMLD5, вже вжив заходів щодо боротьби з відмиванням коштів, і Валдіс Домбровскіс, виконавчий віцепрезидент Європейської Комісії, оголосив про свій намір запропонувати нове законодавство ЄС у цій сфері. Однак, окрім AMLD5, немає спеціального законодавства, яке б розглядало (можливості чи загрози) криптовалюти. З огляду на транснаціональний характер віртуальних валют, малоймовірно, що бельгійська влада самостійно виступатиме з ініціативами щодо їхнього регулювання. Що стосується Закону про ПВК, то стимулом, ймовірно, буде Європейський Союз, чиї законодавчі інструменти будуть транспоновані в бельгійське законодавство.

Цікаво також зазначити, що віртуальні валюти регулярно обговорюються протягом багатьох років на рівні G20. Деякі країни G20 навіть зазначили, що запровадження регулювання віртуальних валют є їхнім пріоритетом на найближчі роки.

БРАЗИЛІЯ

I. ОЗНАЙОМЛЕННЯ З НОРМАТИВНО-ПРАВОВОЮ БАЗОЮ

i. ВСТУП

Бум у прийнятті віртуальних валют користувачами[145] досяг й бразильського ринку, що надало місцевим юристам, законодавцям та регуляторам багато тем для обговорення. Традиційно, технологічні та бізнес-інновації відбуваються перед регулюванням, і це також стосується бізнесів з віртуальних валют.

Галузь віртуальних валют є як глобалізованою, так і локалізованою, а зростання її екосистеми дає підстави для дискусій, які варіюються від локального майнингу до світових бірж, з послугами та продуктами, які щоденно ігнорують обмеження, що прописані в законах та нормативно-правових актах про банківський, платіжний ринки та ринок капіталу. Так є і в Бразилії.

Перша офіційна заява Центрального банку Бразилії (Центрального банку) щодо віртуальних валют з›явилася в 2014 році. У цій заяві Центральний банк чітко вказав, що віртуальні валюти не вважаються законною валютою в Бразилії, і, таким чином, не будуть підпадати під перевірку Центрального банку. Він також заявив, що хоча він буде уважно стежити за розвитком цього ринку, обсяг транзакцій ще недостатньо великий, щоб становити загрозу міцності фінансової системи Бразилії.

Бум на ринку віртуальних валют у 2017 році повернув віртуальні валюти в центр уваги і призвів до того, що Центральний банк і Комісія з бірж та цінних паперів Бразилії (CVM) оприлюднили більш інформативні заяви, в яких пояснили свою позицію щодо нових віртуальних валют у світлі чинного законодавства та нормативної бази.

145 Також відомі як цифрові валюти або віртуальні валюти

Обидві регулюючі установи уважно стежать за розвитком ринку віртуальних валют і за тим, де нормативно-правові акти про банківський ринок та ринок капіталів можна застосувати до нього.

Паралельно, протягом багатьох років, у Конгресі Бразилії обговорювалися кілька законопроєктів, спрямованих на регулювання віртуальних валют, і в рамках цих обговорень було проведено низку громадських слухань для ознайомлення з думкою регуляторних органів, учасників ринку та спеціалістів. Однак, жоден із законопроєктів досі не було ухвалено. Основний законопроєкт (Біль 2303/15) все ще перебуває на обговоренні в палатах Конгресу, а для обговорення цього та інших законопроєктів, що стосуються цього питання, створено спеціальну комісію з питань віртуальних валют.

З розвитком ринку поновлюються розмови про регулювання криптоактивів з боку Центрального банку.

ii. НОРМАТИВНО-ПРАВОВА БАЗА, ЩО ЗАСТОСОВУЄТЬСЯ ДО ВІРТУАЛЬНИХ ВАЛЮТ

Хоча віртуальні валюти можуть мати економічну функціональність, яка традиційно приписується валютам, вони не підпадають під визначення валюти у бразильському законодавстві. Легальним платіжним засобом в Бразилії є реал, як це передбачено декретом 857/69 та законом 10192/01.

Відповідно до Закону 10192/01, усі платіжні зобов'язання, які виконуються в Бразилії, мають бути виражені в реалах, а всі угоди чи інші документи, які в будь-якій формі обмежують або відмовляють у використанні законної валюти, є недійсними. Ці положення називаються «офіційним курсом» реалу.

Як результат, незважаючи на те, що вони можуть використовуватися як засіб для здійснення обміну, грошова одиниця або навіть як засіб заощадження, віртуальні валюти не мають офіційного курсу, а отже, не підпадають під юридичне визначення законного платіжного засобу.

З огляду на те, що віртуальні валюти не є платіжним засобом в Бразилії, вони, як правило, класифікуються як активи, на які поширюється загальний режим, встановлений Цивільним кодексом[146].

Тим не менш, як і в більшості юрисдикцій, юридичне ставлення до віртуальних валют у Бразилії може варіюватися в залежності від внутрішніх характеристик кожної віртуальної валюти, включно з її призначенням та використанням, наявністю винагороди, а також методами розподілу та емісії.

146 Закон 10406/02

Так, певна віртуальна валюта може, в кінцевому підсумку, підпадати під дію певних законів та нормативних актів про банківську діяльність та цінні папери. Для повного та належного розуміння законодавчої та нормативної бази, яка може застосовуватися до віртуальних валют, важливо мати загальне розуміння чинної бразильської законодавчої та нормативно-правової бази у сфері банківської діяльності та цінних паперів.

iii. ЗАГАЛЬНИЙ ОГЛЯД НОРМАТИВНО-ПРАВОВОЇ БАЗИ БАНКІВСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ТА РИНКУ ЦІННИХ ПАПЕРІВ

Загальні аспекти бразильської фінансової системи

Основну правової структури фінансової системи забезпечує Конституція Бразилії 1988 року[147] разом із Законом про банки[148].

Закон про банківську діяльність, хоча і більш ранній за Конституцію, залишається основним законом, що встановлює поточний формат фінансової системи та встановлює основні правила для її інфраструктури та нормативної бази.

Він надає повноваження регулювати та здійснювати нагляд за місцевими фінансовими установами, визначає регуляторну політику Бразильської монетарної ради (CMN) і створює Центральний банк. На додаток до CMN і Центрального банку, фінансова система також складається з національної ради приватного страхування, органу влади з приватного страхування та CVM, яке підлягає певним правовим положенням. Інші закони доповнюють правову базу, що застосовується до фінансової системи, серед них Закон про ринки капіталу[149], Закон про цінні папери[150], Закон про боротьбу з відмиванням коштів[151] та Закон про електронні платежі[152].

У 2013 році введення в дію Закону про електронні платежі розширило коло регуляторних органів до CMN та Центрального банку. Закон про електронні платежі був прийнятий, щоб регулювати галузь електронних платежів у Бразилії, надавши CMN і Центральному банку нагляд за наданням платіжних послуг у контексті бразильської платіжної системи. Закон про електронні платежі встановлює основні правила нормативно-правової бази, що застосовуються до платіжних механізмів (тобто набір правил, що регулюють платіжну схему, наприклад операції з кредитними або дебетовими картками) та платіжних агентів (тобто будь-якого агента, який видає платіжний інструмент або здійснює еквайринг для прийняття платежу).

147 Стаття 192 Федеральної Конституції 1988 року, разом зі змінами та доповненнями.

148 Федеральний Закон 4595/64.

149 Закон 4728/65.

150 Закон 6385/76.

151 Закон 9613/98.

152 Закон 12865/13.

Загальні аспекти банківської системи та системи електронних платежів в Бразилії

Банківська система дуже зарегульована. Основним законодавчим актом є Закон про банківську діяльність, який визначає CMN як найвищий орган у фінансовій системіі.. Він відповідає за встановлення грошово-кредитної та фінансової політики в Бразилії та відповідає за загальний нагляд за бразильською монетарною, кредитною, бюджетною, фіскальною політикою та політикою державного боргу, а також за управління бразильською системою платежів (SPB).

Основними цілями політики CMN є:

a. відкорегувати грошову пропозицію до потреб бразильської економіки та процесу її розвитку;
b. регулювати внутрішню вартість реалу, щоб запобігти або виправити інфляційні чи дефляційні тенденції внутрішнього чи зовнішнього походження, економічні депресії чи інші дисбаланси, що виникають внаслідок непередбачуваних подій;
c. регулювати вартість реалу за межами Бразилії та регулювати платіжний баланс Бразилії, щоб краще використовувати ресурси в іноземній валюті;
d. покращити якість ресурсів фінансових установ та фінансових інструментів з метою підвищення ефективності платіжної системи та мобільності коштів; і
e. здійснювати моніторинг ліквідності та платоспроможності фінансових і платіжних установ.

Центральний банк відповідає за реалізацію монетарної та кредитної політики, встановленої CMN, а також за регулювання державних і приватних фінансових установ як таких, платіжних механізмів, організаторів платіжних механізмів та платіжних установ, застосовуючи, за потреби, санкції, передбачені в правилах, що застосовуються до таких організацій.

Він також відповідає, серед іншого, за здійснення контролю за кредитним та іноземним капіталом, отримання обов›язкових платежів і добровільних депозитів до запитання, зроблених фінансовими установами, участь у наданні позик фінансовим установам, а також за здійснення функції депозитарію офіційних золотовалютніих резервів.

В цьому контексті, CMN відповідає за регулювання критеріїв створення, функціонування та інспектування фінансових установ, а також платіжних механізмів і агентів, тоді як Центральний банк відповідає за ефективну дозвільну діяльність для операцій фінансових установ у Бразилії та нагляд за їх діяльністю.

Регуляторні повноваження CMN здійснюються через видання постанов, які створюють основу нормативної бази для фінансових установ відповідно до повноважень та в межах, передбачених Законом про банківську діяльність та Законом про електронні платежіі. Центральний банк у своїй ролі регулюючого та контролюючого органу видає нормативні акти, спрямовані на виконання постанов CMN. У той час як постанови CMN встановлюють політику та керівні принципи для фінансових і платіжних систем, акти Центрального банку використовуються для встановлення технічних деталей виконання постанов CMN.

Загальні аспекти ринків капіталу Бразилії

Бразильська система ринків капіталу також є зарегульованою. Основним законодавчим актом є Закон про ринки капіталу, який створив CVM, і Закон про цінні папери, який встановлює сферу дії CMN і Центрального банку на ринках капіталу.

CVM відповідає за регулювання, нагляд та перевірку ринку цінних паперів та його учасників. Він також відповідає, серед іншого, за нагляд за біржовими та організованими позабіржовими ринками, державними корпораціями, ринками товарів, ф'ючерсів, деривативів і цінних паперів, а також за послугами з посередництва та зберігання таких активів. Його регуляторні повноваження також поширюються на банки, які займаються інвестиційно-банківською діяльністю та діяльністю з цінними паперами, а також на інших учасників ринку цінних паперів.

Регуляторні повноваження CVM здійснюються через видання постанов та рішень, обов'язкових для виконання учасниками ринку цінних паперів та сторонами, які беруть участь в операціях із цінними паперами. Є також деякі положення CMN та нормативно-правові акти Центрального банку, які застосовуються до фінансових установ та інших конкретних учасників ринків капіталу, які підлягають нагляду з боку цих органів.

II. ЗАКОНОДАВСТВО ПРО ЦІННІ ПАПЕРИ ТА ІНВЕСТИЦІЇ

Обговорення того, як ставитися до віртуальних валют у світлі Закону про ринки капіталу та потенційного надання віртуальним валютам характеристик цінних паперів, набули у Бразилії актуальності через зростання інтересу до віртуальних валют та інших віртуальних активів протягом 2017 року, особливо до первинного розміщення монет (ICO).

ICO полягають у пропонуванні громадськості віртуальних валют або віртуальних активів (фінансових чи інших). Ринок умовно називає це токени або монети, оскільки вони створені в рамках технології блокчейн або розподіленої мережі.

Віртуальні валюти, що пропонуються через ICO, можуть представляти будь-який тип активів або інструментів, від акції до елементу, який надає доступ до певної платформи. У цьому сенсі, як зазначалося вище, дана віртуальна валюта може підпадати під дію певної правової та регуляторної бази залежно від внутрішніх характеристик кожної віртуальної валюти, включно з її призначенням та використанням, наявністю винагороди, а також методами розподілу та емісії.

Якщо нова віртуальна валюта, створена в рамках ICO, має характеристики, які відповідають вимогам для її класифікації як цінного паперу в Бразилії, вона буде об›єктом законодавчої та нормативно-правової бази бразильських ринків капіталу.

У світлі зростання кількості ICO у 2017 році CVM опублікувала два повідомлення для ринку, які підтверджують, що будь-яка віртуальна валюта може підпадати чи не підпадати під дію Закону про ринки капіталу та регуляторної системи CVM залежно від того, чи класифікується вона як цінний папір у світлі концепції цінного паперу, передбаченої Законом про ринки капіталу, а аналіз має проводитися в кожному певному випадку.

Концепція цінних паперів відповідно до Закону про ринки капіталу складається з переліку інструментів, які чітко класифікуються як цінні папери відповідно до бразильського законодавства:

a. акції, облігації та передплатний бонус;
b. купони, права, передплатні квитанції та сертифікати на купони, права та передплатні квитанції;
c. сертифікати про розміщення цінних паперів;
d. боргові зобов’язання;
e. квоти в інвестиційних коштах у цінних паперах або інвестиційних клубах в будь-яких активах;
f. векселі;
g. ф’ючерси, опціони та інші деривативні контракти, основними активами яких є цінні папери;
h. інші деривативні контракти, незалежно від основних активів; та
i. в разі публічного розміщення будь-яких іншіих цінних паперів або колективних інвестиційних договорів, що створюють права на частку, товариство чи винагороду, у тому числі ту, що виникає в результаті надання послуг, доходи яких надходять від зусиль підприємця або третіх осіб.

Поряд із переліком інструментів, які чітко визначають цінні папери, і які перелічені в пунктах (a)–(h) вище, Закон про ринки капіталу також містить відкрите визначення, згідно з яким будь-які колективні інвестиційні контракти, відкриті для публічного розміщення, створюють право на частку, товариство або винагороду, доходи яких є результатом зусиль підприємця або третіх осіб, вважаються цінним папером. Отже, відповідно до Закону про ринки капіталу, деякі віртуальні валюти дійсно можна охарактеризувати як цінні папери, залежно від економічного контексту їх емфсії та прав, наданих інвесторам.

У тих випадках, коли віртуальна валюта класифікується як цінний папер у Бразилії, ICO для випуску цієї віртуальної валюти буде об›єктом правового режиму публічного розміщення цінних паперів у Бразилії.

Головне завдання CVM полягає в тому, щоб забезпечити, аби випуск і публічне розміщення цих цінних паперів (тобто їх широкомасштабне розміщення) відбувалося так, щоби відповідні інвестори були належним чином поінформовані про потенційні ризики та вигоди. Отже, як загальне правило, публічне розміщення цінних паперів залежить від реєстрації емітентом в CVM цінних паперів, реєстрації самого розміщення в CVM та здійснення публічного розміщення через посередника, уповноваженого CVM (напр. інвестиційний банк).

Публічне розміщення цінних паперів наразі здійснюється відповідно до режиму загального публічного розміщення, встановленого Постановою CVM 400/03, яка вимагає реєстрацію розміщення в CVM, як зазначено вище. У якості альтернативи, публічне розміщення цінних паперів може здійснюватися відповідно до спеціального режиму, встановленого Постановою CVM 476/09 для обмеженого розміщення (тобто пряма пропозиція обмеженій кількості кваліфікованих інвесторів) та спеціального режиму, встановленого для краудфандингу Постановою CVM 588/17. В обох випадках розміщення не вимагає попередньої реєстрації в CVM, але підлягає певним обмеженням.

Крім того, CVM випустив спеціальні висновки щодо розміщення цінних паперів із використанням Інтернету, яке відбулося за кордоном, і де місцевий орган влади заявив, що розміщення, здійснене з допомогою інтернету, загалом вважається публічним, і навіть якщо певне публічне розміщення відбувається за кордоном, у випадках, коли воно орієнтоване на бразильських інвесторів, на нього поширюватимуться закони та нормативно-правові акти бразильського ринку капіталу. У цьому сенсі ICO для всіх цілей є публічним розміщенням, якщо використовується інтернет як основний метод розповсюдження, і навіть якщо публічне розміщення відбувається в іншому місці, воно повинно дотримуватися законів та нормативно-правових актів бразильського ринку капіталу, якщо воно націлене в тому числі і на бразильських інвесторів.

Як наслідок, CVM може застосовувати відповідні санкції та штрафи в разі розміщення віртуальних валют, які відповідають визначенню цінного паперу, без урахування нормативно-правових актів, що застосовуються до ринку капіталу, це є нормою, яке вже було публічно підтверджено CVM.

Те ж саме стосується і правил торгівлі. Цінними паперами можна торгувати лише на ринках, які авторизовані CVM (фондові біржі та позабіржові ринки), а отже, віртуальними валютами, які класифікуються як цінні папери, можна торгувати лише на таких ринках, не допускаючи їх котирування в нерегульованих середовищах: тобто на біржах віртуальних валют (*див. Розділ V*)

На початку 2019 року CVM опублікувала нове внутрішнє положення, яке змінює її нормотворчий процес. Основні зміни включали запровадження етапу оцінювання регуляторного впливу як засобу для розгляду економічної ефективності запропонованої норми та можливості запровадження регуляторного середовища через встановлення тимчасових правил для емпіричного тестування їхньої відповідності ринковим вимогам. Відповідно до дискусій між CVM та ринком упродовж останніх кількох років, новий процес формування правил дає змогу створити експериментальне регуляторне середовище, де можуть бути видані тимчасові регуляторні інструменти для емпіричної оцінки переваг та процедур, що найбільше підходять для імплементування рекомендованих рішень.

На початку 2020 року CVM опублікувала повний набір правил, що встановлював умови для створення та функціонування регуляторного середовища на ринках капіталу. Правила встановили структуру для процесу відбору (включно з критеріями належності та придатності), а такождля функціонування та припинення проєктів, відібраних для роботи за цією структурою. Вони також встановлюють мінімальні зобов›язання, які ці проєкти мають виконувати для функціонування та для того, аби зробити інвестиційні продукти або подібні розміщення доступними для загальної громадськості. У цьому контексті, правила створені для того, щоби забезпечити підприємцям, регулюючим органам та громадськості надійний захист для тестування інноваційних проєктів.

Це експериментальне середовище надасть змогу регулятору окремо та протягом обмеженого періоду випробувати регуляторні зміни, які за своїми особливостями та на думку Ради CVM виправдовують створення пробного середовища, уникаючи додаткових ризиків для національної фінансової системи чи для захисту інвесторів. Емісія інвестиційних токенів є одним із перших проєктів, які, як очікується, отримають такий режим, і вона узгоджена із зусиллями регуляторів щодо сприяння інноваціям на фінансових ринках та ринках капіталу в Бразилії.

III. БАНКІВСЬКІ ТА ГРОШОВІ ПЕРЕКАЗИ

i. ЕЛЕКТРОННІ ВАЛЮТИ

Постанова, прийнята CMN та Центральним банком відповідно до регуляторних повноважень, наданих їм Законом про електронні платежі, впровадила поняття електронної валюти в правовій та нормативній базі. Електронна валюта – це електронне вираження реалів, передане користувачем платіжних послуг установі, відповідальній за випуск та управління електронною валютою, – платіжній установі. Такі кошти розміщуються на електронному рахунку, який відкрито на ім'я користувача і можуть бути використані для платежів або переказів між користувачами або третіми сторонами, які акредитовані одержувати електронну валюту. Користувач на законних підставах володіє електронною валютою і в будь-який час може вимагати зняття суми.

Платіжні установи-емітенти електронних валют зобов'язані приєднатися до платіжної системи (або створити власну) та отримати дозвіл від Центрального банку на здійснення діяльності. Платіжна система — це набір правил, що регулюють схему платежів (включно зі структурою комісії), і її започаткування здійснюється організатором платіжної системи, який також є підзвітною особою та зобов'язаний отримувати дозвіл Центрального банку на здійснення своєї діяльності.

Регуляторна концепція електронної валюти була створена, щоб охопити всі передплачені картки, випущені в Бразилії, які здебільшого використовувалися для придбання товарів у продавців. Тим не менш, з огляду на широке поняття електронної валюти, визначене Законом про електронні платежі та положенням, воно охоплює всі види електронної валюти, які безпосередньо пов'язані з реалом. Іншими словами, Закон про електронні платежі буде застосовуватися до всіх електронних валют, які імітують реал. Віртуальні валюти не підпадають під це визначення і, тому не вважаються електронними валютами в цілях Закону про електронні платежі та відповідного положення.

У цьому контексті Центральний банк випустив повідомлення у 2014 році, після введення в дію Закону про електронні платежі та в момент, коли віртуальні валюти не були настільки широко прийняті, в якому роз'яснює та підтверджує, що віртуальні валюти відрізняються від концепції електронних валют, створеної Законом про електронні платежі та пов›язаної з відповідними правилами CMN та Центрального банку. Ця позиція була підтверджена в 2017 році, коли Центральний банк випустив додаткові повідомлення для ринку, повторно висловивши свою позицію через відповідне збільшення кількості транзакцій і ділової діяльності з використанням віртуальних валют.

ii. ОПЕРАЦІЇ З ОБМІНУ ВАЛЮТ ТА ГРОШОВІ ПЕРЕКАЗИ

Бразильські правила щодо проведення валютніих операцій доволі суворі, а закони та нормативно-правові акти все ще відображають історичну стурбованість уряду валютним контролем, який був пом'якшений упродовж останнього десятиліття, але все ще створює значну перешкоду для потоків іноземної валюти. Ринок валютних операцій підлягає нагляду та регулюванню з боку Центрального банку, як це встановлено Законом про банківську діяльність та Законом 4131/62.

Грошові перекази з-за кордону до Бразилії та навпаки можуть здійснюватися лише через фінансові установи, уповноважені працювати на валютному ринку. Іншими словами, бразильці можуть купувати та продавати іноземну валюту або здійснювати міжнародні перекази в реалах будь-якого характеру, без обмеження суми, за умови, що контрагентом в операції є агент, уповноважений працювати на валютному ринку, за умови законності операції та зважаючи на економічні підстави і обов›язки сторін, визначених у відповідній документації. Ці правила визначають принципи, яких банки та агенти повинні дотримуватися під час кожної операції для того, аби здійснювати свою діяльність на валютному ринку.

Відповідно до Декрету 23258/33 та Закону 7492/86 валютна операція, здійснена без посередництва авторизованого посередника, вважається фінансовим злочином, яке характеризується як здійснення незаконної валютної операції, за якою передбачено покарання у вигляді позбавлення волі від двох до шести років плюс штраф.

У цьому контексті, переказ коштів з Бразилії за кордон для придбання віртуальних валют не є забороненим, за умови, що потік коштів відбувається через належні канали здійснення валютних операцій, із залученням авторизованого агента.

Грошові перекази з-за кордону до Бразилії та навпаки можуть здійснюватися лише для конкретних цілей, прямо визначених у нормативно-правових актах. Кожна ціль має відповідну природу (або код), який має бути зазначений у відповідних валютних операціях. Бразильські акти щодо обмігу не визначають об'єктивні критерії для визначення валютних операцій за конкретною природою, і місцевий агент запитуватиме у своїх клієнтів та зберігатиме у своїх файлах документи, що будуть підтверджувати, законність операції та її відповідність конкретній цілі, яку зазначить клієнт. Переказ коштів з-за кордону до Бразилії та навпаки, без дотримання цих правил, є адміністративним правопорушенням і карається штрафом.

Незважаючи на вищезазначені вимоги, наразі положення Центрального банку не передбачають зазначення природи операцій із віртуальними валютами, і для визначення найбільш відповідної класифікації грошові перекази необхідно аналізувати в кожному окремому випадку.

IV. ПРОТИДІЯ ВІДМИВАННЮ КОШТІВ

Запобігання відмиванню коштіа, фінансуванню тероризму та подібним злочинам є однією з головних проблем, пов'язаних із прийняттям віртуальних валют у глобальному масштабі, і цьому питанню приділено пильну увагу бразильських органів влади. Наразі в бразильській правовій системі немає чинного закону чи нормативного акту, який би встановлював особливий режим для запобігання відмиванню коштів серед бізнесу та операцій, які пов›язані із віртуальними валютами.

Криміналізація відмивання коштів у Бразилії була впроваджена після введення в дію Закону про протидію відмиванню коштів (Закону про ПВК), який встановлює не лише визначення, вимоги та санкції щодо цього питання, але також створює основу для місцевих правових систем для запобігання злочинам з відмивання коштів у Бразилії. Він також встановлює механізм превентивного контролю за всіма комерційними та фінансовими операціями, щоби обмежити практику використання певних секторів економіки як каналу рециркуляції незаконних доходів. Однак цей механізм превентивного контролю поширюється лише на обмежене коло юридичних та фізичних осіб на основі залучення таких осіб до певного виду діяльності (як основної, так і допоміжної).

Тим не менш, в залежності від виду бізнесу та операції, що здійснюються з використанням віртуальних валют, можна прийняти консервативне тлумачення Закону про ПВК та встановити його застосування для конкретних видів діяльності чи операцій. Це стосується діяльності, яку здійснюють біржі віртуальних валют, які, хоча й не включені прямо до списку, передбаченого Законом про ПВК, можуть вважатися такими, що підпадають під дію положень Закону через їхній допоміжний вид діяльність.

У зв›язку з цим, упродовж останніх кількох років декілька державних органів та представників Національної Ініціативи по Боротьбі з Корупцією та Відмиванням Коштів обговорювали наслідки використання віртуальних валют та електронних способів оплати в цілях запобігання відмиванню коштів. Паралельно, у рамках обговорення законопроєкту 2303/15 у Конгресі, переваги внесення змін до Закону про ПВК для включення установ, які працюють із віртуальними валютами, до списку видів діяльності, які прямо підпадають під дію цього Закону, є однією з найбільш повторюваних тем.

У будь-якому випадку, ринковою практикою, найбільш поширеною в Бразилії, було запроваджено надійні механізми боротьби з відмиванням коштів і гарантій, особливо на біржах віртуальних валют.

i. ЗАГАЛЬНИЙ ОГЛЯД ЗАКОНУ ПРО ПВК ТА ПОВ'ЯЗАНІ НОРМАТИВНО-ПРАВОВІ АКТИ

Як зазначалося вище, Закон про ПВК також встановлює механізм превентивного контролю за всіма комерційними та фінансовими операціями, щоб обмежити практику використання певних секторів економіки як каналу рециркуляції незаконних доходів.

Цим Законом також створено спеціальний орган – Комітет із нагляду за фінансовою діяльністю (COAF), який пов'язаний із Міністерством фінансів і відповідає за регулювання, накладення адміністративних стягнень, а також отримання, розгляд та виявлення підозри у вчиненні незаконної діяльності відповідно до Закону про ПВК, без шкоди для повноважень інших агентств та органів влади.

У зв'язку з цим, Закон про ПВК визначає, що установи, на які поширюється його режим, зобов'язані здійснювати:

a. ідентифікацію клієнтів та ведення обліку: для належної ідентифікації клієнтів та запровадження адекватних та оновлених системи обліку такої інформації про клієнтів, а також для ведення обліку операцій, які відповідають певним пороговим значенням, що визначені законом або компетентними регуляторними органами, або і тим, і іншим;[153]
b. моніторинг операцій: для приділення особливої уваги операціям, які, з огляду на залучені сторони, суми, характер, використовувані інструменти або брак юридичних чи економічних підстав, можуть слугувати істотними ознаками злочинів, викладених у або Законі про ПВК або пов›язаних із ним (підозрілі операції);[154]
c. звітність з операцій: протягом 24 годин повідомляти COAF, не повідомляючи про це клієнтів, про всі операції, які перевищують порогові значення, встановлені місцевою владою; а також будь-які пропозиції чи операції, які дана установа вважатиме підозрілими. Звіти складаються в електронному вигляді через систему під назвою Siscoaf, яка доступна на вебсайті COAF; і
d. внутрішній контроль: для впровадження внутрішніх політик та процедур, які відповідатимуть розміру установи та обсягам операцій, а також для належного виконання вимог антилегалізаційного законодавства.

153 Закон про ПВК переклав відповідальність за визначення таких порогових значень на органи влади, що мають належну компетенцію (напр., Центральний банк).

154 Закон про ПВК переклав відповідальність за ведення обліку таких підозрілих операцій на органи влади, що мають належну компетенцію (напр., Центральний банк).

В разі недотримання вищезазначених зобов'язань та вимог, на додаток до будь-яких інших покарань, які можуть застосовуватися, у тому числі у сферах кримінального, адміністративного та цивільного права, біржа з віртуальних валют та її менеджери можуть стати об›єктами штрафних санкцій, включно з попередженнями, грошовими штрафами, тимчасовими або безстроковими призупиненнями або скасуваннями дозволів на здійснення діяльності, в залежності від серйозності порушення.

Закон про ПВК також встановлює основні правила для криміналізації відмивання коштів у Бразилії, які включають не лише визначення, вимоги та санкції щодо цього питання, а й створюють основу для місцевої правової бази з питань запобігання відмиванню коштів в Бразилії. Особам, причетним до таких злочинів, загрожує покарання у вигляді позбавлення волі на строк від трьох до десяти років плюс штраф.

V. РЕГУЛЮВАННЯ БІРЖ

До 2017 року дві біржі віртуальних валют становили понад 50% частки ринку Бразилії. Однак бум на ринку віртуальних валют у 2017 році призвів до створення кількох нових видів діяльності та продуктів серед бірж віртуальних валют, а кількість самих бірж віртуальних валют у Бразилії підскочила з 15 до 28 з грудня 2017 року по серпень 2018 року, збільшившись на 86 відсотків[155]. Крім того, у серпні 2018 року, третя за величиною біржа віртуальних валют оголосила про вихід на бразильський ринок.

Зростання прийняття віртуальних валют користувачами не є єдиним чинником, що сприяє цьому зростанню. Легкі нормативні вимоги Бразилії щодо роботи бірж віртуальної валюти також сприяли залученню нових учасників на цей ринок.

Види діяльності, які практикують біржі віртуальних валют, полягають в розробленні та адмініструванні платформ, які надають змогу їхнім клієнтам купувати, продавати та торгувати віртуальними валютами між собою.

Положення, які застосовуватимуться до цих платформ, залежать від типу віртуальних валют, лістинг яких буде проводитися на біржі для придбання, продажу та торгівлі користувачами.

Як зазначалося вище, у випадках, коли віртуальні валюти, що пройшли лістинг на біржі, класифікуються як цінні папери, відповідно до Закону про ринки капіталу, ними можна торгувати лише на фондових біржах або позабіржових ринках, які мають дозвіл від CVM.

155 Radar Fintechlab Brazil, серпень 2018 року.

З іншого боку, віртуальні валюти, які не вписуються в концепцію цінних паперів, не підпадають під такі правила, що є актуальним для Bitcoin, віртуальної валюти з найбільшим обсягом торгів у Бразилії. Цими активами можна торгувати в нерегульованих середовищах. Отже, біржа віртуальних валют, яка розміщує лише ті віртуальні валюти, які не вписуються в концепцію цінних паперів, не підпадатиме під дію правил ринків капіталу.

На додаток до розроблення платформи для купівлі, продажу та торгівлі віртуальними валютами, багато бірж віртуальних валют надають додаткові послуги своїм клієнтам. Ці додаткові послуги призначені для того, щоби клієнти могли більш ефективно здійснювати транзакції на платформі з негайним розрахунком за транзакціями.

Найпоширенішою додатковою послугою є зберігання віртуальних валют клієнтів у віртуальних портфелях на ім'я клієнтів. Зберігання віртуальних валют також не є регульованою діяльністю; тому на нього поширюється загальний правовий режим, встановлений Цивільним кодексом щодо зберігання активів.

Другою найбільш поширеною додатковою послугою є надання клієнтам передплачених рахунків. Передплачені рахунки дозволяють клієнтам вносити реали на ті рахунки, які , після конвертації в електронну валюту, можна використовувати для здійснення транзакцій на платформі (таких, як платежі за придбання віртуальних валют). Ця послуга надається біржою віртуальних валют, коли вона діє як платіжна установа, яка емітує електронні валюти та керує власною платіжною системою, аби уможливити проведення операцій на платформі.

Передплачений рахунок, згідно з положенням Центрального банку, є рахунком, призначеним для виконання платіжних операцій в електронній валюті на основі коштів, внесених попередньо на рахунок[156].

У цьому контексті, Закон про електронні платежі та відповідні нормативні акти встановлюють, що установа, відповідальна за управління передплаченими платіжними рахунками, доступність платіжних операцій на основі електронної валюти, внесеної на ці рахунки, а також конвертацію цих коштів у фізичну або фіатну валюту чи навпаки, вважається платіжною установою і регулюється цим Законом та відповідними нормативними актами.

Платіжні установи, які беруть участь у платіжних системах, що інтегровані з SPB, залежать від дозволу Центрального банку на здійснення діяльності, коли вони досягають певних обсягів, які стають тригером.

156 Циркуляр 3680/13, виданий Центральним банком, зі змінами, визначає передплачені платіжні рахунки як такі, що «призначені для здійснення платіжних операцій із електронною валютою на основі коштів у бразильській валюті, внесених на такий рахунок наперед».

Ця вимога не застосовується у тих випадках, коли платіжна установа бере участь в платіжних системах з обмеженим призначенням.[157]

Отже, біржа віртуальних валют, яка працює як платіжна установа, що емітує електронні валюти, може мати необхідність отримання дозволу Центрального банку на здійснення діяльності, залежно від типу платіжної системи, у якій вона бере участь. Проте, ця вимога виходить із наявності передплачених рахунків у реалах і не пов'язана з віртуальними портфелями віртуальних валют або з будь-якими послугами та видами діяльності платформи, які стосуються виключно віртуальних валют.

VI. РЕГУЛЮВАННЯ МАЙНЕРІВ

Майнинг не регулюється в Бразилії. Майнинг в основному зосереджується на півдні Бразилії, де поблизу гідроелектростанції Ітайпу (хоча дуже часто можна побачити, як бразильські майнери підключаються до мережі сусідніх країн, таких як Парагвай) були побудовані майнингові ферми.

Основні занепокоєння щодо майнингової діяльності пов'язані з отриманням віртуальних валют в якості оплати за майнинг через питання відмивання коштів (*див. Розділ IV*).

Незважаючи на те, що діяльність із майнингу не регулюється, публічна пропозиція та продаж інвестиційних часток у майнинг-фермах вважаються публічним розміщенням колективного інвестиційного договору, який буде генерувати долю прав на товариство чи винагороду, та підпадати під визначення цінних паперів, на які поширюється дія Закону про ринки капіталу (*див. Розділ II*).

VII. РЕГУЛЮВАННЯ ЕМІТЕНТІВ ТА СПОНСОРІВ

Правова та регуляторна база, що застосовується до емітентів і спонсорів віртуальних валют, залежить від правового та регуляторного режиму, що застосовується до віртуальних валют. Емітенти та спонсори віртуальних валют, які підпадають під дію режиму загальних активів, не підпадають під дію жодного спеціального нормативно-правового акту.

157 Циркуляр 3682/13, виданий Центральним банком, зі змінами, наводить приклади платіжних систем з обмеженим призначенням, які є такими, чиї інструменти приймаються лише в мережі установ однієї й тієї ж компанії, навіть якщо не вона випускає їх; приймаються лише в мережі закладів, які чітко демонструють однакову візуальну ідентичність, такі як франшизи та мережі АЗС; і призначені для оплати конкретних громадських корисних послуг, таких як громадський транспорт та громадський телефонний зв'язок.

Однак, у випадку віртуальних валют, які підпадають під визначення віртуальних валют відповідно до Закону про ринки капіталу, що зазначені в Розділі II, емітенти або спонсори таких віртуальних валют також підпадають під дію Закону про ринки капіталу, включно з вимогою реєстрації в якості емітента цінних паперів у CVM, відповідно до умов Постанови CVM 480/09.

Постанова CVM 480/09 встановлює умови реєстрації компаній як емітентів цінних паперів класу A або класу B, залежно від типу випущеного цінного паперу, що включає дозвіл на випуск акцій у випадку емітентів класу A, який не застосовується до емітентів класу B. Постанова CVM 480/09 також визначає процедури реєстрації іноземних емітентів у CVM.

VIII. КРИМІНАЛЬНЕ ТА ЦИВІЛЬНЕ ШАХРАЙСТВО І ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

Хоча в Бразилії немає спеціального кримінального законодавства щодо криптоактивів, є важливі прецеденти кримінальних справ, порушених проти осіб, які використовували криптоактиви для здійснення шахрайства та інших злочинів. Незаконні дії із використанням криптоактивів, можна розглядати в тому ж обсязі, що й «традиційні» злочини, такі як розтрата та відмивання грошей, а також ухилення від сплати податків та валютні злочини. Також тривають гучні розслідування деяких злочинних схем, де використовувалися криптоактиви (фінансові піраміди та відмивання коштів).

IX. ОПОДАТКУВАННЯ

У бразильському податковому законодавстві немає правових норм, що регулюють оподаткування віртуальних валют, і брак належного регулювання може призвести до невизначеності щодо дотримання певних податкових зобов'язань.

Незважаючи на це, податкові органи включили два коментарі до своєї щорічної збірки «Q&A про податок на прибуток фізичних осіб», встановлюючи, що:

a. хоча віртуальні валюти не вважаються валютами відповідно до чинної нормативно-правової бази, вони мають декларуватися у звітності про податок на прибуток в розділі «активи», оскільки їх можна прирівняти до фінансових активів. Віртуальна валюта має бути задекларована за вартістю її придбання; і
b. приріст капіталу, отриманий від продажу віртуальних валют, оподатковується податком на прибуток.

У цьому контексті, операції з віртуальними валютами підлягають такому ж оподаткуванню, що й операції з різними класами активів. Це означає, що: (1) дохід, отриманий від розрахунків у віртуальній валюті, регулярно підлягає оподаткуванню; (2) установа, яка здійснює врегулювання зобов›язань з допомогою віртуальних валют, має і надалі сплачувати відповідні податки; та (3) приріст капіталу, отриманий у результаті продажу віртуальної валюти, оподатковується податком на прибуток.

Застосовувана ставка податку на прибуток від приросту капіталу від операцій із віртуальними валютами для бразильських фізичних осіб визначається так:

a. приріст капіталу, що не перевищує 5 мільйонів реалів, оподатковується податком на прибуток за ставкою 15 відсотків;
b. приріст капіталу, який перевищує 5 мільйонів реалів, але не перевищує 10 мільйонів реалів, оподатковується податком на прибуток за ставкою 17,5 відсотка;
c. приріст капіталу, який перевищує 10 мільйонів реалів, але не перевищує 30 мільйонів реалів, оподатковується податком на прибуток за ставкою 20 відсотків; і
d. приріст капіталу, що перевищує 30 мільйонів реалів, оподатковується податком на прибуток за ставкою 22,5 відсотка.

Приріст капіталу, отриманий фізичними особами від продажу товарів малої вартості (тобто віртуальної валюти), чия ціна за одиницю (або вартість усіх активів, проданих за місяць) менша або дорівнює 35 000 реалів, звільняється від податку на прибуток.

З огляду на деякі особливості технології віртуальних валют, усе ще точаться дискусії щодо застосовного режиму оподаткування в деяких конкретних ситуаціях, наприклад, чи є обмін віртуальної валюти на іншу віртуальну валюту об›єктом оподаткування; податковий режим віртуальних валют, отриманих із допомогою хардфорка[158], критерії обліку віртуальних валют у балансі місцевих компаній та оподаткування змін у ціні віртуальної валюти.

У цьому контексті, задля отримання інформації про операції, що здійснюються з віртуальними валютами, Служба внутрішніх доходів Бразилії (RFB) опублікувала нормативне рішення № 1.888/2019, яка створює спеціальне додаткове податкове зобов'язання, пов'язане з операціями з віртуальними валютами. Згідно з цим рішенням, інформація про операції з віртуальними валютами має повідомлятися органам влади: (1) бразильськими криптовалютними біржами щодо операцій, які здійснюються на їхній платформі; або (2) фізичними або юридичними особами, які

158 Біткоїн: «Розходження у ланцюжку блоків на постійній основі, як правило, виникає, коли неоновлені ноди не можуть підтвердити блоки, створені оновленими нодами, які відповідають новішим правилам консенсусу».

володіють віртуальними валютами, коли сума операцій за місяць сумарно перевищує 30 000 реалів і операції здійснюються поза межами біржі або через іноземні біржі.

Визначення віртуальних валют з боку RFB є досить широким, оскільки воно охоплює будь-яке цифрове представлення вартості. Отже, зобов'язання щодо звітності включають операції з валютами, токенами корисності та іншими активами, подібними до цінних паперів.

Звіт має містити інформацію про дату, тип і сторони операції, використовувані віртуальні валюти, їхню кількість та вартість операції в реалах, вартість комісій за обслуговування, а також адреси гаманців віртуальних валют, які брали участь в операції.

Інформацію необхідно подавати до RFB щомісяця – перший набір інформації був наданий у вересні 2019 року щодо операцій, проведених у серпні 2019 року. Крім того, бразильські біржі також повинні щороку надавати інформацію про баланс віртуальних валют, якими володіє кожен клієнт, станом на 31 грудня.

Нормативне рішення RFB також передбачає стягнення 3-відсоткового штрафу від вартості операцій, якщо інформація, яка була подана, є недостовірною, неповною або неправильною. Якщо декларантом є фізична особа, цей відсоток зменшується до 1,5 відсотка від вартості операції.

Зрештою, варто зазначити, що федеральний уряд зовсім нещодавно представив законопроєкт, який вносить відповідні зміни до оподаткування доходів фізичних та юридичних осіб (законопроєкт № 2,337/2021). Цей законопроєкт знаходиться на дуже ранній стадії в Національному Конгресі, і він ще не був предметом публічних обговорень або голосування. Тож, поки що він не змінює жодного чинного законодавства, що безпосередньо вплинуло б на оподаткування віртуальних валют.

Тим не менш, законопроєкт № 2,337/2021 зараз є важливою темою в Бразилії, тому фізичні та юридичні особи мають уважно стежити за ним разом з іншими пропозиціями щодо податкової реформи, які були подані до Національного Конгресу (наприклад, пропозиції про внесення поправок до Конституції № 45 і 110 від 2019 року та законопроєкт № 3,887/2020), що можуть вплинути не лише на оподаткування операцій із віртуальною валютою, а й на багато інших класів активів та видів діяльності.

X. ІНШІ ПИТАННЯ

i. ПРАВИЛА ЗАХИСТУ ДАНИХ

У середині серпня 2018 року Бразилія прийняла Закон про захист даних (LGPD). На момент написання, дата, від якої набудуть чинності положення LGPD щодо адміністративних стягнень, перенесена на 1 серпня 2021 року; дата для решти положень була відкладена до 3 травня 2021 року виконавчим указом, який має бути підтверджений та перетворений у закон Національним Конгресом із кінцевим терміном до 26 серпня 2020 року. Якщо цей указ буде відхилено, він втратить чинність, і LGPD почне застосовуватися негайно. LGPD вносить значні зміни в обробку персональних даних у Бразилії, включно з правилами обробки, зберігання, використання та передачі персональних даних, а також конкретними правилами передачі даних за кордон, і вплине на діяльність як бразильських, так і іноземних компаній, що пов›язані з Бразилією, а також цифрових платформ, які працюють у Бразилії. Види діяльності та операції, які пов›язані з використанням віртуальних валют не виключаються зі сфери застосування LGPD, а отже, вони також будуть об›єктом цього Закону.

ii. ЗАХИСТ ПРАВ СПОЖИВАЧІВ

На відміну від інших юрисдикцій, бразильське законодавство надає визначення споживача, а існування споживчих відносин і, отже, застосування положень Кодексу про захист прав споживачів відбувається, коли є постачальник, який постачає продукт або надає послуги відповідно до контракту, а кінцевий споживач використовує такий продукт або послугу. Отже, відносини між постачальниками рішень, де задіяні віртуальні валюти, та їхніми клієнтами можуть бути об’єктом бразильської нормативно-правової бази щодо захисту прав споживачів, зокрема Кодексу про захист прав споживачів.[159]

XI. ПЛАНИ НА МАЙБУТНЄ

Прийняття віртуальних валют у Бразилії продовжує значно збільшуватися з приходом нових учасників на місцевий ринок, що дає додатковий стимул для здійснення місцевих операцій. Крім того, економічна криза, викликана пандемією covid-19, і швидка цифровізація всіх аспектів життя в усьому світі внаслідок локдаунів у багатьох країнах, сприяли широкому використанню віртуальних валют у щоденних транзакціях.

159 Закон 8078/90.

Збільшення ринкової капіталізації операцій із віртуальними валютами та розвиток нових видів діяльності також, ймовірно, привернуть увагу бразильських законодавців та контролюючих органів.

Очікується, що громадські слухання та обговорення законопроєкту 2303/15 посиляться, а Центральний банк та CVM будуть ретельніше розглядати операції та нові продукти, де використовуються віртуальні валюти, особливо ті, які виходять за межі нормативно-правових актів банківського ринку та ринку капіталу, наприклад структури інвестиційних фондів, деривативи та ICO віртуальних валют, які класифікуються як цінні папери.

ВЕЛИКОБРИТАНІЯ

I. ОЗНАЙОМЛЕННЯ З НОРМАТИВНО-ПРАВОВОЮ БАЗОЮ

У Сполученому Королівстві термін «криптоактив» визначено в Положенні від 22.06.2017 року № 692 «Про відмивання коштів, фінансування тероризму та переказ коштів (Інформація про платника)» (зі змінами) як «криптографічно захищене цифрове представлення вартості або договірних прав, яке використовує одну із форм технології розподіленого реєстру (DLT) та що можна переказувати, зберігати або обмінювати в електронному вигляді»[160]. Так само, інші нормативні правила та керівні настанови Сполученого Королівства зазвичай використовують термін криптоактив (а не віртуальна валюта). Тому, якщо ми в цьому дослідженні звертаємось до віртуальних валют, то це потрібно розуміти як посилання на всі види криптоактивів (а також токенів електронних грошей).

Наразі деякі (але не всі) види віртуальних валют регулюються у Сполученому Королівстві. Загалом, структура та основні характеристики віртуальної валюти будуть визначати, чи належить вона до периметра регулювання Сполученого Королівства, та якщо так, то яка нормативні база чи механізми будуть застосовуватись. У своїх керівних настановах щодо криптоактивів[161] Управління з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства (FCA) виокремлює три широкі категорії віртуальних валют з такими характеристиками:

a. Інвестиційні токени[162]. Віртуальні валюти з характеристиками, які означають, що вони надають права та зобов'язання, подібні до традиційних інструментів, таких як акції, боргові зобов'язання або паї (частки) в схемі колективного

160 Див. підпункт (а) пункту 3 статті 14А глави 1 частини 2 Положення від 22.06.2017 року № 692 «Про відмивання коштів, фінансування тероризму та переказ коштів (Інформація про платника)» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3OHASvq (англійська мова).

161 «Керівні настанови щодо криптоактивів», опубліковані Управлінням з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства 31.07.2019 року [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3vuD16p (англійська мова).

162 В оригіналі «Security tokens» (прим. перекладача).

інвестування. Це означає, що вони підпадають під периметр регулювання Сполученого Королівства як «визначені інвестиції» у рамках Закону Сполученого Королівства «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року[163].

b. Токени електронних грошей. Віртуальні валюти, які відповідають визначенню електронних грошей (або е-грошей, e-money) відповідно до Положення від 18.01.2011 «Про електронні гроші»[164].

c. Нерегульовані токени. Віртуальні валюти, які не є ні інвестиційними токенами, ні токенами електронних грошей. Вони не є визначеними інвестиціями відповідно до Закону Сполученого Королівства «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року – тому виходять за межі периметра регулювання Сполученого Королівства (за винятком вимог щодо боротьби з відмиванням коштів, *див. Секцію IV*). До них належать віртуальні валюти, які не емітуються та не підтримуються жодним центральним органом, розроблені та призначені для безпосереднього використання як засіб обміну, які Управлінням з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства називає обмінними токенами, хоча їх часто називають криптовалютами[165]. До нерегульованих токенів також відносять «токени корисності», які надають власникам доступ до поточної або перспективної послуги чи продукту. Ці токени також мають характеристики, що робить їх схожими на цінні папери. Токени корисності можуть бути такими ж або подібними до краудфандингу на основі винагород.

У своїх керівних настановах Управління з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства заявляє, що, хоча воно визнає ці три широкі категорії криптоактивів, «вони можуть переходити з однієї категорії до іншої протягом свого життєвого циклу», а оцінку того, чи конкретна віртуальна валюта підпадає під периметр регулювання Сполученого Королівства, «можна зробити тільки після вивчення кожного конкретного випадку, врахувавши низку різних чинників». Взагалі у цих керівних настановах викладено погляди Управління на те, коли віртуальні валюти підпадають під чинний периметр регулювання Сполученого Королівства. Ці керівні настанови не є обов'язковими для судів, але суди можуть зважати на них під час прийняття будь-яких своїх рішень, наприклад, під час примусового виконання контрактів.

163 Закон Сполученого Королівства «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3Lvplxy (англійська мова).

164 Положення від 18.01.2011 «Про електронні гроші» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3KAwEml (англійська мова).

165 Їх ще називають платіжними токенами (прим. перекладача).

Питання, які потрібно розглянути, щоб визначити режими регулювання, які можна потенційно застосувати

У Сполученому Королівстві є різні способи регулювання діяльності учасників ринку, яка пов'язана з віртуальними валютами. Під час проведення аналізу того, чи можна регулювати діяльність, пов'язану з певною віртуальною валютою, та якщо так, то у який спосіб, варто розглянути такі питання:

a. Чи можуть віртуальні валюти бути цінними паперами, що перебувають в обігу, або іншими видами фінансових інструментів чи інвестицій, які підпадають під регулювання?
b. Чи можуть механізми, які пов'язані з емісією віртуальних валют, передбачати створення схеми колективного інвестування?
c. Чи можуть віртуальні валюти призвести до залучення внесків, емісії електронних грошей або надання платіжних послуг?
d. Чи може емісія віртуальних валют або функціонування біржі віртуальних валют регулюватися як краудфандинг?
e. Чи може діяльність, що пов'язана з віртуальними валютами, підпадати під дію правового та нормативного режиму Сполученого Королівства щодо боротьби з відмиванням коштів?

II. ЗАКОНИ ПРО ЦІННІ ПАПЕРИ ТА ІНВЕСТИЦІЇ

Закон Сполученого Королівства «Про фінансові послуги та ринки» є наріжним каменем режиму регулювання фінансових послуг у Сполученому Королівстві. Відповідно до статті 19 Цього Закону, особа не має проводити діяльність у Сполученому Королівстві, що регулюється, або мати наміри проводити її, якщо така особа не має дозволу на проведення певної діяльності чи звільнення від отримання такого дозволу[166]. Це називається загальною забороною, порушення якої є кримінальним злочином (*див. підсекцію 8.1*). Діяльність, що регулюється – це діяльність певного виду, що проводиться у формі підприємництва та пов'язана з інвестиціями певного виду[167].

Наказ від 27.02.2001 № 544 «Про імплементацію норм Закону «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року (у частині діяльності, що регулюється)»[168] встановлює види діяльності та інвестицій, які визначені для цієї мети.

166 Стаття 19 частини 2 Закону Сполученого Королівства «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/36VbwcD (англійська мова).

167 Стаття 22 частини 2 Закону Сполученого Королівства «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3volkFh (англійська мова).

168 Наказ від 27.02.2001 № 544 «Про імплементацію норм Закону «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року (у частині діяльності, що регулюється)» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3yg046L (англійська мова).

Загалом, у кожному випадку необхідно проводити аналіз істотних характеристик віртуальної валюти, що розглядається, для визначення того, чи є віртуальна валюта окремою інвестицією в рамках Цього Наказу та, якщо так, то до якої категорії визначених інвестицій її можна віднести. Однак у підсекції 2.1 викладені деякі загальні принципи щодо того, як різні види віртуальних валют можуть бути розподіленими на категорії відповідно до режиму регулювання Сполученого Королівства.

На високому рівні Управління з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства вказало, що обмінні токени (тобто криптовалюти) та токени корисності не є видами фінансових інструментів, що регулюються. Проте, водночас, діяльність, що пов'язана з криптовалютними деривативами та інвестиційними токенами, регулюється.

У підсекції 2.2 ми також розглянемо, чи можуть механізми, які пов'язані з емісією віртуальних валют, передбачати створення схеми колективного інвестування.

Навіть, якщо віртуальні валюти не є інвестиціями в рамках Наказу від 27.02.2001 № 544 «Про імплементацію норм Закону «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року (у частині діяльності, що регулюється)», на фірми, які проводять господарську діяльність, що пов'язана з віртуальними валютами, можуть застосовуватися нормативні вимоги, які будуть розглядатись у наступних секціях цього дослідження.

i. КАТЕГОРІЇ ВІРТУАЛЬНИХ ВАЛЮТ ТА ВИЗНАЧЕНІ ІНВЕСТИЦІЇ

Обмінні токени (криптовалюти) та криптовалютні деривативи

Управління з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства зробило різні заяви, які вказують на те, що Управління не вважає, що обмінні токени (яких також називають криптовалютами або цифровими валютами) підпадають під периметр регулювання фінансових послуг Сполученого Королівства, за умови, що вони не є частиною інших продуктів або послуг, що регулюються[169]. Загалом, це означає, що криптовалюти не вважаються визначеними інвестиціями згідно з Законом Сполученого Королівства «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року[170].

Однак, у квітні 2018 року Управління з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства вказало, що криптовалютні деривативи можуть бути фінансовими інструментами в рамках переглянутої Директиви ЄС про ринки фінансо-

169 Див., наприклад, Зворотну заяву Управління з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства про технологію розподіленого реєстру (грудень 2017 року) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3xZ0ga8 (англійська мова) «Керівні настанови щодо криптоактивів» (виноска 3).

170 Див., наприклад, Зворотну заяву Управління з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства про технологію розподіленого реєстру (грудень 2017 року) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3xZ0ga8 (англійська мова).

вих інструментів (MiFID II)[171], навіть якщо власне криптовалюти не є фінансовими інструментами, що регулюються у Сполученому Королівстві[172]. У цій заяві Управління вказало, що до криптовалютних деривативів належать ф'ючерси, опціони та контракти на різницю, які прив'язанні до криптовалют.

Це означає, що суб'єктам господарювання, найімовірніше, потрібно буде одержувати дозвіл відповідно до Закону Сполученого Королівства «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року для здійснення транзакцій, надання консультацій чи організації транзакцій з криптовалютними деривативами або надання будь-яких інших послуг, які регулюються та пов'язані із криптовалютними деривативами у Сполученому Королівстві. 6 січня 2021 року Управління з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства наклало заборону на маркетинг, розповсюдження та продаж роздрібним клієнтам деривативів та біржових нот, які прив'язані до криптоактивів, що перебувають в обігу та не регулюються, такі як криптовалюти[173].

У своїй заяві у квітня 2018 року Управління з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства також зазначило, що не вважає криптовалюти валютами чи сировинними товарами для цілей регулювання. Це є важливим для оцінки того, які нормативні правила будуть застосовуватись до криптовалютних деривативів, оскільки спеціальні правила застосовуються до певних категорій деривативів, таких як товарні деривативи чи деривативи, у яких базовим активом є валюта або фінансовий інструмент, що регулюється.

Інвестиційні токени

У своїх керівних настановах щодо криптоактивів Управління з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства описує інвестиційні токени як віртуальні валюти, які становлять певні інвестиції в рамках Наказу від 27.02.2001 № 544 «Про імплементацію норм Закону «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року (у частині діяльності, що регулюється)», за винятком токенів електронних грошей (*див. підсекцію 3.2*, де розглядаємо токенів електронних грошей). Інвестиційні токени, як правило, підпадають під визначення цінних паперів відповідно до Цього Наказу, які також є підмножиною визначених інвестицій у Цьому Наказі.

171 Директива Європейського Парламенту і Ради про ринки фінансових інструментів (від 15 травня 2014 року № 2014/65/ЄС) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/36VC79g (українська мова). Ця Директива була імплементована у Сполученому Королівстві та збережена після виходу Сполученого Королівства з ЄС відповідно до Закону Сполученого Королівства «Про Європейський Союз (Вихід)» 2018 року.

172 Див. [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3EYS2QN (англійська мова).

173 Див. Політичну заяву Управління з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства № PS20/10 «Про заборону продажу роздрібним клієнтам інвестиційних продуктів, які прив'язані до криптоактивів» (жовтень 2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/38xXz4A (англійська мова).

До віртуальних валют, які розглядаються як цінні папери, що перебувають в обігу, також застосовуються додаткові нормативні вимоги, такі як режим проспекту емісії Сполученого Королівства (*див. підсекцію 7.1*).

Управління з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства вказало, що принаймні деякі види віртуальних валют можуть бути цінними паперами, що перебувають в обігу. Зокрема, Управління зазначає, що традиційні акції, які були емітованими в публічному блокчейні, можуть бути цінними паперами, які перебувають в обігу, а також деякі інвестиційні токени можуть «прирівнюватись до цінних паперів, що перебувають в обігу та які є більш схожими на краудфандинг на основі акцій, що регулюється»[174].

Поняття цінних паперів

Відповідно до Наказу від 27.02.2001 № 544 «Про імплементацію норм Закону «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року (у частині діяльності, що регулюється)» до цінних паперів належать[175]:

a. Акції[176];
b. Облігації, боргові зобов'язання, депозитні сертифікати та інші інструменти, що створюють або визнають заборгованість[177];
c. Варанти та інші інструменти, що дають право на інвестиції в акції, облігації, боргові зобов'язання, депозитні сертифікати та інші інструменти, що створюють або визнають заборгованість[178];
d. Сертифікати, що представляють певні цінні папери: тобто сертифікати або інші інструменти, що надають договірні або майнові права щодо певних видів цінних паперів, які належать іншій особі, та передача яких може здійснюватись без згоди цієї іншої особи[179];

174 Абзац 6 письмового подання Управління з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства на запит Комітету казначейства Палати громад щодо цифрових валют, яке було оприлюднене 22.05.2018 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3MDUa37 (англійська мова).

175 Стаття 3(1) частини першої Наказу від 27.02.2001 № 544 «Про імплементацію норм Закону «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року (у частині діяльності, що регулюється)» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LwuncP (англійська мова).

176 Стаття 76 частини третьої Наказу від 27.02.2001 № 544 «Про імплементацію норм Закону «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року (у частині діяльності, що регулюється)» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3knvuQ6 (англійська мова).

177 Статті 77, 77A та 78 частини третьої Наказу від 27.02.2001 № 544 «Про імплементацію норм Закону «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року (у частині діяльності, що регулюється)» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3yg046L (англійська мова).

178 Стаття 79 частини третьої Наказу від 27.02.2001 № 544 «Про імплементацію норм Закону «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року (у частині діяльності, що регулюється)» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3vuh1si (англійська мова).

179 Стаття 80 частини третьої Наказу від 27.02.2001 № 544 «Про імплементацію норм Закону «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року (у частині діяльності, що регулюється)» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LwpyQO (англійська мова).

e. Паї (частки) у схемі колективного інвестування[180] (більш докладно про схему колективного інвестування *див. підсекцію 2.2*);

f. Права у рамках пенсійного забезпечення стейкхолдерів або індивідуального пенсійного забезпечення[181];

g. Квоти на викиди парникових газів та інших речовин[182].

До визначення цінних паперів також належать права або інтереси в цих видах інвестицій (за деякими винятками, наприклад, стосовно схем професійного пенсійного забезпечення, які, як правило, не мають стосунок до віртуальних валют)[183].

У своїх керівних настановах щодо криптоактивів Управління з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства наводить невичерпний перелік чинників, які вказують на існування інвестиційного токена, включаючи будь-які договірні права на участь у прибутках, здійснення контролю чи права голосу щодо діяльності емітента, що можуть мати утримувачі цих токенів. До інших чинників можуть належати формулювання, яке використовується у відповідній документації, хоча Управління зазначає, що найменування не є остаточним, а саме аналіз по суті визначає, чи є віртуальна валюта інвестиційним токеном чи ні.

Отже, особи, які проводять певну діяльність, пов'язану з інвестиційними токенами в Сполученому Королівстві, мають бути на це уповноваженими та мати відповідні дозволи згідно з Законом Сполученого Королівства «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року. До відповідних визначених видів діяльності належать торгівля (тобто купівлю, продаж, підписку або андеррайтинг) цінних паперів у якості принципала або агента[184], організація операцій або укладання угод із метою здійснення операцій із цінними паперами[185].

180 Стаття 81 частини третьої Наказу від 27.02.2001 № 544 «Про імплементацію норм Закону «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року (у частині діяльності, що регулюється)» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3vNeMz4 (англійська мова).

181 Статті 82 частини третьої Наказу від 27.02.2001 № 544 «Про імплементацію норм Закону «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року (у частині діяльності, що регулюється)» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3vLdpkg (англійська мова).

182 Статті 82A та 82B частини третьої Наказу від 27.02.2001 № 544 «Про імплементацію норм Закону «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року (у частині діяльності, що регулюється)» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3yg046L (англійська мова).

183 Статті 89 частини третьої Наказу від 27.02.2001 № 544 «Про імплементацію норм Закону «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року (у частині діяльності, що регулюється)» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3OLVYJ1 (англійська мова).

184 Статті 14 глави четвертої та 21 глави п'ятої частини другої Наказу від 27.02.2001 № 544 «Про імплементацію норм Закону «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року (у частині діяльності, що регулюється)» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3yg046L (англійська мова).

185 Статті 89 частини третьої Наказу від 27.02.2001 № 544 «Про імплементацію норм Закону «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року (у частині діяльності, що регулюється)» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/39siPJJ (англійська мова).

Поняття цінних паперів, що перебувають в обігу

Якщо основні характеристики віртуальної валюти вказують на те, що вона підпадає під визначення цінного паперу, то необхідно також розглянути, чи може такий цінний папір перебувати в обігу, щоб встановити відповідні нормативні вимоги.

Цінні папери, що перебувають в обігу, визначаються як «ті класи цінних паперів, які є оборотними на ринку капіталів, за винятком платіжних інструментів»[186]. Органи регулювання Сполученого Королівства надалі враховують інтерпретаційні керівні настанови щодо тлумачення цього визначення, які оприлюднені Європейською Комісією до виходу Сполученого Королівства з ЄС. Європейська Комісія вказала, що концепцію оборотності на ринку капіталу потрібно тлумачити широко: «якщо ці цінні папери, що розглядаються, є такими, якими можна торгувати на регульованому ринку чи багатосторонньому торговельному майданчику, то це буде переконлива ознака того, що вони є цінними паперами, що перебувають в обігу, навіть якщо окремі цінні папери, про які йдеться, фактично не торгуються», а також навпаки, «якщо обмеження на передачу не дозволяють інструменту бути об'єктом торгівлі, то, у такому контексті, це не є цінним папером, що перебуває в обігу»[187].

Термін «ринок капіталу» не визначено для цієї мети, але Європейська Комісія вказала, що це поняття є широким і повинно включати всі контексти, де трапляються правовідносини під час купівлі та продажу цінних паперів[188]. Отже, це може включати криптовалютну біржу.

Це означає, що ті види віртуальних валют, які класифікуються як цінні папери, також, ймовірно, будуть кваліфікуватись як цінні папери, що перебувають в обігу, якщо вони є об'єктами торгівлі чи можуть торгуватись на криптовалютних або інших біржах. Тому на них будуть поширюватись вимоги режиму проспекту емісії (буде розглянутий у підсекції 7.1) та інші нормативні вимоги, які застосовуються саме до цінних паперів, що перебувають в обігу. Якщо токени цінних паперів не обертаються на ринку капіталу, наприклад, через контрактні обмеження на передачу, то на них, тим не менш, можуть поширюватись дія режиму краудфандингу Сполученого Королівства для цінних паперів, яких не можна негайно реалізувати (див. нижче та підсекцію 5.2).

186 Стаття 102A(3) частини четвертої Закону Сполученого Королівства «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3kqgwZP (англійська мова). Тут також є перехресне посилання на визначення, що міститься у Положенні 2017 року «Про імплементацію норм Закону «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року (у частині ринків фінансових інструментів)» (як закріплено в законодавстві Сполученого Королівства відповідно до Закону Сполученого Королівства «Про Європейський Союз (Вихід)» 2018 року.

187 Див. Європейська Комісія: питання та відповіді щодо Директиви про фінансові інструменти (від 21.04.2004 № 2004/39/ЄС) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3y0ASRt (англійська мова).

188 Ibid.

Цінні папери, які не можна негайно реалізувати

У 2014 році Управління з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства запровадило нормативні правила, що стосуються просування цінних паперів, яких не можна негайно реалізувати. Управління визначає цінний папір, який не можна негайно реалізувати, як цінний папір, який не є:

a. цінним папером, який можна негайно реалізувати. Цей термін включає державні та цінні папери з публічним розміщенням, а також цінні папери, які перебувають у списках фондових бірж або регулярно торгуються на певних біржах. Варто зауважити, що це поняття вужче, ніж поняття цінного паперу, що перебуває в обігу;
b. пакетним продуктом. Сюди належать паї (частки) у регульованій схемі колективного інвестування, а також певні страхові, пенсійні та інші продукти;
c. неосновними об'єднаними інвестиціями. Сюди належать паї (частки) у нерегульованій схемі колективного інвестування, певні цінні папери, емітовані компанією спеціального призначення, а також права чи інтереси щодо таких інвестицій;
d. деякими видами акцій або субординованих боргів, емітованими спільними товариствами або кредитними спілками[189].

Можливо, деякі види віртуальних валют можуть бути як цінними паперами, що перебувають в обігу, так і цінними паперами, які не можна негайно реалізувати.

Токени корисності

У Сполученому Королівстві токени корисності не є фінансовими інструментами, що регулюються. Управління з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства описує токени корисності як «токени, що заявляють вимоги на потенційні послуги чи продукти» та пояснює, що такі «токени не є цінними паперами, що перебувають в обігу, чи іншими продуктами, що регулюються, та надають тільки доступ до мережі чи продукту»[190]. Наприклад, сюди можна віднести токени, які дають утримувачу право доступу до офісного простору або використання певного програмного забезпечення.

189 Словник до посібника Управління з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства «Керівні настанови щодо периметру дії Закону Сполученого Королівства «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/38Js0VS (англійська мова).

190 Абзац 6 письмового подання Управління з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства на запит Комітету казначейства Палати громад щодо цифрових валют, яке було оприлюднене 22.05.2018 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3MDUa37 (англійська мова).

ii. ЧИ МОЖУТЬ МЕХАНІЗМИ, ЯКІ ПОВ'ЯЗАНІ З ЕМІСІЄЮ ВІРТУАЛЬНИХ ВАЛЮТ, ПЕРЕДБАЧАТИ СТВОРЕННЯ СХЕМИ КОЛЕКТИВНОГО ІНВЕСТУВАННЯ?

Додаткові нормативні вимоги будуть застосовуватися, якщо механізми, які пов'язані з емісією віртуальних валют, передбачають створення схеми колективного інвестування. Паї (частки) у схемі колективного інвестування є визначеними інвестиціями в рамках Наказу від 27.02.2001 № 544 «Про імплементацію норм Закону «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року (у частині діяльності, що регулюється)», а створення, функціонування або ліквідація схеми колективного інвестування є діяльністю, що регулюється, відповідно до Закону Сполученого Королівства «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року (з урахуванням виключень, які розглянемо далі в підсекції «Установи колективного інвестування та альтернативні інвестиційні фонди»)[191].

Схеми колективного інвестування

Схема колективного інвестування визначається як «будь-які домовленості щодо майна будь-якого виду, включаючи гроші, метою або наслідком яких є надання можливості особам, які беруть участь у цих домовленостях (які стають власниками майна чи будь-якої його частини або іншим чином), взяти участь або одержувати прибутки чи доходи, що виникають у результаті придбання, утримання, управління чи розпорядження майном, або суми коштів, що виплачуються з такого прибутку чи доходу»[192].

Крім того, учасники схеми колективного інвестування не повинні мати повсякденного контролю за управлінням майном. Домовленості мають передбачати об'єднання внесків учасників та прибутку чи доходу, або взагалі управління майном оператором схеми чи від його імені, або обидва випадки одночасно[193].

Структури віртуальних валют , які не залучають інвестиції в базові активи (наприклад, криптовалюти) або які не передбачають участі учасників у пулі або одержання прибутку чи доходу від нього (наприклад, токени корисності), як правило, не підпадають під визначення схеми колективного інвестування.

---

191 Стаття 51ZE глави десятої частини другої Наказу від 27.02.2001 № 544 «Про імплементацію норм Закону «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року (у частині діяльності, що регулюється)» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LwdsY3 (англійська мова).

192 Стаття 235(1) глави першої частини сімнадцятої Закону Сполученого Королівства «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3y4k5Nb (англійська мова).

193 Статті 235(2) та (3) глави першої частини сімнадцятої Закону Сполученого Королівства «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3y4k5Nb (англійська мова).
Модуль 9.4 посібника Управління з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства «Керівні настанови щодо периметру дії Закону Сполученого Королівства «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року» містить подальші вказівки щодо визначення схеми колективного інвестування ([Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3y7BqVt (англійська мова), а Наказ від 19.03.2001 № 1062 «Про імплементацію норм Закону «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року (Схеми колективного інвестування)» визначає певні види домовленостей, які не є схемами колективного інвестування ([Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/39xgywT (англійська мова).

Можливо у деяких випадках, що емітент віртуальної валюти сам буде схемою колективного інвестування, хоча віртуальна валюта не є паєм (часткою), а утримувачі віртуальної валюти не будуть власниками паїв у такій схемі. Це може виникнути, наприклад, коли емітент залучає кошти від емісії віртуальної валюти та використовує зібрані кошти для придбання активів або здійснення інших інвестицій на користь власників паїв (часток) в емісійній компанії (але не утримувачів віртуальної валюти).

Установи колективного інвестування та альтернативні інвестиційні фонди

Якщо віртуальна валюта є схемою колективного інвестування, то вона також може бути установою колективного інвестування, альтернативним інвестиційним фондом або одним та другим одночасно.

Установа колективного інвестування є подібним, але не ідентичним до схеми колективного інвестування[194]. Європейська організація з цінних паперів та ринків (ESMA) оприлюднила керівні настанови щодо характеристик установи колективного інвестування, які передбачають, що установа буде установою колективного інвестування, якщо:

a. установа не має загального комерційного чи промислового призначення;
b. установа об'єднує капітал, залучений від своїх інвесторів для інвестиційних цілей, з метою отримання сукупного доходу для цих інвесторів;
c. власники паїв або акціонери установи (як колективна група) не мають звичайних повноважень щодо свободи дій чи контролю.

Той факт, що одному або декільком, але не всім вищезгаданим власникам паїв або акціонерам надаються звичайні повноваження щодо свободи дій чи контролю, не потрібно розглядати як доказ того, що установа не є установою спільного інвестування[195].

Альтернативний інвестиційний фонд – це установа колективного інвестування, яка залучає капітал від низки інвесторів з метою його інвестування згідно з визначеною інвестиційною політикою на користь таких інвесторів та не потребує офіційного дозволу як установи для колективного інвестування в цінні папери, що перебувають в обігу[196].

194 Варто зауважити, що поняття схеми колективного інвестування у Сполученому Королівстві цілком охоплює поняття установи колективного інвестування, яке було розроблене ЄС.

195 Керівні настанови Європейської організації з цінних паперів та ринків щодо ключових концепцій Директиви Європейського Парламенту і Ради 2011/61/ЄС від 8 червня 2011 року про керуючих альтернативними інвестиційними фондами та про внесення змін і доповнень до директив 2003/41/ЄС і 2009/65/ЄС та регламентів (ЄС) № 1060/2009 і (ЄС) № 1095/2010 (серпень 2013 року) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3KBq66X (англійська мова). Ці керівні настанови залишились чинними у Сполученому Королівстві навіть після його виходу з ЄС.

196 Здається малоймовірним, що віртуальні валюти будуть структуровані так, щоб відповідати режиму щодо інститутів спільного інвестування в цінні папери, що перебувають в обігу.

Загалом, для визначення, чи може окрема віртуальна валюта бути альтернативним інвестиційним фондом, необхідно проводити детальний аналіз. Якщо так, то в цьому випадку віртуальній валюті буде потрібен уповноважений або керуючий альтернативним інвестиційним фондом, який буде відповідати за дотримання нормативних вимог Сполученого Королівства, які застосовуються до альтернативних інвестиційних фондів та керуючих альтернативними інвестиційними фондами. Управління альтернативним інвестиційним фондом є діяльністю, яка регулюється відповідно до Закону Сполученого Королівства «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року[197].

III. БАНКІВСЬКІ ТА ГРОШОВІ ПЕРЕКАЗИ

У Сполученому Королівстві низка видів банківської діяльності треба розглядати в контексті віртуальних валют, у тому числі, чи може будь-яка діяльність, що проводиться у поєднанні з віртуальними валютами, призвести до залучення депозитів, емісії електронних грошей або надання платіжних послуг.

i. ЗАЛУЧЕННЯ ДЕПОЗИТІВ

Залучення депозитів у Сполученого Королівства є діяльністю, яка регулюється у рамках Закону Сполученого Королівства «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року. Це відбувається у тому випадку, якщо гроші, одержані у вигляді депозиту, позичаються іншим особам або інша діяльність особи, яка залучає депозит, фінансується повністю або значним обсягом за рахунок капіталу або процентів від грошей, які були одержані у вигляді депозиту[198].

Для цих цілей депозит визначається як грошова сума, яка виплачується на умовах:

a. відповідно до яких він буде погашений з відсотками чи премією або без них, а також на вимогу чи під час або за обставин, які погоджені особою, що здійснює платіж, та особою, яка його отримує, чи від їхнього імені;

b. які не стосуються надання майна (крім валюти) чи послуг або надання забезпечення.

197 Стаття 51ZC глави десятої частини другої Наказу від 27.02.2001 № 544 «Про імплементацію норм Закону «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року (у частині діяльності, що регулюється)» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LBujZD (англійська мова).
Варто зауважити, що стаття 51ZG Цього Наказу передбачає, що оператор схеми колективного інвестування, яка також є альтернативним інвестиційним фондом, не має проводити діяльність, що регулюється відповідно до статті 51ZE Цього Наказу, за умови, що управління альтернативним інвестиційним фондом здійснює особа, яка уповноважена або зареєстрована на це. Стаття 51ZG Цього Наказу також передбачає подібне виключення для операторів схем колективного інвестування, які є установами для колективного інвестування у цінні папери, що перебувають в обігу.

198 Стаття 5 глави другої частини другої Наказу від 27.02.2001 № 544 «Про імплементацію норм Закону «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року (у частині діяльності, що регулюється)» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3OQnYv8 (англійська мова).

Як правило, віртуальні валюти не призводять до діяльності із залученням депозитів, оскільки емісія віртуальних валют зазвичай не передбачає внесення певної суми грошей емітенту (за умови існування такого емітента). Віртуальні валюти часто емітуються після одержання інших криптовалют. Навіть, якщо інші криптовалюти розглядаються як гроші, то вони нечасто емітуються на умовах, за якими вони будуть повернуті власнику.

ii. ЕЛЕКТРОННІ ГРОШІ

Емісія електронних грошей також є діяльністю, яка регулюється у Сполученому Королівстві[199]. Емісія електронних грошей без відповідного дозволу є кримінальним правопорушенням.

Відповідно до Положення від 18.01.2011 «Про електронні гроші» електронні гроші визначаються як грошові кошти, що зберігаються в електронному вигляді (у тому числі на магнітних носіях) та представлені у вигляді вимоги до емітента електронних грошей, яка видається в разі одержання коштів з метою здійснення платіжних операцій, приймаються як засіб платежу іншими особами, які не є емітентами цих грошей, а також не виключається іншим чином згідно з Цим Положенням.

Ключовою характеристикою продукту, який розглядається як електронні гроші, є те, що він має бути емітованим в разі отримання коштів (тобто це передоплачений продукт, з яким клієнт оплачує наперед спроможність витрачати коштів).

Загалом, криптовалюти навряд чи призведуть до емісій електронних грошей, оскільки вони, як правило, не здійснюють збереження грошової вартості (вартість криптовалюти часто дуже нестабільна, визначається ринковими силами та не пов'язана з будь-якою конкретною валютою). Крім того, більшість криптовалют не надають утримувачам договірне право вимоги до емітента відповідної криптовалюти, не емітуються в разі отримання коштів та (за деякими винятками) зазвичай не емітуються з метою здійснення платіжних операцій.

Однак, наявні деякі види віртуальних валют, які функціонують так само, як електронні гроші. У своїх «Керівних настановах щодо криптоактивів» Управління з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства розглядає віртуальні валюти, які відповідають визначенню електронних грошей згідно з Положенням від 18.01.2011 «Про електронні гроші», як токени електронних грошей. Зокрема, стейблкоїни спеціально були розроблені для підтримання вартості та часто є прив'язаними до базових активів, включаючи такі валюти, як долар США.

199 Стаття 63 частини сьомої Положення від 18.01.2011 «Про електронні гроші» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LDrMy0 (англійська мова) та стаття 9B глави IIA частини другої Наказу від 27.02.2001 № 544 «Про імплементацію норм Закону «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року (у частині діяльності, що регулюється)» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/39xEksA (англійська мова) для кредитних установ, кредитних спілок та муніципальних банків.

Якщо стейблкоїн емітується після одержання фіатної валюти, наприклад, доларів США та уособлює вимоги до емітента у вигляді того, що утримувач віртуальної валюти може мати право викупити цей стейблкоїн за фіатну валюту, то це цілком може означати емісію електронних грошей емітентом.

Проте, у своїх «Керівних настановах щодо криптоактивів» Управління з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства зазначає, що стейблкоїни можуть бути структурованими та стабілізованими різними способами, що може вплинути на їхню нормативну характеристику.

Наприклад, деякі види стейблкоїнів можуть бути забезпеченими крипто-заставою, активами або бути алгоритмічно стабілізованими. Це Управління також зазначає, що, залежно від його структури, стейблкоїн «може вважатися паєм (часткою) у схемі колективного інвестування, борговим цінним папером, електронними грошима або іншим видом визначених інвестицій. Крім того, середовище стейблкоїна може виходити за рамки компетенції Управління. Зрештою, це можна визначити тільки в кожному окремому випадку».

Нормативно-правовий режим регулювання стейблкоїнів також був предметом нещодавніх консультацій у Казначействі Її Величності (*див. підсекцію 9.1*).

iii. ПЛАТІЖНІ ПОСЛУГИ

Надання платіжних послуг у Сполученому Королівстві регулюється Положенням від 19.07.2017 № 752 «Про платіжні послуги»[200]. Надання платіжних послуг без відповідного дозволу чи реєстрації є кримінальним правопорушенням[201].

До платіжних послуг належать такі види діяльності, якщо вони проводяться на постійній професійній основі чи як господарська діяльність у Сполученому Королівстві[202]:

a. надання послуг, що надають змогу розміщувати готівку на платіжному рахунку та всі операції, необхідні для роботи з платіжним рахунком;
b. надання послуги, що надають змогу знімати готівку з платіжного рахунку, та всі операції, необхідні для роботи з платіжним рахунком;
c. здійснення платіжних операцій, включаючи перекази коштів через платіжний рахунок у надавача платіжних послуг користувача або іншого надавача платіжних послуг, у тому числі:

200 Положення від 19.07.2017 № 752 «Про платіжні послуги» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3KDFI9T (англійська мова).

201 Стаття 138 частини одинадцятої Положення від 19.07.2017 № 752 «Про платіжні послуги» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3MOJNtt (англійська мова).

202 Частина перша Додатку першого Положення від 19.07.2017 № 752 «Про платіжні послуги» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wivV47 (англійська мова).

- здійснення прямих дебетів, у тому числі одноразових прямих дебетів;
- здійснення платіжних операцій через платіжну картку або подібний засіб;
- здійснення кредитних переказів, у тому числі постійних доручень;
- здійснення платіжних операцій, якщо кошти покриваються кредитною лінією користувача платіжних послуг, у тому числі:
- здійснення прямих дебетів, у тому числі одноразових прямих дебетів;
- здійснення платіжних операцій через платіжну картку або подібний засіб;
- здійснення кредитних переказів, у тому числі постійних доручень;

a. здійснення емісії платіжних інструментів[203] або еквайринг платіжних операцій[204];

b. проведення грошових переказів[205];

c. надання послуг з ініціювання платежів[206];

d. надання послуг з надання відомостей з рахунків[207].

Однак, існує низка виключень, перерахованих у частині другій Додатку першого Положення від 19.07.2017 № 752 «Про платіжні послуги» (види діяльності, які не є наданням платіжних послуг)[208], включаючи винятки, подібні до винятку обмеженої мережі та винятку електронних комунікацій, які зазначені вище у частині, що стосується емісії електронних грошей.

---

203 Платіжна послуга, яку надає надавач платіжних послуг, що уклав договір з платником про надання платіжного інструменту для ініціювання платіжних доручень та обробки платіжних операцій платника (Стаття 2(1) частини першої Положення від 19.07.2017 № 752 «Про платіжні послуги» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3OLMsFU (англійська мова).

204 Платіжна послуга, яку надає надавач платіжних послуг, що укладав договір з одержувачем на прийняття та обробку платіжних операцій, наслідком яких є проведення переказу коштів одержувачу (Стаття 2(1) частини першої Положення від 19.07.2017 № 752 «Про платіжні послуги» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3OLMsFU (англійська мова).

205 Послуга з переказу грошей (або будь-якого представлення грошової вартості) без створення платіжних рахунків на ім'я платника або одержувача, де кошти одержуються від платника з єдиною метою перерахування відповідної суми одержувачу або іншому надавачу платіжних послуг, що діє від імені одержувача платежу; або кошти, що надходять від імені одержувача та надаються йому одержувачу (Стаття 2(1) частини першої Положення від 19.07.2017 № 752 «Про платіжні послуги» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3OLMsFU (англійська мова).

206 Онлайн-сервіс для ініціювання платіжного доручення на запит користувача платіжної послуги щодо платіжного рахунку, що відкритий в іншого надавача платіжних послуг (Стаття 2(1) частини першої Положення від 19.07.2017 № 752 «Про платіжні послуги» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3OLMsFU (англійська мова).

207 Онлайн-сервіс для надання консолідованої інформації щодо одного або кількох рахунків, відкритих на ім'я користувача в одному або більше надавачах платіжних послуг, та включає таку послугу незалежно від того, чи надається така інформація у первісному вигляді або після обробки, чи тільки користувачу платіжних послуг або користувачу платіжних послуг та іншій особі відповідно до інструкцій користувача платіжних послуг (Стаття 2(1) частини першої Положення від 19.07.2017 № 752 «Про платіжні послуги» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3OLMsFU (англійська мова).

208 Частина друга Додатку першого Положення від 19.07.2017 № 752 «Про платіжні послуги» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3vXbU2J (англійська мова).

Для цих цілей Положення від 19.07.2017 № 752 «Про платіжні послуги» визначає «кошти» як банкноти та монети, скриптові гроші[209] та електронні гроші[210]. Отже, надання платіжних послуг (наприклад, здійснення платіжних операцій) щодо віртуальних валют, які розглядаються як електронні гроші, буде регулюватись відповідно до Цього Положення. Інші види віртуальних валют (наприклад, криптовалюти) не будуть розглядатись як кошти відповідно до Цього Положення.

Разом з тим, транзакції або послуги з проведення переказів, які стосуються як фіатної валюти (або електронних грошей), так і криптовалют, можуть передбачати надання платіжних послуг, які регулюються відповідно до Положення від 19.07.2017 № 752 «Про платіжні послуги». Одним із випадків цього може бути, коли криптовалюта використовується як валюта-посередник під час проведення грошових переказів. Скажімо, конвертація фіатної валюти у цифрову валюту, а потім назад в іншу фіатну валюту для переказу одержувачу (наприклад, конвертація фунтів стерлінгів у біткоїн, а потім конвертація біткоїну у долари США).

Як зазначалося вище, проведення грошових переказів є платіжною послугою, що регулюється, а додавання криптовалюти до процесу проведення переказу не означає, що таку послугу припиняють розглядати як платіжну послугою, що регулюється. Ймовірніше, її й надалі будуть вважати платіжною послугою, що регулюється. Однак, з огляду на вищевикладене, додавання криптовалюти до процесу проведення грошових переказів власне не обов'язково робить криптовалюту фінансовим продуктом, що регулюється, або не обов'язково означає те, що її обмін на фіатну валюту завжди буде платіжною послугою, що регулюється.

У своєму проєкті керівних настанов щодо криптоактивів[211] Управління з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства пояснило, що «[Положення від 19.07.2017 № 752 «Про платіжні послуги»] охоплює кожну сторону-учасника переказу, але не охоплює використання між ними криптоактивів, які діють як засоби для проведення грошових переказів». Загалом, механізми та послуги, які пропонуються особами, що використовують такі криптовалюти, необхідно розглядати комплексно, щоб визначати, чи можуть ці особи, незважаючи на використання криптовалюти, займатися наданням платіжних послуг, що регулюються.

209 Кошти на поточних рахунках – прим. перекладача.

210 Стаття 2(1) частини першої Положення від 19.07.2017 № 752 «Про платіжні послуги» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3OLMsFU (англійська мова).

211 Консультаційний документ № CP19/3 «Керівні настанови щодо криптоактивів», оприлюднений Управлінням з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства 23 січня 2019 року [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/38KokTA (англійська мова).

IV. ПРОТИДІЯ ВІДМИВАННЮ КОШТІВ

i. ПОЛОЖЕННЯ ВІД 22.06.2017 РОКУ № 692 «ПРО ВІДМИВАННЯ КОШТІВ, ФІНАНСУВАННЯ ТЕРОРИЗМУ ТА ПЕРЕКАЗ КОШТІВ (ІНФОРМАЦІЯ ПРО ПЛАТНИКА)»

Дія Положення від 22.06.2017 року № 692 «Про відмивання коштів, фінансування тероризму та переказ коштів (Інформація про платника)» поширюється на «визначених осіб», включаючи банки, інші фінансові установи та (з 10 січня 2020 року) фірми, які проводять певну господарську діяльність у Сполученому Королівстві, пов'язану з криптоактивами, та яких називають «постачальниками послуг з обміну криптоактивів» та «постачальниками послуг зі збереження гаманців». Постачальники послуг з обміну криптоактивів – це фірми, які обмінюють, організовують або домовляються про обмін грошей (тобто фіатної валюти) та криптоактивів чи одних криптоактивів на інші, або які адмініструють обладнання, що використовує автоматизовані процеси для обміну криптоактивів на гроші або гроші на криптоактиви. Постачальники послуг зі збереження гаманців – це фірми, які надають послуги із захисту або захисту та адміністрування криптоактивів чи приватних криптографічних ключів від імені своїх клієнтів, або послуги з утримання, зберігання та проведення переказів криптоактивів. Для цих цілей Положення від 22.06.2017 року № 692 «Про відмивання коштів, фінансування тероризму та переказ коштів (Інформація про платника)» надає широке визначення «криптоактиву», який є криптографічно захищеним цифровим представленням вартості або договірних прав, що використовує одну із форм технології розподіленого реєстру (DLT) та яке можна переказувати, зберігати або обмінювати в електронному вигляді[212].

Для проведення своєї діяльності постачальники послуг з обміну криптоактивів та постачальники послуг зі збереження гаманців мають бути зареєстровані в Управлінні з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства. Вони також повинні дотримуватись чинних вимог згідно з Положенням від 22.06.2017 року № 692 «Про відмивання коштів, фінансування тероризму та переказ коштів (Інформація про платника)», у тому числі зобов'язання щодо:

a. вживання відповідних заходів для виявлення та оцінки ризиків відмивання коштів та фінансування тероризму, на які наражається господарська діяльність, встановлення та підтримання політики, контролю та процедури для пом'якшення та ефективного управління такими ризиками[213];

212 Варто зауважити, що це визначення подібне до визначення «віртуальних активів», яке наведене у Рекомендаціях FATF та є ширшим, ніж визначення, яке використовується у п'ятій Директиві Європейського Парламенту і Ради про боротьбу від 30.05.2018 № 2018/843ЄС «Про внесення змін до Директиви (ЄС) 2015/849 про запобігання використанню фінансової системи для цілей відмивання грошей або фінансування тероризму та про внесення змін до директив 2009/138/ЄС і 2013/36/ЄС».

213 Статті 18 та 19 глави другої частини другої Положення від 22.06.2017 року № 692 «Про відмивання коштів, фінансування тероризму та переказ коштів (Інформація про платника)» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3MJ0WEI (англійська мова).

b. проведення належної перевірки клієнтів для ідентифікації клієнтів, перевірки їхньої особи, а також оцінки мети та характеру майбутніх ділових відносин чи операцій[214].

Положення від 22.06.2017 року № 692 «Про відмивання коштів, фінансування тероризму та переказ коштів (Інформація про платника)» також містить вимоги щодо ведення обліку та ідентифікації бенефіціарної власності[215].

На банки та інші фінансові установи поширюються вимоги Положення від 22.06.2017 року № 692 «Про відмивання коштів, фінансування тероризму та переказ коштів (Інформація про платника)», коли вони проводять певні перелічені види діяльності[216], але не стосовно інших видів бізнесу чи діяльності (що не регулюються)[217].

Отже, банкам та іншим фінансовим установам, які проводять діяльність, пов'язану з віртуальними валютами, можливо, буде необхідно проводити аналіз фактів, щоб визначити, чи підпадають ці види господарської діяльність або транзакції під дію Цього Положення як перелічені види діяльності, чи фірма у цьому контексті діє як постачальник послуг з обміну криптоактивів або постачальник послуг зі збереження гаманців (тому на неї можуть поширюватись вимоги Цього Положення, які застосовуються до постачальників послуг з обміну криптоактивів та постачальників послуг зі збереження гаманців). Цей аналіз може залежати від того, чи віртуальна валюта розглядається як електронні гроші чи інший тип фінансового інструменту, що регулюється.

Управління з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства у рамках Положення від 22.06.2017 року № 692 «Про відмивання коштів, фінансування тероризму та переказ коштів (Інформація про платника)» відповідає за нагляд щодо дотримання режиму протидії відмиванню коштів у Сполученому Коро-

214 Стаття 28 глави першої частини третьої Положення від 22.06.2017 року № 692 «Про відмивання коштів, фінансування тероризму та переказ коштів (Інформація про платника)» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/37awB2T (англійська мова). Відповідальні особи СПФМ мають проводити належну перевірку клієнтів під час встановлення нових ділових відносин та за певних інших обставин, визначені у статті 27 глави першої частини третьої Цього Положення ([Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3MM1t8R (англійська мова).

215 Частини четверта та п'ята Положення від 22.06.2017 року № 692 «Про відмивання коштів, фінансування тероризму та переказ коштів (Інформація про платника)» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LHKLY1 (англійська мова).

216 Ці види діяльності перелічені у статті 10 глави першої частини другої Положення від 22.06.2017 року № 692 «Про відмивання коштів, фінансування тероризму та переказ коштів (Інформація про платника)» ([Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3MR0RyY (англійська мова), але це стосується тільки банків та фінансових установ. Відповідно до Цього Положення до інших СПФМ належать аудитори, спеціалісти з питань неплатоспроможності, зовнішні бухгалтери та податкові консультанти, незалежні спеціалісти у галузі права, постачальники послуг трастів та підприємств, агенти з нерухомості, продавці товарів з високою вартістю та казино, як ці терміни визначені у Цьому Положенні (стаття 8). Також див. Секцію XI, де розглядається майбутнє розширення сфери дії законодавства Сполученого Королівства з питань протидії відмиванню коштів через біржі віртуальних валют та постачальників послуг зі збереження гаманців.

217 Категорії відповідних осіб згідно з Положенням від 22.06.2017 року № 692 «Про відмивання коштів, фінансування тероризму та переказ коштів (Інформація про платника)» визначаються з урахуванням того, як вони здійснюють відповідну діяльність.

лівстві з боку банків, інших фінансових установ[218], постачальників послуг з обміну криптоактивів та постачальників послуг зі збереження гаманців[219]. Порушення вимог Цього Положення тягне за собою як кримінальну, так і адміністративну відповідальність[220].

ii. ЛИСТ УПРАВЛІННЯ З ФІНАНСОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТА КОНТРОЛЮ СПОЛУЧЕНОГО КОРОЛІВСТВА «DEAR CEO. ЩОДО КРИПТОАКТИВІВ ТА ФІНАНСОВИХ ЗЛОЧИНІВ»

У червні 2018 року у своєму листі «Dear CEO» Управління з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства оприлюднило керівні настанови для банків щодо того, як, на думку Управління, компанії мають вчиняти з ризиками фінансових злочинів, які пов'язані з криптоактивами. У цьому листі «криптоактиви» визначено як «будь-який загальнодоступний електронний засіб обміну, який має розподілений реєстр та децентралізовану систему обміну вартістю»[221]. Це були перші керівні настанови, оприлюднені Управлінням, зокрема щодо того, як банкам варто вирішувати ризики фінансових злочинів, пов'язаних з криптоактивами чи криптовалютами.

У листі зазначається, що поглиблена перевірка може бути необхідною в разі, якщо банки надають послуги біржам криптоактивів чи клієнтам, у яких джерелами виникнення та походження статків є криптоактиви, а також якщо банки організовують, консультують або беруть участь у первинних розміщеннях монет. Управління з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства також нагадало банкам про свою публікацію 2012 року щодо захисту банків від шахрайства інвесторів[222], зазначивши, що роздрібні клієнти можуть піддаватися підвищеному ризику стати жертвами шахрайства, коли вони інвестують у первинні розміщення монет.

---

218 Управління з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства взяла на себе ці обов'язки нагляду з січня 2018 року відповідно до Положення від 18.12.2017 № 1301 «Про нагляд за дотриманням вимог щодо запобігання та протидії відмиванню коштів та фінансуванню тероризму при проведені СПФМ своєї господарської діяльності» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3yhwD3Z (англійська мова).

219 Див. [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3KK4Uf0 (англійська мова).

220 Положення від 22.06.2017 року № 692 «Про відмивання коштів, фінансування тероризму та переказ коштів (Інформація про платника)» передбачає три кримінальні правопорушення:
- порушення відповідної вимоги (стаття 86 глави третьої частини дев'ятої),
- перешкоджання проведенню розслідування (стаття 87 глави третьої частини дев'ятої)
- надання недостовірної чи оманливої інформації (стаття 88 глави третьої частини дев'ятої).

Адміністративні санкції за порушення вимог Цього Положення включають штрафи, призупинення або позбавлення повноважень, заборони для керівників високого рівня фірм та судові заборони (статті 76, 77, 78 та 80 глави другої частини дев'ятої).

221 Лист Управління з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства «Dear CEO. Щодо криптоактивів та фінансових злочинів» від 11.06.2018 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3N7MEOn (англійська мова).

222 Публікація Управління з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства «Захист банків від інвестиційного шахрайства: виявлення зловмисників та захист потерпілих» (червень 2012 року) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3kFnQkk (англійська мова).

V. РЕГУЛЮВАННЯ БІРЖ

Біржі віртуальних валют, імовірно, будуть розглядатись як постачальники послуг з обміну криптоактивів, які підлягають реєстрації в Управлінні з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства та виконанню чинних вимог, які пов'язані з протидією відмиванню коштів згідно з Положенням від 22.06.2017 року № 692 «Про відмивання коштів, фінансування тероризму та переказ коштів (Інформація про платника)» (як зазначалось у Секції IV). У деяких випадках до бірж віртуальної валюти можуть застосовуватися інші нормативні правила залежно від нормативної характеристики видів віртуальних валют, які обертаються на біржі.

i. БІРЖІ ДЛЯ ВІРТУАЛЬНИХ ВАЛЮТ, ЯКІ Є ВИЗНАЧЕНИМИ ІНВЕСТИЦІЯМИ АБО ФІНАНСОВИМИ ІНСТРУМЕНТАМИ ВІДПОВІДНО ДО ДИРЕКТИВИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО ПАРЛАМЕНТУ Й РАДИ ПРО РИНКИ ФІНАНСОВИХ ІНСТРУМЕНТІВ (АБО ДЛЯ ПЕРШИХ ТА ДРУГИХ ОДНОЧАСНО)

Оператору біржі, на якій можна торгувати віртуальними валютами, що розглядаються як цінні папери, які перебувають в обігу, або інші фінансові інструменти відповідно до Директиви Європейського Парламенту й Ради про ринки фінансових інструментів, можливо необхідно буде одержати дозвіл згідно з Законом Сполученого Королівства «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року як оператору багатостороннього торговельного майданчика або організованого торговельного майданчика[223]. Багатосторонній торговельний майданчик – це «багатостороння система… яка об'єднує безліч інтересів третіх сторін щодо купівлі-продажу фінансових інструментів (у системі та відповідно до недискреційних правил), результатом чого є контракти»[224].

Визначення організованого торговельного майданчика схоже, але воно стосується тільки торгівлі непайовими інструментами (тобто, облігаціями, структурованими фінансовими продуктами, квотами на викиди та деривативами). Такий майданчик не потребує недискреційних правил, які визначають, як мають погоджуватись інтереси купівлі-продажу[225].

223 Статті 25D та 25DA глави шостої частини другої Наказу від 27.02.2001 № 544 «Про імплементацію норм Закону «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року (у частині діяльності, що регулюється)» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3yg046L (англійська мова).

224 Стаття 3(1) частини першої Наказу від 27.02.2001 № 544 «Про імплементацію норм Закону «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року (у частині діяльності, що регулюється)» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LwuncP (англійська мова), яка посилається на визначення, що наведене у статті 4(22) Директиви Європейського Парламенту і Ради про ринки фінансових інструментів (від 15 травня 2014 року № 2014/65/ЄС) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/36VC79g (українська мова).

225 Стаття 3(1) частини першої Наказу від 27.02.2001 № 544 «Про імплементацію норм Закону «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року (у частині діяльності, що регулюється)» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LwuncP (англійська мова), яка посилається на визначення, що наведене у статті 4(23) Директиви Європейського Парламенту і Ради про ринки фінансових інструментів (від 15 травня 2014 року № 2014/65/ЄС) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/36VC79g (українська мова).

Залежно від того, як працює біржа або торговельний майданчик, оператор також може проводити іншу діяльність, що регулюється відповідно до Закону Сполученого Королівства «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року, наприклад: інвестувати як принципал або агент, організовувати операції з інвестиціями або укладати домовленості з метою інвестування, надсилання нематеріалізованих інструкцій, управління інвестиціями або захист та адміністрування інвестицій.

ii. ОПЕРАТОРИ КРАУДФАНДИНГОВИХ ПЛАТФОРМ

У Сполученому Королівстві деякі, але не всі види краудфандингу або фінансування за топологією «peer-to-peer» підпадають під периметр регулювання.

Функціонування краудфандингової платформи на основі позик чи інвестицій, як правило, регулюється Законом Сполученого Королівства «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року, про що зазначено далі. Залежно від того, як оператор платформи структурує свій бізнес, у деяких випадках він також може управляти установою колективного інвестування. Тоді у цьому випадку на нього будуть поширюватися вимоги, які застосовуються до керуючих альтернативних інвестиційних фондів (*див. підсекцію 2.2 «Установи колективного інвестування та альтернативні інвестиційні фонди»*).

Управління з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства також регулює платіжні послуги, пов'язані з іншими видами краудфандингу, такими як краудфандинг на основі пожертв (тобто, коли люди дають гроші суб'єктам господарювання або організаціям, яких вони хочуть підтримати).

Функціонування краудфандингової платформи на основі позик

З 1 квітня 2014 року функціонування краудфандингової платформи на основі позик регулюється Законом Сполученого Королівства «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року через доповнення видів діяльності, що регулюються, новим видом під назвою «адміністрування електронної системи щодо кредитування»[226].

Краудфандингові платформи на основі позик дозволяють інвесторам надавати кредити безпосередньо споживачам або суб'єктам господарської діяльності для одержання фінансового прибутку від сплати відсотків та повернення вкладеного капіталу з часом. Для цієї мети кредит включає позику грошовими коштами та будь-яку іншу форму фінансового забезпечення[227].

226 Стаття 36H глави 6B частини другої Наказу від 27.02.2001 № 544 «Про імплементацію норм Закону «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року (у частині діяльності, що регулюється)» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3ycvRFl (англійська мова).

227 Стаття 36H(9) глави 6B частини другої та статті 60L глави 14A частини другої Наказу від 27.02.2001 № 544 «Про імплементацію норм Закону «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року (у частині діяльності, що регулюється)» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3yg046L (англійська мова).

Деякі види віртуальних валют можуть передбачати надання кредиту. Тому у біржі, яка адмініструє електронну систему, що дозволяє їй об'єднувати разом емітентів таких віртуальних валют та інвесторів, може виникнути необхідність здійснити авторизацію згідно з Законом Сполученого Королівства «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року та одержати дозвіл на адміністрування електронної системи щодо кредитування.

У червні 2019 року Управління з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства оприлюднило нові правила для краудфандингових платформ на основі позик та інвестицій, зокрема щодо управління такими платформами, систем та контролю над платформами, а також планів припинення їхньої діяльності. Крім того, нові правила спрямовані на покращення захисту прав інвесторів через встановлення мінімальних вимог до інформації, інвестиційного ліміту для роздрібних клієнтів та вимог до платформ оцінювати знання і досвід інвесторів, якщо вони не отримували консультації. Більшість із цих нових вимог застосовуються з 9 грудня 2019 року[228].

Функціонування краудфандингової платформи на основі інвестицій

Функціонування краудфандингової платформи на основі інвестицій, де споживачі інвестують у цінні папери, що емітовані новоствореними суб'єктами господарювання, регулюється, оскільки оператор такої платформи організовує купівлю цих цінних паперів іншими особами[229].

Отже, біржа, на якій можна торгувати інвестиційними токенами, може підпадати під дію правил Управління з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства, що стосуються функціонування краудфандингової платформи на основі інвестицій. Як зазначено у підсекції 2.1, спеціальні нормативні правила застосовуються до просування цінних паперів, які не можна негайно реалізувати.

VI. РЕГУЛЮВАННЯ МАЙНЕРІВ

У Сполученому Королівстві немає спеціального режиму регулювання, який би охоплював діяльність майнерів. Оскільки віртуальні валюти, які майнять, найімовірніше, є криптовалютами (або іншими видами віртуальних валют, які не є фінансовими інструментами, що регулюються у Сполученому Королівстві), виглядає менш імовірним, що діяльність майнерів буде регулюватися.

228 Див. Політичну заяву Управління з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства № PS19/14 «Про краудфандингові платформи на основі позик (у тому числі за топологією «peer-to-peer») та інвестицій: відгуки щодо Політичної заяви № PS18/20 та остаточні правила» (04.06.2019) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3MRkmqX (англійська мова).

229 Така організація є спеціальним видом діяльність відповідно до статті 25 глави четвертої частини другої Наказу від 27.02.2001 № 544 «Про імплементацію норм Закону «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року (у частині діяльності, що регулюється)» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3Fm3Pc3 (англійська мова).

Однак, у деяких випадках може бути необхідним проведення більш детального аналіз фактів щодо того, чи передбачають дії майнерів проведення ними діяльності, що регулюється у Сполученому Королівстві, у вигляді господарської діяльності для цілей Закону Сполученого Королівства «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року або відповідно до Положення від 19.07.2017 № 752 «Про платіжні послуги» чи Положення від 18.01.2011 «Про електронні гроші» (як зазначалось у Секціях II та III) або чи може їхня діяльність означати, що вони підпадають під визначення постачальника послуг з обміну криптоактивів, що підлягає реєстрації в Управлінні з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства та чинним вимогам, які пов'язані з протидією відмиванню коштів відповідно до Положення від 22.06.2017 року № 692 «Про відмивання коштів, фінансування тероризму та переказ коштів (Інформація про платника)» (як зазначалось у Секції IV).

VII. РЕГУЛЮВАННЯ ЕМІТЕНТІВ ТА СПОНСОРІВ

Регулювання буде залежати від нормативно-правової характеристики відповідної віртуальної валюти.

i. ОФОРМЛЕННЯ ПРОСПЕКТУ ЕМІСІЇ

Оформлення проспекту емісії може бути необхідним стосовно інвестиційних токенів або інших видів віртуальних валют, які розглядаються як цінні папери, що перебувають в обігу.

Емітент цінних паперів, що перебувають в обігу, має оприлюднювати проспект емісії, де розміщення цих цінних паперів робиться серед невизначеного кола осіб у Сполученому Королівстві (якщо не застосовується звільнення). Порушення цієї вимоги є кримінальним правопорушенням[230].

ii. АНДЕРРАЙТИНГ АБО ЕМІСІЯ ІНВЕСТИЦІЙНИХ ТОКЕНІВ ЯК ДІЯЛЬНІСТЬ, ЩО РЕГУЛЮЄТЬСЯ

Інвестор, що підвищує попит, як принципал може проводити регульовану діяльність з торгівлі інвестиціями, яка регулюється, якщо він здійснює андеррайтинг емісії інвестиційних токенів[231] або може «організовувати» транзакцію, навіть якщо

230 Стаття 85(1) частини третьої Закону Сполученого Королівства «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3kKVXaO (англійська мова). Проспект емісії також потрібен, коли подається заявка на допуск цінних паперів до торгів на регульованому ринку, такому як Лондонська фондова біржа (стаття 85(2) Цього Закону). Однак, навряд чи це буде актуальним для віртуальних валют.

231 Стаття 14(1) глави четвертої частини другої Наказу від 27.02.2001 № 544 «Про імплементацію норм Закону «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року (у частині діяльності, що регулюється)» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3sdNwce (англійська мова).

він не здійснює андеррайтинг емісії інвестиційних токенів[232]. У цьому випадку інвестору, що підвищує попит, необхідно бути авторизованим та мати відповідні дозволи згідно з Законом Сполученого Королівства «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року. Діяльність інвестора, що підвищує попит, стосовно емісії інвестиційних токенів або віртуальних валют, що не регулюються, також може підпадати під визначення «постачальника послуг з обміну криптоактивів» відповідно до Положення від 22.06.2017 року № 692 «Про відмивання коштів, фінансування тероризму та переказ коштів (Інформація про платника)», якщо він бере участь в організації чи укладенні домовленостей щодо обміну грошей та криптоактивів або одного виду криптоактивів на інший. Отже, інвестору, що підвищує попит, можливо буде необхідно реєструватись в Управлінні з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства як постачальнику послуг з обміну криптоактивів та дотримуватись чинних вимог щодо протидії відмиванню коштів згідно з Цим Положення (*як зазначалось у Секції IV*).

Також можливо, що емітент інвестиційних токенів буде торгувати інвестиціями як принципал (оскільки поняття продажу включає емісію або створення цінних паперів)[233]. Однак, у багатьох випадках емітент навряд чи буде займатися цією діяльністю як господарською та тому не буде проводити діяльність, яка регулюється відповідно до статті 19 Закону Сполученого Королівства «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року[234].

iii. ДЕПОЗИТИ, ЕЛЕКТРОННІ ГРОШІ ТА ПЛАТІЖНІ СИСТЕМИ

Див. Секцію III, де розглядалось питання щодо того, чи можна під час емісії віртуальної валюти здійснювати залучення депозитів чи емісію електронних грошей.

Крім того, у своїй заяві Комітет з фінансової політики Банку Англії вказав, що «глобальні стейбкоїни» (такі як дієм) також можуть стати системно важливими платіжними системами[235], які підлягають визнанню та контролю з боку Банку Англії відповідно до частини п'ятої Закону Сполученого королівства «Про банківську діяльність» 2009 року[236].

232 Стаття 25(1) глави четвертої частини другої Наказу від 27.02.2001 № 544 «Про імплементацію норм Закону «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року (у частині діяльності, що регулюється)» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3w3l79S (англійська мова).

233 Див. визначення продажу, що наводиться у статті 3(1) частини першої Наказу від 27.02.2001 № 544 «Про імплементацію норм Закону «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року (у частині діяльності, що регулюється)» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LwuncP (англійська мова).

234 Див. також відповідь на питання 15A модуля 13.3 посібника Управління з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства «Керівні настанови щодо периметру дії Закону Сполученого Королівства «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/388leZx (англійська мова).

235 Див. Резюме та звіт про фінансову політику Банку Англії (жовтень 2019 року) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LPB7CY (англійська мова).

236 Частина п'ята Закону Сполученого Королівства «Про банківську діяльність» 2009 року [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3KNYz2f (англійська мова).

iv. ВИМОГИ СТОСОВНО ПРОТИДІЇ ВІДМИВАННЮ КОШТІВ

Що стосується емісії інвестиційних токенів або нерегульованих віртуальних валют, діяльність як емітентів, так і інвесторів, що підвищують попит, також може підпадати під визначення «постачальника послуг з обміну криптоактивів» відповідно до Положення від 22.06.2017 року № 692 «Про відмивання коштів, фінансування тероризму та переказ коштів (Інформація про платника)». Це пов'язано з тим, що емітент, ймовірно, буде обмінювати гроші та криптоактиви або один вид криптоактивів на інші у рамках процесу емісії. Подібним чином, інвестор, що підвищує попит, наймовірніше, організовує або укладає домовленості з метою обміну грошей та криптоактивів або одного виду криптоактивів на інші. Тобто, емітенту та інвестору, що підвищує попит, можливо, буде потрібно реєструватись в Управлінні з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства як постачальники послуг з обміну криптоактивів та дотримуватись чинних вимог щодо протидії відмиванню коштів відповідно до Положення від 22.06.2017 року № 692 «Про відмивання коштів, фінансування тероризму та переказ коштів (Інформація про платника)».

VIII. КРИМІНАЛЬНЕ ТА ЦИВІЛЬНЕ ШАХРАЙСТВО І ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

Зловмисна діяльність щодо віртуальних валют отримала широкий розголос, чи то були:

a. первинні розміщення монет, що нібито є схемами Понці, у яких «інвестори» прагнуть повернути свої внески;

b. зламування бірж віртуальних валют;

c. крадіжка приватних ключів або схем, коли намагаються обдурити власників їхньої віртуальної валюти з допомогою підроблених бірж чи гаманців.

У цьому контексті віртуальні валюти породжують низку унікальних питань адміністративного та кримінального правозастосування згідно з англійським законодавством, майже всі з яких не були протестованими англійськими судами.

Далі ми розглянемо:

a. нормативні ризики, що виникають у зв'язку з несанкціонованими діями стосовно віртуальних валют;

b. деякі питання відповідальності та правозастосування щодо віртуальних валют, які виникають як у кримінальному, так і в цивільному контексті.

Ключовим елементом останнього питання є дискусія навколо слушної характеристики віртуальних валют як дефініції приватного права та того, чи можна їх розглядати як гроші чи об'єкти майна з погляду англійського законодавства.

Такі питання характеристики потрібно буде проаналізувати для будь-якого виду віртуальної валюти, перш ніж визначити, як буде подаватись позов (за загальним правом або за правом справедливості).

і. НОРМАТИВНО-ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ СТОСОВНО ВІРТУАЛЬНИХ ВАЛЮТ

Питання правозастосування з боку Управління з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства

До певної міри, у якій діяльність щодо віртуальної валюти регулюється, а фірма, яка займається цією діяльністю, має на це дозвіл, то на неї поширюються Принципи високого рівня Управління з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства для господарської діяльності та інші Правила, викладені в посібнику Управління стосовно проведення такої діяльності, що регулюється[237]. До Принципів високого рівня належать такі обов'язки:

a. доброчесно вести господарську діяльність;
b. вживати прийнятних заходів для впровадження належних систем і контролю;
c. дотримуватись належних стандартів поведінки на ринку;
d. справедливе ставлення до клієнтів;
e. належним чином управляти конфліктами інтересів.

Порушення Принципів або основних Правил може призвести до проведення розслідування з боку Управління з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства, наслідком чого може бути застосована низка адміністративних санкцій, включаючи фінансові санкції, обмеження на ведення господарської діяльності, призупинення дії дозволу та публічний осуд. Окремі працівники фірми також можуть понести відповідальність згідно з застосовними режимами індивідуальної відповідальності. Фірми, діяльність яких підпадає під дію Положення від 22.06.2017 року № 692 «Про відмивання коштів, фінансування тероризму та переказ коштів (Інформація про платника)», стикаються з окремими ризиками правозастосування за порушення вимог Цього Положення. В умовах сурової відповідальності, за якими Управління з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства може розглядати як адміністративні чи кримінальні правопорушення без необхідності доводити наявність злочинних намірів. Разом із тим, окремі працівники фірми також можуть бути притягнутими до відповідальності, якщо порушення правил фірмою було вчинено через їхні дії або недбальство.

237 Перелік принципів наводиться у розділі 2.1. посібника «Принципи господарської діяльності» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3P4tr1x (англійська мова).

Фірми та фізичні особи можуть бути притягнутими до адміністративної або кримінальної відповідальності за зловживання на ринку стосовно віртуальних валют, які підпадають під дію режиму зловживання на ринку, незалежно від того, чи є ця діяльність діяльністю, що регулюється, або підпадає під дію Положення від 22.06.2017 року № 692 «Про відмивання коштів, фінансування тероризму та переказ коштів (Інформація про платника)». Так, наприклад, за оприлюднення недостовірної інформації стосовно інвестиційного токена можна притягнути до відповідальності за маніпулювання на ринку, незалежно від статусу особи, яка оприлюднює таку інформацію. Так само за недобросовісну торгівлю інвестиційними токенами з метою, наприклад, підвищення ціни, можна притягнути до відповідальності за маніпулювання на ринку незалежно від того, чи особа, яка займається такою торгівлею підпадає під режим регулювання. Зловживання на ринку може розглядатися як адміністративне правопорушення, яке карається штрафом, або кримінальне правопорушення, за яке передбачено покарання у вигляді штрафу чи позбавлення волі або обидві санкції одночасно.

Як зазначалось вище, якщо діяльність, пов'язана з віртуальною валютою, є діяльністю, що регулюється, то проведення такої діяльності без авторизації стане порушенням загальної заборони відповідно до статті 19 Закону Сполученого Королівства «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року. Порушення загальної заборони є кримінальним правопорушенням відповідно до статті 23 Закону Сполученого Королівства «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року. Крім того, посадова особа компанії (включаючи директора, генерального директора, менеджера, секретаря та тіньового директора) також буде винною у вчиненні кримінального правопорушення, якщо воно було скоєно з його чи її згоди або внаслідок його чи її недбальства[238]. За вчинення злочину, який передбачений статтею 23 Закону Сполученого Королівства «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року застосовуються такі види покарань: позбавлення волі на два роки чи необмежений штраф або обидва ці види одночасно.

Паралельно, Управління з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства може застосовувати адміністративні засоби захисту, домагаючись судової заборони у відношенні сторони, яка займається несанкціонованою діяльністю (та її посадових осіб), щоб припинити правопорушення та винести їм приписи щодо вжиття певних заходів, які можуть постановити англійські суди для усунення цього правопорушення[239].

238 Стаття 400(1) частини двадцять сьомої Закону Сполученого Королівства «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3MSGWzy (англійська мова).

239 Стаття 380 частини двадцять п'ятої Закону Сполученого Королівства «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3vPUo1k (англійська мова).

Управління з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства також має право вимагати рішення про реституцію, якщо особа порушила відповідну вимогу Закону Сполученого Королівства «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року (або свідомо брала участь у порушенні такої вимоги), та чи така особа отримала прибуток, або одна чи кілька осіб зазнали збитків чи інших негативних наслідків (або обидва випадки відбулись одночасно)[240]. Теоретично це могло б означати зобов'язання емітента сплатити Управлінню з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства «таку суму, яка видається суду справедливою». Надалі англійські суди можуть доручити Цьому Управлінню розподілити цю суму серед первинних або вторинних покупців віртуальної валюти як осіб, які зазнали збитків відповідно до статті 382 Цього Закону.

Засоби правового захисту відповідно до Закону Сполученого Королівства «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року

Угода, яка укладена неавторизованою особою, що є порушенням загальної заборони, вважається такою, що не має під собою позовних підстав стосовно іншої сторони[241]. Крім того, договірна сторона має право, яке встановлене законом, на відшкодування грошей або майна, сплачених або переданих за угодою (якщо мова йде про віртуальну валюту та її переказ, то є нагальними питання характеристики віртуальних валют як дефініції приватного права) або отримати компенсацію за будь-які збитки, завдані внаслідок цього йому чи їй, або одночасно повернення та компенсацію[242]. Однак, англійські суди можуть на свій розсуд підтвердити дійсність угоди, яка в іншому випадку не мала б законної сили, або зобов'язати, щоб гроші та майно, які були сплачені чи передані, зберігалися там, якщо це є справедливим та рівноправним[243].

ii. ПИТАННЯ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ТА ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ СТОСОВНО ВІРТУАЛЬНИХ ВАЛЮТ

Віртуальні валюти як гроші

Віртуальні валюти, на відміну від фіатних валют, не є розрахунковими одиницями, санкціонованими державою. Тому англійські суди будуть зобов'язані визначити, чи є віртуальні валюти грошима, як у частині формування законодавства чи як дефініція приватного права.

240 Стаття 382 частини двадцять п'ятої Закону Сполученого Королівства «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wd4NmX (англійська мова).

241 Стаття 26 частини другої Закону Сполученого Королівства «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/37o17X0 (англійська мова).

242 Стаття 26(2) частини другої Закону Сполученого Королівства «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/37o17X0 (англійська мова).

243 Англійські суди мають таку свободу дій відповідно до статті 28 частини другої Закону Сполученого Королівства «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року.

Цей момент видається дуже спірним, з огляду на те, що віртуальні валюти мають багато схожих рис з грошима (включаючи власну унікальну розрахункову одиницю та можливість переказу вартості).

Тому виникає питання щодо того, чи можна отримати рішення в англійських судах у віртуальній валюті. Англійські суди раніше визначили, що відповідно до порядку процедури вони можуть виносити рішення в іноземній валюті (а не тільки в фунтах стерлінгів)[244]. З огляду на це, суди можна закликати виносити рішення у віртуальній валюті, можливо, присуджуючи доставку у вигляді фіатних грошей, а не відшкодування збитків.

Віртуальні валюти як об'єкт майна

Цивільна відповідальність

Характеристика віртуальних валют як дефініції приватного права, а також питання: чи можна їх розглядати як об'єкт майна згідно з англійським законодавством, є важливими для визначення того, як буде подаватись позов (за загальним правом або за правом справедливості) стосовно віртуальної валюти. Зокрема, якщо віртуальні валюти можна розглядати як об'єкт нематеріальної власності, то законному власнику права власності на таку віртуальну валюту надається можливість подавати реституційні позови за загальним правом або правом справедливості за умови, що можна відстежити віртуальну валюту та встановити відповідача.

Останніми роками це питання було предметом дебатів, оскільки віртуальні валюти не вписуються в традиційні категорії як право власності чи як право дії. Однак, у листопаді 2019 року Робоча група з питань юрисдикції Сполученого Королівства (UK Jurisdiction Taskforce), яка є складовою частиною Групи з питань надання правових технологій (LawTech Delivery Panel), оприлюднила заяву[245], у якій вказується, що згідно з англійським законодавством криптоактивами можна володіти та передавати як власність.

Хоча власне правовий статус заяви ні до чого не зобов'язує, проте характеристика віртуальних валют як дефініції приватного права також була розглянута англійськими судами.

Зокрема у справі Комерційного суду Великого Суду Англії та Вельсу № 3556 «АА проти невідомих осіб» (2019 рік), де пан суддя Браян безпосередньо розглянув цю правову заяву та погодився з її висновками, постановивши у цій справі, що біткоїн є формою власності, яка може бути предметом судової заборони.

244 Див. справу ACC 443 «Miliangos проти George Frank» (1976 рік).

245 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3yolLAs (англійська мова).

Водночас, у контексті технології блокчейн, якщо місцезнаходження віртуальної валюти зазвичай можна встановити, то виявити юридичну особу, що стоїть за публічним ключем, може бути значно складніше. У справі «СМОС проти невідомих осіб»[246]

Високий Суд Англії та Вельсу продемонстрував свою здатність адаптуватися до нових технологій (та шахрайству, що пов'язане з ними), надавши без попередження судову заборону на заморожування у відношенні невідомих осіб, коли до акаунту електронної пошти компанії відбулось несанкціоноване проникнення та електронні листи були відправлені шахрайським чином від імені посадової особи високого рівня компанії з вимогою здійснити платежі з банківських рахунків компанії.

Проте, можливість звернення щодо судової заборони (що може бути особливо нагально, коли йдеться про біржі віртуальних валют) залишається відкритою стосовно віртуальних валют. Англійські суди у випадках, про які не повідомлялось, винесли накази про розкриття інформації, які вимагають від відповідача розкрити інформацію про електронні гаманці, які знаходяться під його чи її контролем, у зв'язку з позовами щодо криптовалюти[247].

Кримінальна відповідальність

Віртуальні валюти також можуть підпадати під визначення об'єкта майна відповідно до статті 4(1) Закону Сполученого Королівства «Про крадіжку» 1968 року, який охоплює «гроші та все інше майно, реальне чи особисте, включаючи речі, що змінюються, та інші нематеріальні активи»[248], відкриваючи двері для судового переслідування за крадіжку віртуальної валюти згідно з англійським законодавством.

Залежно від фактів, шахрайство щодо віртуальних валют може переслідуватись, або як змова з метою обману за загальним правом, або відповідно до Закону Сполученого Королівства «Про шахрайство» 2006 року (як шахрайство через недостовірні твердження)[249].

246 Справа Комерційного суду Великого Суду Англії та Вельсу № 3599 «СМОС проти невідомих осіб» (2017 рік).

247 «Виявлення та відстеження походження та потоків криптовалюти» – «Journal of International Banking and Financial Law» – том № 34(3) – 2019 рік, стор. 173-174.

248 Стаття 4(1) Закону Сполученого Королівства «Про крадіжку» 1968 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/392lxE9 (англійська мова).

249 Див. статтю 2 Закону Сполученого Королівства «Про шахрайство» 2006 року [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3P55kQo (англійська мова).

VIII. ОПОДАТКУВАННЯ

У Сполученому Королівстві немає спеціального податкового законодавства, яке можна застосувати до криптоактивів. Хоча два документи Управління доходів і зборів Її Величності (HMRC) (щодо фізичних та юридичних осіб відповідно) викладають думку HMRC щодо цього питання, яка базується на звичайних принципах.

i. ФІЗИЧНІ ОСОБИ

Податок на прибуток

Отримання криптоактивів від роботодавця буде розглядатися як «грошова винагорода». Податок на прибуток буде нараховуватись на вартість криптоактивів у фунтах стерлінгів на момент отримання.

Якщо криптоактиви є легко конвертованими активами (наприклад, ними можна торгувати на визнаній інвестиційній біржі), роботодавцям-резидентам Сполученого Королівства потрібно буде відраховувати платежі за податком по мірі заробітку (PAYE) та національним страхуванням класу 1 звичайним чином, з огляду на вартість криптоактиву. Якщо криптоактиви не є легко конвертованими активами, то отримання криптоактивів від роботодавців-резидентів Сполученого Королівства буде розглядатись як вигода в натуральній формі, за яку треба сплатити внески на національне страхування класу 1А. У цій ситуації не потрібно відраховувати платежі за податком по мірі заробітку, але працівник мусить задекларувати будь-яку суму, отриману згідно з правилами самооцінки, та буде зобов'язаний сплатити податок на прибуток з цього доходу.

Отримання активів шляхом майнингу криптоактивів може бути прирівняним до доходів від торгівлі або інших доходів. Майнинг – це процес, з допомогою якого перевіряються доповнення до блокчейну. Чи можна прирівняти майнинг до торгівлі, залежить від рівня діяльності, організації, ризику та комерційного характеру. Якщо майнинг ми дійсно прирівнюємо до торгівлі, то токени будуть розглядатися як надходження від торгівлі. Якщо майнинг не прирівнювати до торгівлі, то будь-які отримані токени будуть розглядатись як оподатковуваний інший дохід із відповідними витратами, які зменшують суму, що підлягає стягненню.

Податок на приріст капіталу

Якщо криптоактиви утримуються як особисті інвестиції, власники будуть зобов'язані сплачувати податок на приріст капіталу при їхньому відчуженні. Застосовуються звичайні правила щодо відчуження, допустимих витрат та об'єднання.

У рідкісних випадках фізична особа може торгувати криптоактивами настільки часто, що це можна прирівняти до фінансової торгівлі. У такомв разі буде потрібно сплачувати податок на прибуток, а не податок на приріст капіталу.

Оподаткування хардфорків

«Форк» – це зміна базового протоколу віртуальної валюти, що вимагає від користувачів оновити програмне забезпечення, яке використовується. «Жорсткий форк» може призвести до створення нових віртуальних валют. Навпаки, «м'який форк» часто не призводить до появи нових віртуальних валют. У Сполученому Королівстві можна було б припустити, що отримання нової криптовалюти в результаті хардфорку буде оподатковуватись як приріст капіталу. Проте, відповідно до практики HMRC, це розглядається як поділ активу, а, отже, власне це не є подією, що підлягає оподаткуванню (оскільки початкова базова вартість, розподіляється між двома новими активами).

ii. ГОСПОДАРСЬКА ДІЯЛЬНІСТЬ

Частота, наміри та рівень організації, з якими суб'єкт господарювання купує та продає біржеві криптоактиви, визначать, чи є це торгівлею. Те ж саме стосується майнингу.

Корпоративний податок (податок на прибуток підприємств)

Порядок нарахування податку на прибуток від криптоактивів, що утримуються компаніями, повторює, викладений у підсекції 9.1, аналіз податку на приріст капіталу для фізичних осіб.

Для цілей корпоративного податку HMRC не розглядає криптоактиви як гроші чи валюту. Тому на них не поширюються, наприклад, валютні правила.

Податок на додану вартість (ПДФ)

Торговельні поставки, розрахунок за якими здійснюється в криптоактивах, підлягають нарахуванню ПДВ у звичайний спосіб, як і для поставок, розрахунок за якими здійснюється у будь-якій іншій валюті.

Дохід, одержаний від майнингу криптоактивів, як правило, не обкладається ПДВ, оскільки така діяльність не є економічною діяльністю для цілей ПДВ. Доходи, одержані майнерами від інших видів діяльності (наприклад, надання послуг з перевірки), як правило, звільняються від ПДВ, оскільки належать до категорії операцій, що пов'язані з платежами тощо.

Обмін криптоактивів на традиційні валюти є фінансовими операціями і, як правило, звільняються від ПДВ.

Гербові збори

З метою застосування гербового збору або резервного податку на гербовий збір під час проведення переказів криптоактивів, криптоактиви мають відповідати визначенню «акцій або ліквідних цінних паперів» або «цінних паперів, що підлягають оплаті». Як правило, криптоактиви не відповідають цим визначенням, тому жоден з цих податків не буде застосовуватись до таких переказів.

Якщо криптоактиви використовуються для оплати під час купівлі акцій, ліквідних цінних паперів або активів, що підлягають оплаті, то може застосовуватись резервний податок на гербовий збір. Це пов'язано з тим, що нарахований платіж за резервний податок на гербовий збір – це «гроші чи вартість грошей». Тут криптоактиви розглядаються як вартість грошей. Те саме стосується купівлі землі в Англії та Північній Ірландії відповідно до правил гербового збору за землю. Але виглядає протилежним те, що оскільки HMRC не розглядає криптоактиви як валюту чи гроші, то вони не відповідають визначенням грошей, боргу, акцій чи ліквідних цінних паперів для цілей гербового збору. Тому (зважаючи на поточну точку зору HMRC) в разі використання криптоактивів для оплати під час передачі активів, до яких застосовується гербовий збір під час передачі, то такий збір не стягується.

iii. ІНВЕСТИЦІЙНІ ТОКЕНИ ТА ТОКЕНИ КОРИСНОСТІ

Наведені вище керівні настанови застосовуються до обмінних токенів. Принаймні для оподаткування фізичних осіб HMRC вважає, що подібні принципи можна застосовувати щодо інвестиційних токенів та токенів корисності. Однак HMRC повідомило, що у майбутньому оприлюднить більш детальні керівні настанови щодо цих видів токенів.

IX. ІНШІ ПИТАННЯ

i. ЗАХИСТ ДАНИХ

Загальний регламент про захист даних[250] у травні 2018 року вніс істотні зміни до правил конфіденційності даних у Сполученому Королівстві. Це має різні наслідки для зберігання та обробки персональних даних[251], що пов'язані із транзакціями

250 Регламент Європейського Парламенту і Ради 2016/679ЄС від 27.04.2016 «Про захист фізичних осіб у зв'язку з опрацюванням персональних даних і про вільний рух таких даних, та про скасування Директиви 95/46/ЄС (Загальний регламент про захист даних)» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LXHQe0 (українська мова).
Цей Регламент продовжує діяти у Сполученому Королівстві відповідно до Закону Сполученого Королівства «Про Європейський Союз (Вихід)» 2018 року.

251 Тобто, будь-яка інформація, що стосується фізичної особи, яку ідентифіковано чи можна ідентифікувати, зокрема, за такими ідентифікаторами як ім'я чи ідентифікаційний номер (стаття 4(1) Регламенту Європейського Парламенту і Ради 2016/679ЄС від 27.04.2016 «Про захист фізичних осіб у зв'язку з опрацюванням персональних даних і про вільний рух таких даних, та про скасування Директиви 95/46/ЄС (Загальний регламент про захист даних)» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LXHQe0 (українська мова).

у віртуальних валютах, зокрема для криптовалют та інших віртуальних валют, які використовують технологію розподіленого реєстру або блокчейн.

Детальне обговорення Загального регламенту про захист даних виходить за рамки цього дослідження. Однак, децентралізована та незмінна природа блокчейну означає, що для дотримання вимог Загального регламенту про захист даних у цьому контексті можуть бути потрібними певні технічні або практичні рішення, наприклад: вимоги щодо видалення або знеособлення персональних даних, коли вони вже більше не потрібні[252], а також фізичні особи мають право на виправлення, стирання («право бути забутим») та заперечення проти опрацювання їхніх персональних даних[253].

ii. ФІНАНСОВІ ПРОМОАКЦІЇ

Відповідно до статті 21 Закону Сполученого Королівства «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року [254], особа під час проведення своєї господарської діяльності не має права розповсюджувати запрошення або спонукати до участі в інвестиційній діяльності, якщо така особа не уповноважена згідно з Цим Законом або зміст таких повідомлень не схвалено уповноваженою особою. Сюди можуть належати рекламні акції, що пов'язані з віртуальними валютами. Порушення вимог статті 21 Цього Закону є кримінальним правопорушенням.

У своєму проєкті керівних настанов щодо криптоактивів[255] Управління з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства зазначає, що очікує від учасників ринку «застосування правил фінансового просування та розповсюдження повідомлень про фінансові промоакції стосовно продуктів та послуг, як регульованих так і нерегульованих, у спосіб, який є зрозумілим, чесним та таким, що не вводить в оману».

Фірми, що регулюються, зобов'язані також чітко вказувати у своїх промоакціях, чи стосуються ці промоакції регульованих чи нерегульованих продуктів та видів діяльності, а також у змісті промоакцій не має зазначатись припущення, що їхня авторизація поширюється на нерегульовані продукти.

252 Стаття 5(1) Регламенту Європейського Парламенту і Ради 2016/679ЄС від 27.04.2016 «Про захист фізичних осіб у зв'язку з опрацюванням персональних даних і про вільний рух таких даних, та про скасування Директиви 95/46/ЄС (Загальний регламент про захист даних)» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LXHQe0 (українська мова).

253 Статті 16, 17, 21 Регламенту Європейського Парламенту і Ради 2016/679ЄС від 27.04.2016 «Про захист фізичних осіб у зв'язку з опрацюванням персональних даних і про вільний рух таких даних, та про скасування Директиви 95/46/ЄС (Загальний регламент про захист даних)» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LXHQe0 (українська мова).

254 Стаття 21 Закону Сполученого Королівства «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3srIxVd (англійська мова).

255 Див. виноску 53.

iii. ЗАСТОСУВАННЯ НОРМАТИВНИХ ПРАВИЛ ДО ВИДІВ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ, ЩО НЕ РЕГУЛЮЮТЬСЯ

Фірмам, що регулюються, також варто розглянути питання щодо того, до якої межі нормативні правила та принципи застосовуються навіть у сферах їхньої діяльності, які не регулюються, таких як торгівля криптовалютами чи пропонування послуг, що пов'язані із криптовалютами.

Наприклад, у червні 2018 року Управління пруденційного нагляду випустило листа «Dear CEO», у якому вказувалося, що піднаглядним фірмам варто враховувати Фундаментальні правила 3, 5 і 7 Цього Управління в контексті наявних або прогнозованих ризиків щодо криптоактивів. Ці правила вимагають від фірм діяти завбачливо, мати ефективні стратегії та системи управління ризиками, а також співпрацювати з Управлінням пруденційного нагляду через відкритість та кооперацію й надавати Цьому Управлінню інформацію про все те, на що воно обґрунтовано очікує[256].

У своєму проєкті керівних настанов щодо криптоактивів[257] Управління з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства також підкреслило, що його третій, четвертий та одинадцятий принципи господарської діяльності[258] зазвичай застосовуються до видів діяльності зареєстрованих фірм, які не регулюються (хоча для Принципу 3 це обмежується видами діяльності, які не регулюються та можуть мати негативний вплив на цілісність фінансової системи Сполученого Королівства або спроможність фірми відповідати пороговим умовам придатності). Ці принципи вимагають від фірм:

a. вживати належних заходів щодо відповідальних та ефективних організації та контролю стосовно своїх справ, з використанням адекватних систем управління ризиками;
b. підтримувати достатні фінансові ресурси;
c. співпрацювати з Управлінням з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства через відкритість та кооперацію й надавати Цьому Управлінню інформацію про все те, на що воно обґрунтовано очікує.

256 Лист Управління пруденційного нагляду від 28.06.2016 «Dear CEO. Наявні або прогнозовані ризики щодо криптоактивів» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3yrE6xC (англійська мова).
І протилежна ситуація. Після проведення консультації у листопаді 2017 року (№ CP17/37), Управління з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства підтвердила у своїй політичній заяві від липня 2018 року (№ PS18/18), що не буде вимагати застосування п'ятого принципу, що наводиться у розділі 2.1. посібника «Принципи господарської діяльності» (див. виноску 79), який зобов'язує зареєстровані фірми дотримуватись належних стандартів поведінки на ринку, щодо їх видів діяльності, що не регулюються [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3M0t5r5 (англійська мова).

257 Див. виноску 53.

258 Див. виноску 79.

Подібним чином, більшість співробітників фірм, які є піднаглядними одночасно в Управлінні пруденційного нагляду та Управлінні з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства, зобов'язані дотримуватися індивідуальних правил поведінки Управління з фінансового регулювання та контролю Сполученого Королівства, включаючи вимогу дотримуватись належних стандартів ринкової поведінки[259].

Індивідуальні правила поведінки застосовуються як до видів діяльності, що регулюються, так і до тих, що не регулюються[260].

iv. ІНШІ ЮРИДИЧНІ ТА НОРМАТИВНІ ЗАУВАЖЕННЯ

Також наявні безліч інших юридичних та нормативних питань та зауваг, які є або можуть бути актуальними в контексті віртуальних валют. До них належать:

a. питання інтелектуальної власності (наприклад, чи є приватний ключ інтелектуальною власністю);
b. питання кібербезпеки;
c. питання щодо дотримання законів про захист прав споживачів (у тому числі стосовно недобросовісних дій та вимог дистанційного продажу);
d. вимоги щодо аутсорсингу;
e. питання санкцій;
f. аналіз колізій законодавства.

X. ПЛАНИ НА МАЙБУТНЄ

i. КОНСУЛЬТАЦІЇ КАЗНАЧЕЙСТВА СПОЛУЧЕНОГО КОРОЛІВСТВА З ПИТАНЬ ВІРТУАЛЬНИХ ВАЛЮТ ТА ПЕРИМЕТРУ РЕГУЛЮВАННЯ ДЛЯ СТЕЙБЛКОЇНІВ ТА ФІНАНСОВИХ ПРОМОАКЦІЙ ВІРТУАЛЬНИХ ВАЛЮТ, ЩО НЕ РЕГУЛЮЮТЬСЯ

У січні 2021 року Казначейства Сполученого Королівства оприлюднило консультаційний документ, в якому викладено пропозиції щодо включення стейблкоїнів до регуляторного периметра Сполученого Королівства, після чого планується прийняття більш широких змін у регулюванні криптоактивів.

259 П'яте індивідуальне правило поведінки, яке наводиться у пункті 2.1.5 довідника Кодексу поведінки персоналу посібника «Принципи господарської діяльності» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LZWP7e (англійська мова).

260 Пункти 1.1.6 та 1.1.7 довідника Кодексу поведінки персоналу посібника «Принципи господарської діяльності» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3yseCjq (англійська мова).

До таких змін потенційно належать запровадження «розширеної пісочниці» або пілотного режиму для інфраструктури фінансового ринку з підтриманням технології розподіленого реєстру. Консультації завершились 21 березня 2021 року[261].

Казначейство Сполученого Королівства також провело консультації щодо розширення периметру режиму фінансового просування у рамках Закону Сполученого Королівства «Про фінансові послуги та ринки» 2000 року для охоплення криптоактивів, що не регулюються. Консультації завершились 25 жовтня 2020 року[262].

ii. ПРУДЕНЦІЙНИЙ НАГЛЯД ЗА ВІРТУАЛЬНИМИ АКТИВАМИ

Пруденційний нагляд за віртуальними валютами безпосередньо не визначено у чинному режимі регулювання Сполученого Королівства (чи відповідними стандартами ЄС та міжнародними стандартами щодо пруденційного нагляду). У листі Управління пруденційного нагляду «Dear CEO», опублікованому в червні 2018 року[263], зазначено, що у класифікації ризиків віртуальних валют для пруденційних цілей варто відображати комплексну оцінку компаніями відповідних ризиків. Компаніям варто враховувати такі ризики у своєму внутрішньому процесі оцінки достатності капіталу (для банків та визначених інвестиційних компаній) або власній оцінці ризиків та платоспроможності (для страховиків), де це необхідно.

Однак, дивлячись у майбутнє, Базельський комітет з питань банківського нагляду розглядає питання щодо розроблення узгоджених на міжнародному рівні мінімальних стандартів пруденційного нагляду за віртуальними валютами. У червні 2021 року Базельський комітет оприлюднив консультаційний документ щодо пропозицій стосовно визначення пруденційного нагляду за віртуальними валютами[264].

261 Див. [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3MYxRFo (англійська мова).

262 Див. [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/37zu5n0 (англійська мова).

263 Див. Перший абзац виноски 98.

264 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/38nmVlY (англійська мова).

ДАНІЯ

I. ОЗНАЙОМЛЕННЯ З НОРМАТИВНО-ПРАВОВОЮ БАЗОЮ

Данський фінансовий сектор регулюється численними законами. Діяльність банків, інвестиційних компаній, компаній з управління, страхових компаній, пенсійних фондів та установ іпотечного кредитування регулюється, головним чином, Законом про фінансову діяльність Данії (FBA) та Законом про інвестиційні фірми та послуги Данії (IFSA). Крім того, всі ці суб'єкти мають власні правила, що стосуються, зокрема, управителів альтернативними інвестиційними фондами, консультантів з інвестицій, постачальників платіжних послуг, емітентів електронних грошових коштів та підприємств із кредитування споживачів.

На фінансове регулювання у Данії впливають як національні, так і міжнародні нормативні тенденції, і Данія інтегрує більшість директив та керівних принципів Європейського Союзу у свої фінансові положення. Деякі положення, розроблені та прийняті Європейським Союзом, також мають пряме застосування у Данії.

Данський орган фінансового нагляду (FSA) є головним органом нагляду в Данії, хоча Nationalbanken, національний банк, також виконує наглядові функції.

Європейське банківське управління (EBA) опублікувало попередження про віртуальні валюти 12 грудня 2013 року (Попередження), яке визначає віртуальні валюти як форму нерегульованих цифрових грошей, які не видаються або не гарантуються центральним банком та можуть виступати як засіб платежу.[265] FSA не змінив визначення віртуальних валют, надане EBA, коли він опублікував Попередження 17 грудня 2013 року або коли він переглянув його 27 серпня 2015 року.

265 Європейський банківський орган. Попередження споживачів про віртуальні валюти. Електронний ресурс: https://bit.ly/3GpVCnN

Зважаючи на це, можна припустити, що до цього часу FSA використовував саме це визначення. Проте 10 січня 2020 року набрали чинності зміни до данського Закону про заходи щодо запобігання відмиванню коштів та фінансуванню тероризму (Закон про ПВК), яким визначено віртуальну валюту як цифрове вираження вартості, що не випускається або не гарантується центральним банком або державним органом, не обов›язково прив›язане до законно встановленої валюти та не має правового статусу валюти чи грошей, але визнається фізичними чи юридичними особами як засіб обміну, який може передаватися, зберігатися та продаватися електронним способом. Визначення віртуальної валюти було включено до Закону про ПВК у рамках реалізації Данією п›ятої Директиви про ПВК (AMLD V, розділ IV).[266] Отже, у цьому розділі використовується визначення віртуальних валют, визначене у AMLD V. Це визначення варто розглядати у поєднанні з іншими фінансовими положеннями, що діють нині в Данії, оскільки воно доповнює будь-які активи чи види діяльності, визначені у цих положеннях.

II. ЗАКОНИ ПРО ЦІННІ ПАПЕРИ ТА ІНВЕСТИЦІЇ

Як зазначалося у Розділі I, фінансове регулювання Данії значною мірою залежить від законодавства ЄС. Данські закони про цінні папери та інвестиції регулюються як правилами щодо цінних паперів та їх розміщення, так і правилами надання інвестиційних послуг, пов›язаних із цінними паперами, які у Данії загалом визначаються як фінансові інструменти.

Вимоги до проспекту емісії є актуальними в разі публічного розміщення цінних паперів або в разі допуску цінних паперів до торгів на торговому майданчику. Дотримання вимог до проспекту емісії має бути забезпечене до публічного розміщення цінних паперів.

Правила, що діють у Данії, що стосуються публічного розміщення цінних паперів або допуску цінних паперів до торгівлі, регулюються головним чином Положенням про проспекти емісії[267], яке застосовується безпосередньо в Данії, та деякими аспектами Директиви II про ринки фінансових інструментів (MiFID II)[268], Регламентом про зловживання на ринку (MAR)[269] та Законом про ринки капіталу Данії (CMA).

Загалом, правила Положення про проспекти поширюються на учасників та їхню діяльність на ринках капіталу.

266 Директива ЄС від 30 травня 2018 року про внесення змін до Директиви (ЄС) 2015/849 про запобігання використанню фінансової системи для цілей відмивання грошей або фінансування тероризму та про внесення змін до директив 2009/138/ЄС і 2013/36/ЄС. Електронний ресурс: https://bit.ly/3rau7Hy

267 Регламент ЄС 2017/1129. Електронний ресурс: https://bit.ly/3FvFpx1

268 Директива 2014/65/ЄС. Електронний ресурс: https://bit.ly/33ollln

269 Регламент ЄС № 596/2014. Електронний ресурс: https://bit.ly/3ru3ptV

Хоча зловживання на ринку регулюється в MAR, ми не розглядали віртуальні валюти з погляду MAR, оскільки це виходить за межі цього розділу. Однак, схоже, це стає все більш актуальним, оскільки великі фінансові установи включили у лістинг інструменти, цінність яких визначається віртуальними валютами.

IFSA реалізує MiFID II і є основним законодавчим актом у сфері інвестиційних послуг, що застосовується до інвестиційних компаній у Данії. Крім того, сфера інвестиційних послуг також залежить від законодавства ЄС відповідно до Положення про ринки фінансових інструментів (MiFIR)[270]. FBA застосовується до фінансових компаній, таких як кредитні установи, інвестиційні компанії, компанії з управління, пенсійні фонди та страхові компанії, та реалізує, серед іншого, Директиву IV про вимоги до капіталу.[271] IFSA та FBA регулюють значну кількість послуг; однак, з погляду інвестиційного права, послуги, що розглядаються, – це інвестиційні послуги, визначені в Додатку 1 до IFSA, що аналогічний Додатку I, Розділам A і B MiFID II. Сюди входять, зокрема, такі інвестиційні послуги:

a. приймання та передача розпоряджень щодо одного або кількох фінансових інструментів;
b. виконання доручень від імені клієнтів;
c. торгівля власним коштом;
d. керування портфелем; та
e. інвестиційне консультування.

i. ФІНАНСОВІ ІНСТРУМЕНТИ

Фінансові інструменти визначаються безпосередньо в IFSA та цитуються у CMA. В обох законах використовується однакова термінологія для фінансових інструментів, які включають:

a. оборотні цінні папери (за винятком платіжних інструментів), які можуть продаватися на ринку капіталу, включно з:
   - акції компаній та інші цінні папери, еквівалентні акціям компаній, товариств та інших підприємств, а також сертифікати акцій;
   - облігації та інші боргові інструменти, включаючи такі сертифікати на цінні папери; і
   - будь-які інші цінні папери, з яких можуть бути придбані або продані вищезгадані цінні папери, або які дають підставу для розрахунків готівкою, сума яких фіксується завдяки цінним паперам, валютам, процентним ставкам чи прибутковості, товарним чи іншим індексам, або цільовим показникам як еталону targets as a reference;

270 Регламент ЄС 600/2014. Електронний ресурс: https://bit.ly/3nm3KgL
271 Директива 2013/36/ЄС. Електронний ресурс: https://bit.ly/34xfPcn

b. паї у схемах колективного інвестування;
c. опціони;
d. ф›ючерси;
e. свопи;
f. кредитні деривативи; і
g. фінансові контракти на різницю цін.

Як і визначення інвестиційних послуг, визначення фінансових інструментів за данським законодавством аналогічне до визначення, що наведено в Додатку I, розділ C в MiFID II.

Віртуальна валюта, що розглядається з урахуванням наведеного вище визначення, не є фінансовим інструментом, а скоріше оборотним цінним папером, і тому сама по собі не підпадає під дію вищеописаного регулювання цінних паперів, оскільки віртуальні валюти не включені до списку фінансових інструментів.

Згідно з данським законодавством, не існує суворих вимог до структури або правової власності активу, перш ніж він може бути визначений як фінансовий інструмент. Тому не виключено, що віртуальна валюта може бути визначена як фінансовий інструмент, при цьому вимоги регулятора поширюватимуться на емітента або на саму віртуальну валюту, або на обох (залежно від структури).

FSA ще не опублікував жодних вказівок щодо того, коли віртуальна валюта має підпадати під визначення фінансових інструментів. Проте інші органи фінансового нагляду це зробили. Наприклад, Швейцарське управління з нагляду за фінансовими ринками (FINMA) 16 лютого 2018 опублікувало керівництво про те, як воно має намір застосовувати законодавство про фінансові ринки при розгляді запитів від організаторів первинного розміщення монет (ICO). FINMA приділяє основну увагу економічній функції та призначенню віртуальних валют. Найбільш істотним моментом в аналізі FINMA є основна мета токенів і те, чи є вони предметом торгівлі чи передачі.[272] Крім того, Орган з контролю за фінансовою діяльністю Великобританії (FCA) заявив:

- Криптовалютні деривативи, однак, можуть бути фінансовими інструментами згідно з Директивою про ринки фінансових інструментів II (MIFID II), хоча ми не вважаємо криптовалюти валютами або товарами з метою регулювання відповідно до MiFID II. Виходячи із зазначеного, фірми, які здійснюють регульовану діяльність з криптовалютними деривативами, має дотримуватися всіх застосовних правил.[273]

272 «FINMA публікує рекомендації щодо ICO». Електронний ресурс: https://bit.ly/3wScfUC

273 Орган з контролю за фінансовою діяльністю Великобританії, «Криптовалютні деривативи». Електронний ресурс: https://bit.ly/3FvrEhQ

- Відповідно, схоже, як і FINMA, FCA також фокусується на основній меті.
- Ми вважаємо, що перевірка фінансового інструменту, яка має проводитись за данським законодавством, має бути аналогічною до перевірки FINMA і FCA.

ii ВИМОГИ ДО ПРОСПЕКТІВ ЕМІСІЇ

CMA застосовується до учасників ринку капіталу та їхньої діяльності на ринках. Як такий він регулює різні аспекти данських ринків капіталу.

CMA та Положення про проспекти емісії розроблені так, що всі запити про допуск цінних паперів до торгів на регульованому ринку та всі публічні розміщення оборотних цінних паперів у Європейському Союзі або Європейській економічній зоні підпадають під вимогу проспекту емісії.

Проспект емісії – це, по суті, документ, який описує основні характеристики та привабливі сторони конкретного активу чи емітента. Проспект має бути підготовлений відповідно до правил, що застосовуються до конкретної галузі.

Якщо віртуальна валюта підпадає під визначення фінансового інструменту, публічне розміщення підпадатиме під вимогу проспекту емісії. І тут у кожному конкретному випадку необхідно буде визначити, чи можна використовувати звільнення від вимоги проспекту емісії.

Винятки із вимог до проспекту емісії при публічному розміщенні цінних паперів

Наскільки нам відомо, віртуальні валюти не котируються на регульованих ринках, тому тут розглядаються лише публічні пропозиції.

Нижче перераховані найбільш значущі винятки з вимог про проспект емісії при публічному розміщенні оборотних цінних паперів:

a. розміщення цінних паперів вартістю менше 8 мільйонів євро, яка вимірюється за 12 місяців, якщо тільки для такого розміщення не потрібний сертифікат в інших країнах-членах ЄС або ЄЕЗ; і
b. цінні папери для торгівлі, випущені схемою колективного інвестування (проте не закритого типу).

Публічне розміщення оборотних цінних паперів також може бути звільнено від вимог залежно від типу адресатів оферти, кількості адресатів, номіналу пропонованих одиниць та мінімальних міркувань на одного інвестора.

За умови, що конкретне ICO не підпадає під вимоги проспекту емісії, відносини між емітентом та спонсором у рамках ICO, згідно з данським законодавством (якщо воно застосовне), регулюватимуться (1) договором на купівлю цінних паперів між

емітентом та спонсором, що регулюється данським законодавством про зобов›язання та договори, та (2) всеосяжним принципом обов›язку продавця (емітента) розкривати суттєві факти покупцю (спонсору) (*див. Розділ VII*).

Інвестиційні послуги

Якщо віртуальна валюта підпадає під визначення фінансового інструменту, надання будь-якої з інвестиційних послуг, перерахованих в IFSA, буде регулюватися данськими правилами, IFSA та іншими правилами ЄС. Хоча обговорення наслідків цього виходить за рамки цього розділу, треба зазначити, що це може вплинути на поширення віртуальних валют, модель ціноутворення щодо як випуску, так і управління (за наявності такого) віртуальною валютою, а також вимоги до розкриття інформації.

III. БАНКІВСЬКІ ТА ГРОШОВІ ПЕРЕКАЗИ

Банківський бізнес та передача грошей у контексті кредитних установ регулюється FBA, а щодо постачальників платіжних послуг та емітентів електронних грошей – Данським законом про платежі (PA).

i. БАНКІВСЬКА СПРАВА

Відповідно до FBA, організація, що здійснює діяльність, що включає отримання від населення депозитів або інших коштів, що підлягають поверненню, а також діяльність, що включає надання кредитів за свій кошт, але не на основі випуску іпотечно-кредитних облігацій, зобов'язана мати ліцензію кредитної установи. 4 липня 2012 року FSA випустило керівництво, згідно з яким для того, щоб діяльність була ліцензована відповідно до розділу 7 FBA, має бути дотримано такі чотири вимоги:

a. організація має отримувати депозити чи інші кошти, що підлягають поверненню;
b. організація має отримувати кошти від населення;
c. організація має видавати кредити власним коштом; і
d. якщо організація лише отримує інші кошти на погашення, це має становити значну частину її діяльності.[274]

Ми ще не зустрічали емітентів віртуальних валют, які могли б кваліфікуватися як кредитна установа відповідно до вищевказаних умов, що є оцінкою, яка має бути зроблена на рівні емітента. Щоб емітент відповідав вищезазначеним умовам, його фінансування має частково ґрунтуватись на депозитах або на інших засобах, що підлягають поверненню.

274 Інтерпретація керівних настанов данського FSA. Електронний ресурс: https://bit.ly/38gHbG0

Емітент віртуальних валют, швидше за все, використовуватиме віртуальні валюти для фінансування. Ми не бачили, щоб віртуальні валюти використовувалися так, щоб потрібно було негайне погашення. Тому, за нашою оцінкою, купівля віртуальних валют навряд чи розглядатиметься як депозит чи інші кошти, що підлягають поверненню, через спосіб торгівлі віртуальними валютами.

Можливість покупця погасити суму покупки здебільшого залежить від ліквідності віртуальної валюти (тобто, від попиту та пропозиції). На відміну від цього, технологія блокчейн є дуже актуальною для ринку кредитних організацій. Однак, у міру подальшого розвитку технології, ми можемо побачити на ринку віртуальних валют досягнення, які змінять аспекти або використання віртуальних валют, внаслідок чого вони можуть розглядатись як депозити.

Кредитування, яке не грунтується на депозитах, якщо воно надається особам, які не є споживачами, вважається нерегульованою послугою відповідно до данського законодавства, хоча емітент має бути зареєстрований відповідно до Закону про ПВК. Кредитування, яке не ґрунтується на депозитах, у деяких випадках потребує ліцензії, якщо кредити надаються споживачам. Знову ж таки, основна увага має бути приділена емітенту.

ii. ПЛАТІЖНІ ПОСЛУГИ

Як згадувалося вище, платіжні послуги регулюються в PA, який реалізує Другу директиву про платіжні послуги[275] та Другу директиву про електронні гроші[276].

Відповідно до PA, грошовий переказ визначається як «платіжна послуга, за якої грошові кошти надходять від платника з єдиною метою переказу відповідної суми одержувачу або іншому постачальнику платіжних послуг, що діє від імені одержувача, без створення будь-яких платіжних рахунків на ім›я платника чи одержувача, або коли такі кошти надходять від імені одержувача та надаються одержувачу».

Оскільки віртуальні валюти не визначаються як валюти як такі, їхній переказ не може бути визначений як послуга грошового переказу. Можливе створення послуги грошового переказу на основі технології блокчейн та віртуальних валют, що означає, що особа, яка використовує віртуальні валюти або технологію блокчейн, або і те, й інше, для переказу грошей від імені інших осіб, має знати, чи ця послуга буде відповідати визначенню грошового переказу, як мінімум. Крім того, провайдери платформ обміну віртуальних валют можуть, залежно від конкретної конфігурації, надавати послуги грошових переказів при отриманні та передачі фіатних

275 Директива ЄС 2015/2366. Електронний ресурс: https://bit.ly/3ssxw6e

276 Директива2009/110/ЄС від 16 вересня 2009 року про започаткування та здійснення діяльності установами-емітентами електронних грошей і пруденційний нагляд за нею, про внесення змін до директив 2005/60/ЄС і 2006/48/ЄС та про скасування Директиви 2000/46/ЄС https://bit.ly/3Pa0AZO

валют від імені користувачів платформи у зв›язку з їхньою діяльністю щодо обміну віртуальних валют. Тому основна увага має приділятися емітенту та послугам, які він надає.

Крім того, відповідно до PA електронні гроші визначаються як грошова вартість, що зберігається в електронному або магнітному вигляді, що є вимогою до емітенту, яка видається після отримання коштів для здійснення платіжних операцій і приймається сторонами, іншими, ніж емітент електронних грошей.

Перш ніж віртуальні валюти стануть електронними грошима, необхідно, щоб вартість зберігалася в електронному або магнітному вигляді та була вимогою до емітенту. Рідко коли віртуальні валюти відповідають цим вимогам. Однак технологія блокчейн є потенційно корисною для випуску та використання електронних грошей.

Крім того, Данія вирішила спеціально регулювати інструменти, які раніше були відомі як сурогати платежів. Ці інструменти є платними електронними послугами, які можуть бути використані для (1) придбання товарів та послуг або (2) здійснення платіжних операцій за згодою платника на здійснення операції через телекомунікації, де оплата йде оператору, який управляє мережею зв'язку і який діє тільки як посередник між користувачем платіжної послуги та постачальником товарів та послуг, якщо послуга не є платіжною послугою.

Ми вважаємо, що віртуальні валюти не підпадатимуть під визначення інструментів, раніше відомих як платіжні сурогати. Однак у міру розвитку технології можуть з›явитися певні віртуальні валюти або їх використання, які підпадатимуть під цю частину правил.

IV. ПРОТИДІЯ ВІДМИВАННЮ КОШТІВ

10 січня 2020 року до Закону про ПВК/ФТ було внесено зміни з метою імплементації Директиви 2018/843 (AMLD V), яка спрямована на включення віртуальних валют до сфери дії AMLD IV[277], зокрема, регулювання постачальників послуг, насамперед і тих, хто професійно займається наданням послуг з обміну між віртуальними валютами та фіатними валютами, а також постачальників електронних гаманців. Відповідно до рекомендацій FATF 1 липня 2021 року до Закону про ПВК було внесено додаткові зміни, що передбачають включення до сфери дії Закону про ПВК постачальників обмінних платформ для торгівлі віртуальними валютами, постачальників послуг з віртуального переказу валют.

277 Директива ЄС 2018/843 від 30 травня 2018 року про внесення змін до Директиви (ЄС) 2015/849 про запобігання використанню фінансової системи для цілей відмивання грошей або фінансування тероризму та про внесення змін до директив 2009/138/ЄС і 2013/36/ЄС https://bit.ly/3ysKm84

Наразі на всіх цих постачальників поширюється дія Закону про ПВК. Визначення віртуальних валют та постачальників електронних гаманців у AMLD V також були включені до Закону про ПВК та дуже схожі на юридичний текст AMLD V. Закон про ПВК, однак, не регулює безпосередньо спонсорів чи майнерів віртуальних валют.

V. РЕГУЛЮВАННЯ БІРЖ

Крім того, що на них поширюється дія Закону про ПВК/ФТ, діяльність бірж із торгівлі віртуальними валютами сама собою не має бути прямо врегульована. Зв'язок між покупцем віртуальної валюти та біржею, на якій було здійснено покупку, в разі застосування данського законодавства регулюватиметься данськими законами, зокрема, про договори та хорошу ділову практику.

Якщо віртуальна валюта підпадає під визначення фінансового інструменту, про який йдеться у Розділі II.ii, то на цю валюту поширюється фінансове регулювання Данії, зокрема IFSA та CMA (обидва вводять у дію MiFID II) та MiFIR. Якщо це так, то спрощення біржою купівлі або торгівлі віртуальними валютами в системі біржі буде інвестиційною послугою. Це багато в чому вплине на бізнес-моделі бірж (*див. Розділ II*).

VI. РЕГУЛЮВАННЯ МАЙНЕРІВ

Немає жодного регулювання майнингу віртуальних валют. Навіть у тому випадку, якщо віртуальну валюту буде визначено як фінансовий інструмент, майнер, швидше за все, не вважатиметься постачальником будь-яких регульованих послуг, оскільки сам майнер надаватиме IT-ресурси конкретній торгівлі лише у віртуальній валюті.

VII. РЕГУЛЮВАННЯ ЕМІТЕНТІВ ТА СПОНСОРІВ

Прямого фінансового регулювання ні емітентів, ні спонсорів ICO не існує, крім того, що емітенти підпадають під дію Закону про ПВК/ФТ (*див. Розділ IV*). Те саме стосується і інвесторів у віртуальні валюти. У 2018 році FSA вперше розглянув питання про те, чи конкретне ICO входить у сферу фінансового регулювання Данії. У своєму рішенні FSA розглянув, чи ICO підпадає під дію правил проспекту емісії і чи поширюється на пропонований токен дія правил електронних грошей.

Розглянутий токен був випущений у рамках ICO з конкретною метою стати платіжним інструментом на торговій платформі компанії-емітента, коли і якщо вона буде створена. Користувачі платформи могли придбати токени, інвестувавши в ICO.

FSA дійшов висновку, що пропоновані токени не є цінними паперами, що перебувають в обігу, і, отже, не підпадають під дію правил проспекту емісії. Підставою для такого висновку послужило те, що цей токен не накладає на покупця жодних економічних прав чи прав на прийняття рішень щодо компанії-емітента або доходів компанії-емітента.

Крім того, FSA дійшов висновку, що токен не можна прирівнювати до електронних грошей, оскільки передумовою для того, щоб на нього поширювалися правила про електронні гроші, є наявність у власника електронних грошей права вимоги до емітенту, яке використовується як засіб платежу. У випадку з цим токеном це не так, оскільки оплата токеном на платформі не ініціювала базового платежу одержувачу і не могла бути погашена у емітента[278].

Якщо застосовується данське законодавство, то відносини між емітентом та спонсором або початковим інвестором в ICO, а також відносини між спонсором та наступними покупцями регулюватимуться, зокрема, данськими законами про договори та зобов›язання. Маркетинг віртуальних валют регулюватиметься відповідно до данського закону про маркетинг.

Ключовим аспектом данського договірного права є обов›язок лояльно інформувати іншу сторону (тобто обов›язок лояльного розкриття інформації). Відповідно до цього обов›язку, продавець (емітент ICO) має переконатися, що покупець (спонсор) отримав всю інформацію, яка може мати безумовно важливе значення для впливу на рішення спонсора і яку продавець знає чи має знати. Якщо спонсор не отримав такої важливої інформації, цей факт має стати вирішальною умовою для спонсора, щоб він мав будь-яке значення у подальшому вирішенні спору. Однак не є обов'язковою умовою те, що спонсор відмовився б від купівлі віртуальної валюти, якби він знав про конкретне питання; скоріше, ключовим є те, що незнання спонсора вплинуло на умови ICO.[279]

Обсяг інформації, яку потрібно надати спонсору, залежатиме від конкретної віртуальної валюти. Обов›язок сумлінно розкривати інформацію спонсору не включає вимогу розкривати всю інформацію, подану в регульованому проспекті, оскільки цей обов›язок сприймається як загальне зобов›язання до договорів.

Оскільки вимоги до проспекту загалом вважаються найкращою практикою, емітенту треба проаналізувати, які частини вимог до проспекту можуть бути життєво важливими для потенційного спонсора. На жаль, вимоги до проспекту не можуть бути використані як контрольний список необхідної інформації, оскільки від емітента може знадобитися надання потенційним спонсорам інформації з інших питань.

278 «FSA Данії займає позицію щодо конкретного ICO». Електронний ресурс: https://bit.ly/3N22vhc

279 Див. U.2004B.133, David Moalem, PhD, «Fortielser ved kontraktindgåelse – Om obligationsrettens loyale oplysningspligt»

VIII. КРИМІНАЛЬНЕ ТА ЦИВІЛЬНЕ ШАХРАЙСТВО І ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

Оскільки до віртуальних валют не застосовується фінансове регулювання, то ризик правозастосування до емітента за недотримання фінансових правил Данії необхідно вважати низьким.

Якщо віртуальна валюта кваліфікується як фінансовий інструмент, то за її пропозицію або торгівлю віртуальною валютою, порушуючи фінансові правила, можуть бути застосовані відповідні санкції. Порушення може бути каратися штрафом або тюремним ув›язненням на строк до чотирьох місяців, або й тим, та іншим, якщо суворе покарання не передбачено іншим законодавством.

Однак, оскільки деякі постачальники послуг віртуальної валюти (а саме емітенти) підпадають під дію Закону про ПВК/ФТ (*див. Розділ IV*), недотримання ними Закону про ПВК/ФТ також може спричинити відповідні санкції. Порушення Закону про ПВК/ФТ може каратися штрафом або тюремним ув›язненням на строк до двох років, або тим, і іншим, якщо більш суворе покарання не передбачено іншим законодавством. Шахрайство є незаконним відповідно до Кримінального кодексу Данії, незалежно від того, чи регулюються віртуальні валюти безпосередньо в інших нормативних актах Данії. Якщо людина отримує необґрунтовану вигоду для себе чи інших, це є шахрайством та карається відповідно до розділу 279 Кримінального кодексу. Особи, засуджені за шахрайство, можуть бути ув›язнені строком до одного року та шести місяців відповідно до статті 285.

Залежно від обставин, пов›язаних із віртуальною валютою та її випуском, санкції можуть бути застосовані відповідно до інших аспектів Кримінального кодексу, які можуть мати вище максимальне покарання.

Щодо порушень фінансових правил або Закону про ПВК/ФТ, то зазвичай FSA порушує справи та передає їх Державному прокурору з тяжких економічних та міжнародних злочинів, який також може вести справу самостійно.

IX. ОПОДАТКУВАННЯ

I. ВСТУП

Жоден податковий акт Данії не стосується конкретно віртуальних валют, а доходи від віртуальних валют оподатковуються відповідно до Данського національного податкового закону від 1922 року.

Після рішень Данської податкової ради[280] у 2016-2021 роках з'явилося чітке розуміння щодо данського оподаткування віртуальних валют.

Для цілей данського оподаткування будь-яке розпорядження активами є податковою подією, незалежно від цього, чи продається віртуальна валюта чи обмінюється на іншу віртуальну валюту чи зовсім на інший вид активу. Крім того, в разі припинення податкового резидентства в Данії може виникнути оподаткування при виході з країни.

ii. ОПОДАТКУВАННЯ ДОХОДІВ ТА ВИРАХУВАННЯ ЗБИТКІВ ВІД КУПІВЛІ ТА ПРОДАЖУ ВІРТУАЛЬНИХ ВАЛЮТ

Дохід, отриманий від продажу активів, як правило, не оподатковується, якщо він не вважається доходом від спекуляції або від активної торгівлі активами. З технічного погляду, вирішальним чинником визнання угоди спекуляцією є індивідуальний намір. Оцінка спекуляції щодо віртуальних валют така сама, як і щодо інших активів.

Технічно можна стверджувати, що обмін віртуальних валют є спекуляцією. Проте намір спекуляції щодо віртуальних валют можливо буде важко спростувати через брак їх практичного використання, що робить віртуальні валюти такими, що підходять як спекулятивні активи. Відповідно до двох рішень Податкової ради Данії від 9 березня 2018 року та від 18 червня 2018 року[281] всі придбання та відчуження віртуальних валют мають, з практичної точки зору, розглядатися податковими органами як спекуляція, що означає, що отриманий дохід має бути оподаткований в Данії. В іншій справі Національний податковий суд ухвалив, що віртуальні валюти не були куплені з метою спекуляції, і тому прибуток від їхнього продажу не підлягає оподаткуванню.[282]

Відповідно, фізична особа, яка отримує дохід від віртуальних валют, має включати її в особистий дохід, що оподатковується за граничною ставкою близько 52 відсотків. І навпаки, завдані збитки можуть бути вираховані. Однак податкова вартість збитку буде значно нижчою (приблизно 26 відсотків), ніж гранична ставка податку, що застосовується до прибутку.

Якщо данська компанія купує та продає віртуальні валюти, отриманий чистий дохід оподатковуватиметься за стандартною ставкою корпоративного прибуткового податку у розмірі 22 відсотки.

280 Вища адміністративна апеляційна рада в податкових органах Данії, до складу якої входять експерти з права, експерти з податкових органів Данії та політичні призначенці.

281 Див. SKM2018.104.SR and SKM2018.288.SR.

282 Див. SKM2021.240.LSR

iii. ОПОДАТКУВАННЯ ДОХОДІВ ТА ВІДРАХУВАННЯ ЗБИТКІВ ВІД МАЙНИНГУ ТА ПРОДАЖУ ВІРТУАЛЬНИХ ВАЛЮТ

Відповідно до рішення Данської податкової ради від 8 січня 2019 року[283], дохід, отриманий від майнингу віртуальних валют як хобі (у даному випадку майнинг віртуальних валют здійснювався через «майнинг-пул» з використанням персональних комп›ютерів), оподатковується на кожну віртуальну валюту, отриману від майнингу.

Прибуток, отриманий завдяки продажу віртуальних валют, також має бути оподаткований. Оподатковується лише різниця між понесеними витратами та вартістю наданої віртуальної валюти або прибуток, отриманий від подальшого продажу. Збитки, завдані внаслідок заняттям хобі, що неспроможні відніматися з інших джерел доходу не можуть переноситися на наступні періоди.

У принципі можна вважати, що фізична особа діє як професіонал щодо майнингу віртуальних валют. У цьому випадку фізичній особі буде дозволено віднімати та переносити збитки за аналогією з данською компанією.

Аналогічно, компанія, яка займається майнингом віртуальних валют, має сплачувати корпоративний прибутковий податок за ставкою 22 відсотки від реалізованого чистого доходу. Обмеження на застосування збитків і право перенесення збитків на майбутні періоди не мають поширюватися на компанії.

iv. РЕЗЮМЕ

Відповідно до рішень Данської податкової ради, практична позиція полягає в тому, що дохід, отриманий від купівлі та продажу біткоїнів, оподатковується. Якщо інвестор є фізичною особою, то дохід майже, напевно, є доходом від спекуляцій і як такий оподатковується за граничною ставкою близько 52 відсотків. Витрати можуть бути відраховані, але оподатковуватимуться у розмірі приблизно 26 відсотків. Корпоративний інвестор оподатковуватиметься за ставкою корпоративного податку у розмірі 22 відсотків.

Фізичні особи, які займаються майнингом віртуальних валют, майже напевно вважатимуться такими, хто займається хобі, та як такі оподатковуватимуться на чистий дохід, отриманий у доходному році, але не можуть бути утримані збитки в інших доходах або перенесені збитки.

283 Див. SKM2019.7.SR

X. ІНШІ ПИТАННЯ

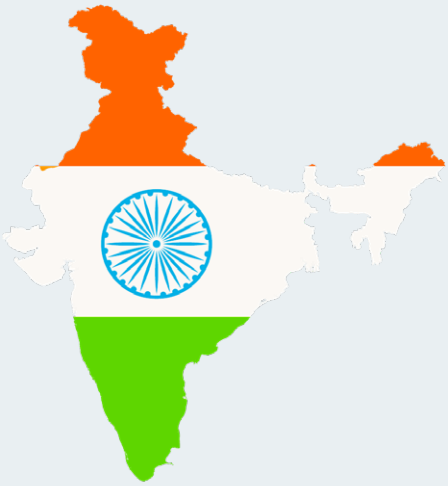
Поки що незрозуміло, як віртуальні валюти розглядатимуться з погляду аудиту. Віртуальні валюти фактично не описані у Законі про фінансову звітність Данії. Швидше за все, вони будуть розглядатися як нематеріальні кошти чи запаси. Відповідна категорія кожної віртуальної валюти залежить від того, як організація використовує цю віртуальну валюту.

XI. ПЛАНИ НА МАЙБУТНЄ

Наголошуючи, що проєкт пропозиції щодо Регламенту про ринки криптоактивів нині розглядається на рівні законодавчого органу ЄС, законодавчий орган Данії не оголосив і не запропонував жодних конкретних змін у законодавчій базі для регулювання віртуальних валют.

Однак FSA оголосив, що в період 2021-2023 років його наглядова діяльність у галузі нових технологій включатиме, зокрема, роботу щодо майбутнього регулювання віртуальних валют, а саме: FSA почне обговорення питання про те, як можна ідентифікувати юридичну особу, якщо її діяльність чи послуги пропонуються децентралізовано. На думку FSA, це особливо актуально, оскільки децентралізація в деяких випадках використовується як аргумент проти того, щоб та чи інша діяльність чи послуга мала бути врегульована. Як відправна точка для обговорення FSA оголосив, що він складе карту того, як і якою мірою відбувається децентралізація фінансової діяльності та послуг. Відповідно, ми очікуємо, що FSA збереже підвищену увагу наглядових органів до взаємозв'язку між віртуальними валютами та чинною правовою базою фінансового регулювання. Крім того, у жовтні 2021 року уряд опублікує свої законодавчі плани на 2021-2022 роки. Оскільки віртуальні валюти стають предметом дедалі більшої уваги громадськості, законодавчі плани уряду цілком можуть містити ініціативи щодо них.

ІНДІЯ



I. ОЗНАЙОМЛЕННЯ З НОРМАТИВНО-ПРАВОВОЮ БАЗОЮ

Населення Індії виявляє значний інтерес до віртуальних валют. Згідно з секторальними оцінками на липень 2021 року, в Індії налічувалося орієнтовно 15 мільйонів інвесторів, які володіють віртуальними валютами на суму понад 1,3 мільярда доларів США.[284]

Нині у законодавстві Індії немає чіткого визначення віртуальних валют, криптоактивів чи криптовалют. 4 березня 2020 року Верховний суд Індії скасував на конституційних підставах циркуляр (VC Circular), виданий центральним банком Індії – Резервним банком Індії (РБІ) – який обмежував використання регульованих банківських та платіжних каналів для продажу та купівлі віртуальних валют (справа IAMAI).[285] Це підтвердило фундаментальне право бірж віртуальних валют на торгівлю та ведення бізнесу, гарантоване Конституцією Індії.

У минулому РБІ та Міністерство фінансів робили попереджувальні заяви про ризики, пов›язані з віртуальними валютами, включно з ВК, захистом споживачів, цілісністю ринку, кібербезпекою та волатильністю. Однак у доповідях різних урядових комітетів також наголошувалися на певних перевагах віртуальних валют, таких як ефективність та економія коштів.

У липні 2019 року Міжвідомчий комітет, створений Міністерством фінансів, опублікував звіт про запропонований підхід до регулювання технології розподілених реєстрів та віртуальних валют (звіт IMC).

284 https://bit.ly/3JZXqVL

285 Internet and Mobile Association of India v. Reserve Bank of India, W.P.(C) 528/2018, Supreme Court of India, 4 March 2020. The authors advised the Internet and Mobile Association of India (the lead petitioner in the case and the industry body) in the proceedings against the RBI.

Комітет рекомендував запровадити повну заборону на роботу з віртуальними валютами, а також запровадити кримінальне покарання[286]. Він також рекомендував просувати технологію розподіленого реєстру без використання віртуальних валют та вивчити можливість створення суверенної цифрової валюти. Рекомендація Комітету не має обов'язкової сили і, судячи з усього, знаходиться на розгляді уряду. Заяви міністра фінансів у 2021 році припускають, що уряд використовуватиме «вивірений» підхід до регулювання галузі і не «закриватиме всіх варіантів»[287].

Наразі, незважаючи на справу IAMAI, яка проливає деяке світло на правові характеристики віртуальних валют, не існує закону, який прямо класифікував би віртуальні валюти як товари або продукти, послуги, цінні папери, деривативи або валюти. Віднесення віртуальних валют до одного або кількох із зазначених класів має важливе значення, оскільки залежно від віднесення до того чи іншого класу по-різному застосовуватиметься чинне законодавство.

На момент написання цієї статті існує більше 5 000 віртуальних валют,[288] всі вони мають різні властивості, і їхня класифікація залежить від їхньої природи.[289] Наприклад, деякі з них призначені для використання як електронні гроші (наприклад, біткоїн), а деякі – як «паливо» для операцій комп›ютерної обробки (наприклад, ефір).

За одним невеликим винятком, оскільки немає спеціального законодавства, що регулює віртуальну валюту, всі закони, згадані в цьому розділі, мають спільне застосування, і ми інтерпретували їх у контексті віртуальної валюти.

II. ЗАКОНИ ПРО ЦІННІ ПАПЕРИ ТА ІНВЕСТИЦІЇ

i. ВІРТУАЛЬНІ ВАЛЮТИ ЯК ЦІННІ ПАПЕРИ

Відповідно до чинного законодавства, віртуальні валюти, такі як Біткоїн та Ефір, навряд чи підпадають під дію нормативних актів щодо цінних паперів. Закон (Положення) про договори про цінні папери 1956 року (SCRA) містить невичерпне визначення цінних паперів, і наразі не існує нормативного керівництва щодо його застосування у контексті віртуальних валют. Віртуальні валюти не підпадають під зазначені пункти визначення. Крім того, предмети, що підпадають під визначення, одержують свою вартість від базового активу. Проте віртуальні валюти, такі як біткоїн та ефір, не мають базових активів.

286 https://bit.ly/3LAHOIH
287 https://bit.ly/36VFfSs
288 https://coinmarketcap.com/all/views/all/
289 Корисне визначення віртуальної валюти, надане FATF

Швидше, їхня вартість визначається виключно на основі попиту та пропозиції. Крім того, віртуальні валюти, такі як біткоїн, часто не мають ідентифікованого емітента, на відміну від предметів, що входять у визначення цінного паперу за індійським законодавством.

Навіть якщо розглядати звичайне значення слова «цінний папір», це слово визначається в Black's Law Dictionary[290] як інструмент, що свідчить про права власності власника на підприємство або кредиторські відносини власника з підприємством (або урядом). Там говориться, що цінний папір вказує на інтерес, що ґрунтується на інвестиціях у спільне підприємство. Віртуальні валюти, включно з Біткоїн та Ефір, не мають таких прав власності, кредитних відносин або інвестицій у спільне підприємство. Тому такі віртуальні валюти навряд чи підпадають під визначення цінних паперів.

Однак деякі токени (хоч і не всі), випущені в рамках первинних пропозицій монет (ICO), можуть підпадати під дію SCRA, якщо вони випущені індійською організацією та відповідають вищезазначеним критеріям. Швидше за все, це станеться, якщо вони випущені емітентом, який пройшов ідентифікацію, і забезпечені базовими активами емітента. Такі токени мають регулюватися Законом про компанії 2013 року (Закон про компанії) (щодо вимог, пов›язаних з випуском та передачею цінних паперів) та SCRA (щодо того, що цінні папери можуть котуватися лише на ліцензованих фондових біржах).

Деякі випуски токенів віртуальної валюти також можуть бути прирівняні до схем колективного інвестування, які регулюються відповідно до Закону про цінні папери та біржі Індії 1992 року.[291]

ii. ДЕПОЗИТИ

Оскільки багато операцій із продажу токенів передбачають приймання коштів або інших токенів, важливо проаналізувати, які нормативні акти, крім нормативних актів з цінних паперів (наприклад, щодо токенів, які не кваліфікуються як цінні папери), застосовуються за таких операцій.

Положення Закону про компанії та Правил про компанії (прийняття депозитів) 2014 року (Правила про депозити) визначають, коли отримання компанією коштів у вигляді депозиту або позики або в будь-якій іншій формі вважатиметься депозитом, а також передбачають певні винятки з їхнього застосування.

290 Black's Law Dictionary (10-те видання, 2014 рік).

291 Це матиме місце, якщо: (1) внески або платежі, зроблені інвесторами, як би вони не називалися, об'єднуються та використовуються для цілей схеми або угоди; (2) вклади або платежі за такою схемою або домовленістю здійснюються інвесторами з метою отримання прибутку, доходу, продукції або майна, як рухомого, так і нерухомого, за такою схемою або домовленістю; (3) власність, внесок або інвестиції, що є частиною схеми або угоди, незалежно від того, чи вони підпадають під визначення чи ні, керуються від імені інвесторів; та (4) інвестори не мають повсякденного контролю за управлінням та функціонуванням схеми або угоди.

Наприклад, будь-яка сума, отримана під час ведення бізнесу як аванс за постачання товарів або послуг, не буде депозитом, якщо аванс надається в рахунок постачання таких товарів або послуг протягом 365 днів.

Якщо вважається, що компанія приймає депозити, це спричинить цілу низку заходів щодо дотримання вимог Закону про компанії та його правил, а також нормативних актів РБІ. Ці кроки будуть вжиті лише в разі одержання коштів, а не віртуальної валюти.

Крім того, після ухвалення Закону про заборону нерегульованих депозитних схем 2019 року емітенти токенів віртуальної валюти, щоб не потрапити під дію Закону, мають гарантувати, що будь-які отримані кошти не підлягають поверненню.[292]

iii. РЕГУЛЮВАННЯ ЯК ТОВАРІВ

У справі IAMAI Верховний суд висловив деякі сумніви щодо того, чи можна класифікувати віртуальну валюту лише як товар чи товарну продукцію. Зрештою, він ухвалив, що віртуальна валюта – це нематеріальна власність, яка за певних обставин діє як гроші.

Індія – країна з контролем за рухом капіталу, де надходження іноземної валюти в країну та її межі регулюється відповідно до Закону про управління іноземною валютою 1999 року (FEMA). Якщо віртуальні валюти класифікуються як товари, діяльність біржі з торгівлі віртуальними валютами може регулюватися як товарна біржа, що може мати наслідки відповідно до індійського законодавства про прямі іноземні інвестиції (ПІІ), тобто Правил управління іноземною валютою (неборгові інструменти) 2019 року (Правила NDI).

У товарному просторі існує два відповідні поняття: товарна спот-біржа, яка має справу з готовим постачанням, та товарна деривативна біржа, яка має справу з деривативними контрактами. Правила NDI обмежують обсяг іноземних інвестицій у товарні спот-біржі до 49 відсотків акціонерного капіталу без затвердження уряду. SCRA вимагає, щоб будь-яка біржа, що сприяє торгівлі товарними деривативами, була визнаною фондовою біржею (тобто ліцензованою організацією).

Відповідно до чинного законодавства, віртуальні валюти не можуть регулюватися як товари за змістом Правил NDI. Відповідно до циркуляру Ради з цінних паперів та бірж Індії (SEBI)[293], а також повідомлення центрального уряду[294], центральний

292 Термін «депозит» включає «грошову суму, отриману у вигляді авансу, позики або в будь-якій іншій формі будь-якою особою, яка приймає депозит, з обіцянкою повернути її після закінчення певного терміну або іншим чином, або готівкою, або у натуральній формі, або у формі певної послуги, з або без будь-якої вигоди у вигляді відсотків, премії, прибутку або у будь-якій іншій формі, але не включає... [деякі перелічені категорії]». Закон містить перелік регульованих депозитних схем, проте нерегульовані депозитні схеми заборонені.

293 SEBI/HO/CDMRD/DMP/CIR/P/2016/105.

294 S.O. 3068(E) (Міністерство фінансів, Департамент економічних справ).

уряд визначив певні товари для цілей терміну товарний деривативвідповідно до SCRA і не включає до нього віртуальну валюту. Хоча це повідомлення застосовується тільки до товарних деривативів, а не готових контрактів на поставку, воно дає найближчі керівні вказівки з питання про те, що можна вважати товарною біржею на сьогодні.

Проте центральний уряд може у будь-який момент ухвалити рішення про визнання віртуальних валют (загалом або будь-якого їхнього класу) товарами відповідно до вищезазначеного повідомлення. Це призведе до того, що контракти на деривативи у віртуальних валютах підпадуть під дію SCRA (і, отже, під юрисдикцію SEBI). Для спотової торгівлі ПІІ буде обмежено 49 відсотками капіталу. Нині немає окремого режиму ліцензування для товарних спот-бірж.

Інші наслідки того, що віртуальна валюта прирівнюється до товару або продукції (згідно із законами про валютний контроль), обговорюються у розділі X.

iv. ПРЯМІ ІНОЗЕМНІ ІНВЕСТИЦІЇ В ІНДІЙСЬКІ ПІДПРИЄМСТВА, ЩО ВИКОРИСТОВУЮТЬ ВІРТУАЛЬНУ ВАЛЮТУ

За справою IAMAI ухвалено, що РБІ має юрисдикцію щодо питань, пов›язаних з віртуальними валютами, оскільки за певних обставин віртуальні валюти виступають як гроші. У зв›язку з цим постає питання про те, чи буде обмежений бізнес віртуальних валют, оскільки вони є «іншими фінансовими послугами» (OFS) відповідно до Правил NDI. ПІІ у OFS дозволені без схвалення уряду у розмірі до 100 відсотків акціонерного капіталу індійської компанії, за винятком випадків, коли: діяльність у сфері фінансових послуг не регулюється жодним регулятором фінансового сектора (РБІ); регулюється лише частина діяльності у сфері фінансових послуг; або є сумніви щодо регулятивного нагляду. Можна стверджувати, що оскільки в справі IAMAI чітко зазначено, що РБІ має юрисдикцію над простором віртуальних валют, немає жодних сумнівів щодо регулятивного нагляду, і, отже, ПІІ дозволено без схвалення уряду.

Крім того, можна стверджувати, що більшість бізнес-моделей, які сприяють купівлі та продажу віртуальних валют, можна охарактеризувати як ринки електронної комерції, в яких дозволено іноземні інвестиції до 100 відсотків капіталу компанії без схвалення уряду.

Термін «електронна комерція» визначений у Правилах NDI як «купівля та продаж товарів та послуг, включаючи цифрові продукти, через цифрові та електронні мережі». Як було зазначено в розділі X, віртуальні валюти, такі як Біткоїн і Ефір, можуть бути охарактеризовані як товари або цифрові продукти.

III. БАНКІВСЬКІ ТА ГРОШОВІ ПЕРЕКАЗИ

i. ВІДСУТНІСТЬ ЗАБОРОНИ НА ОПЕРАЦІЇ З ВІРТУАЛЬНИМИ ВАЛЮТАМИ

VC Circular забороняв регульованим фінансовим установам (включно з банками та платіжними системами) працювати з віртуальними валютами або надавати послуги з сприяння будь-якій фізичній чи юридичній особі у роботі з віртуальними валютами або розрахунках з ними.[295] У справі IAMAI це обмеження було скасовано Верховним судом та більше немає юридичної сили. Крім того, РБІ відповів на запит громадянина про право на інформацію, заявивши, що не існує заборони на роботу банків з підприємствами, що займаються віртуальними валютами.[296]

ii. ЗАКОН ПРО ПЛАТІЖНІ ТА РОЗРАХУНКОВІ СИСТЕМИ 2007 РОКУ

Оскільки багато віртуальних валют використовуються як засіб обміну цінностями, виникають питання про те, чи потрібний будь-який дозвіл або відповідність Закону про платіжні та розрахункові системи 2007 року (Закон про ПРС). Відповідно до Розділу 2(1)(i) Закону про ПРС, платіжна система визначається як «система, що дозволяє здійснювати платежі між платником та одержувачем». Якщо системи на основі віртуальної валюти дійсно є платіжними системами, то будь-яка особа, яка починає або здійснює свою діяльність, має отримати дозвіл РБІ відповідно до розділу 4(1) Закону про ПРС.

У Законі про ПРС немає нічого, що виключало б віртуальну валюту, оскільки в ньому згадується лише термін «платіж», на відміну від валюти, законного платіжного засобу чи грошей. Тому необхідно визначити, чи дозволяє конкретна криптовалютна система здійснювати платіж між платником та одержувачем, чи особа, яка запускає чи керує такою системою.

Можливо, багато віртуальних валют не є частиною системи, що дозволяє здійснювати платежі між платником та одержувачем. Користувач може, наприклад, просто купити віртуальну валюту, використовуючи фіатну валюту в інвестиційних цілях, і ніколи не проводити за її допомогою жодних платежів, а потім продати її в обмін на фіатну валюту. У зв›язку з цим не буде жодного платежу, платника чи одержувача, і це нагадуватиме продаж та купівлю такого активу як золото. Крім того, той факт, що вартість, що лежить в основі віртуальної валюти, не підкріплена або не гарантована організацією-емітентом або будь-якою іншою стороною (тобто власники віртуальних валют не можуть викупити їх на користь емітента (крім як через продаж через звичайні ринкові канали), підтримує думку про те, що віртуальна валюта, швидше, не вважатиметься платіжною системою.

295 https://bit.ly/3wHx5Yn

296 RBIND/R/E/20/02104 (27 Травень 2020 року)

Відповідно до цієї точки зору, віртуальні валюти можна охарактеризувати як товари або цифрові продукти, якими люди торгують так само, як будь-якими іншими цифровими продуктами, наприклад, музичними файлами або електронними книгами.

До того ж, через децентралізований характер багатьох віртуальних валют, включно з біткоїн, емітенти, що створюють системи, на практиці не можуть бути ідентифіковані. Це означає, що навіть якщо децентралізовані віртуальні валюти стануть платіжними системами, регулюючі органи не зможуть визначати емітентів, оскільки вони є анонімними. Крім того, як і у випадку з децентралізованими віртуальними валютами, суб›єкти, які не володіють, не мають впливу або контролю над системою, навряд чи нестимуть відповідальність за її функціонування, оскільки розподілений реєстр функціонує незалежно від будь-якого оператора.

Навіть якщо існує централізований емітент, він може просто створювати та випускати токени, які потім котируються на біржах віртуальних валют: емітент не може грати роль платіжної, клірингової чи розрахункової організації. У цьому випадку віртуальну валюту можна розглядати як ліцензію на використання конкретного віртуального валютного реєстру і ця ліцензія може вільно продаватися на відкритому ринку.

Однак як контраргумент до вищенаведеного аналізу можна навести той факт, що блокчейн віртуальної валюти дійсно створює технологію, що дозволяє передавати вартість від людини до людини, а отже, дозволяє здійснювати платежі між сторонами. Відповідно до цього аргументу, багато блокчейнів віртуальної валюти можуть бути прирівняні до платіжних систем, що вимагатиме від організацій, які створюють або експлуатують їх, одержання дозволу відповідно до Закону про ПРС.

Згідно з матеріалами, представленими РБІ у справі IAMAI, віртуальні валюти не є платіжними системами відповідно до Закону про ПРС.

IV. ПРОТИДІЯ ВІДМИВАННЮ КОШТІВ

Органам регулювання часто складно відстежувати операції з віртуальними валютами через їхній анонімний характер. Хоча ідентифікаційні дані гаманця можна відслідкувати у блокчейні, ці дані важко зв’язати з конкретною особою. Така можливість передачі чогось цінного через Інтернет, яка може оминути традиційну систему фінансового моніторингу, викликала тривогу у регулюючих органів, оскільки вони не можуть відстежити рух коштів, які можуть бути використані з метою відмивання.

Наразі норми «знай свого клієнта» (KYC) та ПВК встановлені низкою різних законодавчих актів та вказівок РБІ. Однак ці норми не застосовуються безпосередньо до підприємств, що використовують віртуальні валюти (якщо вони є фінансовими установами, регульованими в інший спосіб). Норми KYC/ПВК, передбачені різними законами (наприклад, Законом про ПВК 2002 року та Головною вказівкою РБІ – Know Your Customer (KYC) Direction 2016), поширюються лише на підприємства, регульовані РБІ та іншими регулюючими органами, такими як SEBI. Тому підприємства, які працюють з віртуальними валютами, пов'язаними з цінними паперами, про що йдеться в розділі II, або управителі платіжними системами, про що йдеться в розділі III, можуть підпадати під вимоги KYC/ПВК.

Хоча норми KYC не поширюються на більшість підприємств, пов›язаних з віртуальними валютами, таким підприємствам рекомендується дотримуватись заходів KYC, аналогічні тим, що застосовуються регульованими організаціями, особливо якщо вони обслуговують роздрібних користувачів. Це дасть змогу таким компаніям ефективно реагувати на розслідування правоохоронних органів та запити про надання інформації, щоб уникнути звинувачень у співучасті у відмиванні коштів чи інших шахрайських діях.

V. РЕГУЛЮВАННЯ БІРЖ

Спеціального Регулювання бірж віртуальних валют та торгових платформ не існує, і функціонування таких підприємств регулюється загальнозастосовним корпоративним, кримінальним, трудовим, місцевим та податковим законодавством. На практиці, на момент написання статті, біржі стикаються з певним опором при отриманні доступу до послуг регульованих фінансових установ, незважаючи на те, що Верховний суд скасував VC Circular.

VI. РЕГУЛЮВАННЯ МАЙНЕРІВ

Немає закону, який би конкретно регулював діяльність з майнингу віртуальної валюти. Майнинг можна розглядати як діяльність із розробки програмного забезпечення, яке генерує вартість у вигляді новоствореної віртуальної валюти (іноді називається винагородою за блок). Тому повністю внутрішній майнинг як вид діяльності має регулюватись лише законами загального застосування.

Незважаючи на брак судових прецедентів з цього питання, FEMA та його нормативні акти можуть мати значення у тих випадках, коли винагорода за блокчейн відправляється на адресу віртуального гаманця в Індії та згодом переводиться за кордон на іноземний гаманець (*див. Розділ X*).

Однак угода, в якій індійська компанія надає лише фізичну інфраструктуру для майнингу, а новостворена віртуальна валюта використовується безпосередньо за адресою гаманця, який знаходиться у нерезидента за кордоном, не повинна тягнути за собою експортно-імпортні правові зобов›язання відповідно до FEMA. У такій ситуації, оскільки віртуальна валюта ніколи не зберігалася в Індії, не відбувається переведення віртуальної валюти з Індії до іноземної держави.

VII. РЕГУЛЮВАННЯ ЕМІТЕНТІВ ТА СПОНСОРІВ

i. ЦІННІ ПАПЕРИ, ДЕПОЗИТИ ТА СХЕМИ КОЛЕКТИВНОГО ІНВЕСТУВАННЯ

Якщо віртуальна валюта, що випускається, є цінним папером, депозитом або схемою колективного інвестування, то в цьому випадку діятимуть застосовні правові вимоги до такого випуску та відповідне поточне дотримання норм.

ii. ПРАВИЛА ІМПОРТУ ТА ЕКСПОРТУ

Купівля резидентами Індії віртуальних валют, випущених міжнародними організаціями як у фіатній, так і у віртуальній валютах, підпадає під дію правил імпорту та експорту відповідно до FEMA. Транскордонні операції між криптовалютами можуть потрапити під дію FEMA з точки зору індійського резидента (*див. Розділ X*).

iii. ICO

Інвестиційні токени

Індійські організації, що випускають токени, що є цінними паперами за індійським законодавством, повинні дотримуватися відповідних зобов›язань щодо Закону про компанії та SCRA, про що йшлося в розділі II. Наприклад, згідно з розділами 23 та 24 Закону про компанії, якщо понад 200 осіб є учасниками торгівлі токенів, це може вважатися публічним випуском, який регулюватиметься SEBI.[297]

Токени корисності

Випуск токенів в обмін на гроші або інших токенів, які просто виступають як аванс у рахунок майбутніх послуг (часто званих токенами корисності), може бути здійснений з урахуванням – для транскордонних емісій – питань FEMA, розглянутих у розділі X. Однак, якщо такий аванс не буде надано у рахунок фактичних послуг протягом 365 днів, сума може вважатися депозитом відповідно до Закону про компанії та Правил про депозити, про що йдеться у розділі II.

297 Правило 14(2) Правил компаній (Проспекти та розміщення цінних паперів) 2014 р.

Отже, емітенти токенів, які хочуть уникнути обмежень на депозити, можуть за договором забезпечити надання послуг протягом 365-денного періоду.

Платіжні токени

Ці токени призначені для використання як платіжний засіб для торгівлі товарами або послугами, як форма грошей або вартості. На відміну від токенів корисності, вони не дають права вимоги товарів або послуг до їхнього емітенту.

З точки зору індійського законодавства, якщо блокчейн, пов›язаний з токеном, утворює платіжну систему, яка потребує дозволу відповідно до Закону про ПРС, то, як обговорюється в розділі III.ii, організація, яка починає або керує такою системою, може бути зобов›язана одержати дозвіл РБІ.

VIII. КРИМІНАЛЬНЕ ТА ЦИВІЛЬНЕ ШАХРАЙСТВО І ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

Не існує законів, спеціально спрямованих на боротьбу із шахрайством у секторі віртуальних валют.

Однак, незважаючи на поширену в Індії помилку, що підприємства, які займаються віртуальними валютами, працюють у абсолютно нерегульованому просторі, це не так. Різні закони загального застосування, такі як Кримінальний кодекс Індії 1860 року (IPC), Закон про заборону схем призових виграшів та грошового обігу 1978 року (Закон про призові виграші), Закон про захист прав споживачів 1986 року (CPA) та Закон про заборону схем нерегульованих депозитів 2019 року (Закон про UDS), діятимуть проти шахрайської діяльності. Відповідно до IPC та Закону про призові виграші влада вже вжила заходів проти шахрайських підприємств, що працюють з віртуальною валютою.[298] IPC, Закон про призові фонди та Закон про UDS є кримінальними законами, а CPA передбачає цивільно-правові засоби захисту.

Розділи 415 – 420 IPC передбачають кримінальну відповідальність за шахрайство. Якщо будь-яка особа (отже, включно з бізнесом віртуальної валюти) «обманним шляхом спонукає [обмануту особу] передати якесь майно будь-якій особі», і ця дія завдає або може завдати шкоди обманутій особі, вона може бути покарана відповідно до статей 417 та 420. Аналогічно, Закон про призові виграші передбачає покарання за схеми отримання швидких або легких грошей (схеми обігу грошей) та різні види схем розподілу призів (призові виграші).

298 https://bit.ly/3mwZ0Ec

Закон про UDS забороняє прийом будь-яких нерегульованих депозитів (тобто грошової суми будь-якою особою, яка приймає депозити, з обіцянкою повернути її у грошовій чи натуральній формі).

CPA захищає споживачів від недобросовісної торгової практики, недоліків у послугах та дефектів у товарах. До недобросовісної торгової практики відноситься помилкова реклама, або така, що вводить в оману. В результаті, якщо будь-який бізнес, пов'язаний з віртуальною валютою, вводить споживачів в оману або надає неякісні послуги, споживачі матимуть змогу звернутися до суду відповідно до CPA.

З точки зору правозастосування, як буде сказано далі, Управління з правозастосування (ED) нещодавно порушило справу відповідно до Закону про управління іноземною валютою 1999 проти великої місцевої біржі за підозру у порушенні цього закону.

IX. ОПОДАТКУВАННЯ

В Індії податки можуть стягуватися з доходів (прямі податки) чи витрат (непрямі податки). Тому оподаткування діяльності, пов›язаної з віртуальними валютами, може бути розглянуто у двох розділах: прибутковий податок (прямий податок) та податок на товари та послуги (GST) (непрямий податок).

i. ПРЯМІ ПОДАТКИ

Оподаткування доходів регулюється положеннями Закону про прибутковий податок 1961 (ITA). Згідно з ITA, резиденти Індії підлягають сплаті податків в Індії на свій дохід по всьому світу, у той час як нерезиденти оподатковуються, зокрема, на дохід, який вважається накопиченим та одержаним в Індії. Нещодавно ITA розширив рамки поняття «вважається, що дохід накопичується або одержується в Індії», ввівши критерій значної економічної присутності (SEP). Вважається, що нерезидент встановив SEP в Індії, якщо він, зокрема, укладає угоди щодо товарів, послуг або майна з особою, яка проживає в Індії (вище за встановлені порогові значення), або займається систематичним і безперервним залученням клієнтів в Індії до підприємницької діяльності. Проте нерезиденти, які є резидентами країни, з якою Індія підписала податкову угоду, мають можливість оподатковуватись відповідно до податкової угоди або ITA, залежно від того, що вигідніше.

Відповідно до ITA, одним із ключових питань є те, чи розглядається дохід від віртуальних валют як приріст капіталу або прибуток і дохід від бізнесу або професії.[299]

299 Наприклад, якщо продавець є торговцем за професією, дохід має оподатковуватися як дохід від підприємницької діяльності. Якщо це не прибуток від бізнесу, він буде оподатковуватися так само, як і приріст капіталу. Однак це ще не зрозуміло в індійському законодавстві, що ускладнює висновок про те, як віртуальні валюти можуть оподатковуватись.

Якщо дохід від віртуальних валют розглядається як підприємницький дохід, він оподатковуватиметься в Індії лише в тому випадку, якщо нерезидент має постійне представництво в Індії (за умови, що він є представником країни-учасниці договору). Крім того, в разі кваліфікації як прирост капіталу, оскільки приріст капіталу зазвичай оподатковується в Індії тільки в тому випадку, якщо актив знаходиться в Індії, визначення місцезнаходження віртуальної валюти для встановлення зв›язку може бути важливим. Позиція щодо місцезнаходження віртуальної валюти незрозуміла. Верховний суд у справі IAMAI зазначив, що віртуальна валюта не має місцезнаходження. На нашу думку, місцезнаходження власника є наближеним визначенням місцезнаходження віртуальної валюти. Наразі в ITA та пов›язаних з ним правилах немає конкретної вказівки на режим віртуальних валют, і судових прецедентів з цього питання не було.

Ще одним важливим моментом буде визначення застосування нещодавно введеного зрівняльного податку (EL) до операторів віртуальних валют. EL застосовується за ставкою 2 відсотки від валової вартості наданих послуг або поставлених товарів (визначених як «постачання або послуги електронної комерції») «операторами електронної комерції» для резидентів Індії.

При тлумаченні ITA треба враховувати факти та обставини кожної угоди, оскільки фізичні та юридичні особи можуть мати справу з віртуальними валютами у різних контекстах, іноді як капітальні активи, а іноді під час ведення бізнесу. Аналогічно, наслідки для прибуткового податку можуть залежати від бізнес-моделі видобувної компанії, платформи обміну віртуальних валют, компанії з переказу коштів або відповідної сторони.

ii. НЕПРЯМИЙ ПОДАТОК

Відповідними законами, що стосуються GST, є Закон про централізований податок на товари та послуги 2017 року, Закон про інтегрований податок на товари та послуги 2017 року (Закон IGST) та відповідні закони про державні податки на товари та послуги, кожен з яких має свою юрисдикцію.

GST має бути сплачено в разі:

a. продажу товарів, коли товари продаються в межах одного штату Індії;
b. продажу товарів, коли товари перевозяться з одного штату до іншого штату;
c. надання послуг у межах одного штату Індії; і
d. надання послуг з одного штату до іншого штату Індії.

Застосовність GST до віртуальної валюти залежить від того, чи можна вважати віртуальну валюту «товаром» . Як згадувалося у розділі I, немає закону, який би прямо класифікував віртуальні валюти як товари.

Хоча Верховний суд у справі IAMAI розглянув питання про те, чи можна віднести віртуальні валюти до категорії грошей або товарів, та зазначив, що віртуальні валюти мають ознаки обох цих категорій, він не зробив жодної остаточної класифікації, залишивши питання відкритим. Якщо віртуальні валюти відносяться до категорії грошей, то GST не має застосовуватись, оскільки гроші виключені зі сфери його дії. Однак у цьому випадку Верховний суд визнав, що віртуальні валюти можуть вважатися і нематеріальним майном, і товаром. Отже, характеристика віртуальної валюти для цілей GST може зрештою залежати від контексту угоди.

Крім того, Тарифна сітка для товарів нині не містить спеціальної категорії для віртуальних валют, але містить залишкову категорію товарів. Тому віртуальні валюти можуть (за умови, що вони розглядатимуться як товари з причин, розглянутих у розділі X) підпадати під категорію залишків. Відповідно до режиму GST, GST обкладаються операції, у яких товари поставляються під час ведення бізнесу. Оскільки існує безліч віртуальних валют і кожна угода відрізняється за своїм характером, необхідно у кожному конкретному випадку визначати, чи має бути сплачено GST. Особи, які продають товари під час або в процесі ведення бізнесу та вимагають реєстрації GST (що залежить від дотримання порогового рівня річного доходу), зобов›язані включати GST у рахунки-фактури на продаж. Крім того, якщо оператор обміну продає віртуальну валюту в обмін на іншу віртуальну валюту, така угода може розглядатися як бартер, і GST може застосовуватися до обох угод як подвійне постачання.

Згідно із законом IGST, податок стягується при імпорті товарів у країну. Оскільки віртуальні валюти є цифровими товарами, якщо вони не зберігаються в гаманці, який знаходиться на фізичному носії, такому як флешка або жорсткий диск, вони навряд чи будуть обкладатися митом, оскільки такі мита застосовуються тільки до імпорту матеріальних товарів. Тому на практиці IGST не стягуватиметься, оскільки податковий механізм визначає, що IGST застосовується тільки в той момент, коли мита підлягають сплаті при імпорті товарів до Індії.

Крім того, GST має сплачуватись щодо послуг, що надаються (наприклад, послуг торгової біржі) у зв›язку з продажем та купівлею віртуальних валют. Якщо особа продає віртуальні валюти як хобі, це не повинно мати наслідків для GST. Продаж віртуальних валют, які спочатку використовувалися як інвестиції, також не тягне за собою зобов›язань щодо сплати GST.

Можуть виникнути проблеми подвійного оподаткування, коли споживачі можуть оподатковуватись GST при купівлі віртуальних валют, а потім під час їхнього використання в обмін на інші товари та послуги, які Зі свого боку оподатковуються GST. Ці питання ще не враховані режимом GST.

Треба зазначити, що наведений вище аналіз ґрунтується на нашому аналізі положень GST, як вони застосовуються загалом, і не існує спеціальних урядових вказівок щодо застосування GST до віртуальних валют.

X. ІНШІ ПИТАННЯ

i. ВАЛЮТНИЙ КОНТРОЛЬ

Транскордонні перекази віртуальних валют або транскордонні перекази для їх купівлі або продажу викликають питання відповідно до FEMA.

Характер віртуальних валют відповідно до FEMA

У FEMA немає чіткої класифікації віртуальних валют. РБІ заявив у відповідь на запити про право на інформацію, що він не класифікує віртуальні валюти як валюти відповідно до FEMA, жодних керівних принципів щодо віртуальних валют відповідно до FEMA не розроблено, і немає заборони за законом (включаючи FEMA) на банки, що сприяють купівлі та продажу віртуальних валют і криптовалют.[300] Наша думка загалом збігається з цим, хоча відповідь залежатиме від природи конкретної віртуальної валюти, що аналізується.

Визначення валюти згідно з FEMA є переліком, що включає «будь-який інструмент, який може бути використаний для створення фінансового зобов›язання». Віртуальні валюти не входять до жодної з перерахованих категорій, а в разі таких віртуальних валют, як Bitcoin, не існує організації, яка приймає фінансові зобов›язання у зв›язку з цим інструментом. У справі IAMAI також зазначається, що віртуальні валюти були класифіковані РБІ як валюта відповідно до FEMA. Це стає актуальним, оскільки FEMA вимагає, щоб усі продажі та зняття іноземної валюти здійснювалися через уповноваженого дилера іноземної біржі. Якщо віртуальні валюти не є іноземною валютою, їх можна купувати та продавати через звичайні комерційні організації або peer-to-peer, як це відбувається сьогодні. Однак для віртуальних валют, які є зобов›язаннями конкретної організації (наприклад, деякі види стейблкоїнів), міркування можуть бути іншими. Стейблкоїни розглядаються у розділі X.ii.

Крім того, віртуальні валюти також можуть розглядатися як товари або програмне забезпечення відповідно до FEMA. У FEMA немає прямого визначення товару. Проте, згідно з Положенням про управління іноземною валютою (експорт товарів та послуг) 2015 року, товари та програмне забезпечення розглядаються однаково, а програмне забезпечення означає «будь-яку комп›ютерну програму, базу даних, креслення, дизайн, аудіо/відео сигнали, будь-яку інформацію під будь-якою назвою на будь-якому носії, крім фізичного носія».

300 RBIND/R/E/20/02104 (May 27, 2020) та RBIND/R/2018/51897 (9 May 2018).

Оскільки віртуальні валюти є інформацією, що зберігається на електронному носії, вбачається, що вони підпадають під вищезазначене визначення програмного забезпечення. Основні вказівки РБІ з імпорту також визнає імпорт товарів та послуг «у нефізичній формі, тобто програмного забезпечення або даних через інтернет/ datacom -канали».[301]

Далі у справі Tata Consultancy Services v. State of Andhra Pradesh,[302] у рішенні конституційної колегії Верховного суду Індії, суд розглянув питання про те, чи підпадає певне програмне забезпечення під поняття товару відповідно до закону штатів про податок з продажу. Більшість ухвалила, що термін «товар», що використовується в Конституції Індії та в Законі про податок з продажу, «дуже широкий і включає всі види рухомого майна, як матеріальне так і нематеріальне майно», «у момент створення копій та їх продажу вони стають товаром «, і «угода з продажу комп›ютерного програмного забезпечення явно є продажем «товару» за змістом [відповідного Закону про податок з продажу]», і «термін «всі матеріали, предмети та товари» включає як матеріальне, так і нематеріальне майно, яке здатне бути абстрактним, споживатися та використовуватись і яке може передаватися, переноситися, доставлятися, зберігатися, бути у володінні тощо». В особливій думці високоповажного судді Сінха було сформульовано трикомпонентний тест, який визначає, коли програмне забезпечення стає товаром[303].

Хоча це рішення не стосується віртуальної валюти або визначення товарів відповідно до FEMA, воно дає корисний посібник для тлумачення, оскільки термін «товар» не був визначений у FEMA.

Віртуальні валюти є нематеріальними та створюються, продаються та зберігаються на фізичних серверах. Вони можуть купуватися і продаватися, і навіть передаватися, переноситися, доставлятися, зберігатися і бути у володінні. Можна стверджувати, що віртуальні валюти не мають корисності. Однак віртуальні валюти, такі як біткоїн та ефіріум, використовуються в різних цілях, у тому числі як сховища вартості, засоби обміну (у тому числі для мікроплатежів) та децентралізованих додатків. Попит на такі віртуальні валюти також вказує на їхню корисність. Отже, ґрунтуючись на тексті чинного закону, віртуальні валюти, такі як біткоїн та ефір, за своєю природою найближче до нематеріальних товарів або програмного забезпечення FEMA.

301 Основні вказівки – Імпорт товарів та послуг (RBI/FED/2016-17/12 FED; Master Direction No. 17/2016-17).

302 Tata Consultancy Services v. State of Andhra Pradesh, (2005) 1 SCC 308.

303 Товари можуть бути матеріальною чи нематеріальною власністю. Товар стає товаром, якщо він має відповідні ознаки з урахуванням (a) його корисності; (b) [того, чи можна його купити та продати]; та (c) [того, чи можна його передавати, переносити, доставляти, зберігати та володіти ним]. Якщо програмне забезпечення, незалежно від цього, чи є воно індивідуальним чи ні, задовольняє цим характеристикам, воно є товаром

Як зазначалося, у межах FEMA немає чіткої класифікації віртуальних валют, і наведена вище інформація призначена лише для того, щоб підкреслити деякі правдоподібні тлумачення, що були на момент підготовки цієї доповіді. У справі IAMAI йдеться, що віртуальні валюти є нематеріальним майном, яке за певних обставин також виступає як гроші. Це викликає певні сумніви щодо тлумачення класифікації віртуальних валют у межах FEMA.

З точки зору правозастосування ED нещодавно порушив відповідно до Закону 1999 року про регулювання валютних операцій судовий розгляд щодо великої місцевої біржі у зв›язку з ймовірними порушеннями цього Закону, зокрема на тій підставі, що її клієнти можуть переводити цінні віртуальні валюти будь-якій особі, незалежно від місцезнаходження та громадянства.[304]

Транскордонні операції із віртуальними валютами

Транскордонний продаж віртуальної валюти резидентом Індії

Якщо віртуальна валюта відправляється з Індії за її межі резидентами Індії як оплата за надані послуги або товари (включаючи інші віртуальні валюти), продані компанією-нерезидентом, така операція може бути кваліфікована як експорт товарів, регульований відповідно до Положення про управління іноземною валютою (експорт товарів та послуг) 2015 року та Головними вказівками з експорту товарів та послуг (разом – Правила експорту). Положення про експорт вимагають, зокрема, щоб повна вартість будь-якого експорту була отримана лише через уповноважені банківські канали (тобто у фіатній валюті) та щоб будь-який залік імпортних платежів щодо експортної дебіторської заборгованості здійснювався лише через процес, полегшений уповноваженим банком. Це означає, що транскордонний бартер буде заборонено.

Отже, транскордонне переведення резидентами Індії віртуальних валют без отримання фіатних валют через уповноважені банківські канали може розглядатися як порушення Правил про експорт. Проте існують контраргументи проти цієї точки зору, оскільки у FEMA нічого не йдеться про віртуальні валюти.

Зобов›язання, пов›язані з експортом, лежать на експортері, тобто зазвичай на резиденті Індії, а не на іноземному одержувачі. Отже, іноземні одержувачі, якщо вони не націлені спеціально на індійських резидентів, можуть бути в змозі захистити себе від вищезазначених правил.

304 https://bit.ly/3O2sgPL

Транскордонні покупки віртуальної валюти резидентом Індії

Зовнішні грошові перекази фіатної валюти, що здійснюються резидентом Індії для купівлі віртуальних валют, таких як біткоїн, можуть бути визнані допустимими операціями за поточним рахунком відповідно до FEMA, оскільки вони можуть бути кваліфіковані як імпорт нематеріальних активів. Положення вказівок РБІ щодо імпорту товарів та послуг, що дозволяють нефізичний імпорт програмного забезпечення, є додатковою підтримкою цієї точки зору. Однак, через брак оперативного керівництва з боку РБІ з цього питання, переведення фіатної валюти для купівлі віртуальної валюти зустрічає певний опір на місцях з боку банків та інших уповноважених дилерів іноземної валюти. Крім того, якщо покупка здійснюватиметься приватними особами, то на неї поширюватимуться умови Лібералізованої схеми грошових переказів РБІ, яка обмежує обсяг грошових переказів до 250 000 доларів США на рік.

ii. СТЕЙБЛКОЇНИ

Стейблкоїни – це одиниці вартості, які зазвичай випускаються організацією, що ідентифікується і, як випливає з назви, покликані бути відносно несприйнятливими до коливань цін.[305] Це досягається завдяки тому, що стейблкоїни «підкріплені» (хоча це не завжди так) базовими фіатними валютами або іншими традиційними активами, такими як золото. Емітент стейблкоїнів може працювати, підтримуючи резерв цих активів у певному співвідношенні до кожної одиниці випущеної криптовалюти. Емітент, як правило, дає змогу власникам стейблкоїнів викуповувати кожен стейблкоїн за еквівалентну вартість у фіатній валюті. Прикладами таких стейблкоїнів, представлених на ринку нині, є TrueUSD та Tether, які намагаються прив›язати за ціною до долара США. Інші стейблкоїни, такі як DAI, як вбачається, не підкріплені резервами, що підтримуються якоюсь ідентифікованою організацією, і можуть вимагати іншого аналізу. Нещодавні оголошення різних великих підприємств про запропоновані нові стейблкоїни показують, що стейблкоїни набирають обертів серед корпорацій. У Індії немає закону, який безпосередньо застосовувався до стейблкоїнів. Необхідно проаналізувати такі питання:

a. чи буде цей стейблкоїн прирівнюватися до валюти згідно з FEMA, оскільки термін «валюта» включає будь-який «інструмент під будь-якою назвою, який може бути використаний для створення фінансового зобов›язання»; і

b. чи дана система стейблкоїнів прирівнюватиметься до платіжної системи відповідно до Закону про ПРС (тобто система, яка дозволяє здійснювати платежі між платником та одержувачем)[306].

305 https://bit.ly/37IuPFR

306 https://bit.ly/3O5ulVx

Це цікаві питання у контексті індійського законодавства, і їх варто ретельно вивчити у кожному конкретному випадку, оскільки кожен стейблкоїн може мати різні юридичні характеристики.

iii. ЗАПРОПОНОВАНА ЗАБОРОНА

Як згадувалося в розділі I, у 2019 році у звіті IMC було надано необов›язкову рекомендацію уряду заборонити угоди з криптовалютами. Законопроєкт, запропонований у звіті IMC, передбачає максимальне покарання у вигляді 10 років позбавлення волі для осіб, які займаються майнингом, генерують, тримають, продають, здійснюють угоди, випускають, передають, відчужують або використовують криптовалюти.

Визначення терміну «криптовалюта» у законопроєкті неоднозначне і, ймовірно, вимагатиме подальшої юридичної перевірки. Наслідком законопроєкту є заборона будь-якої діяльності, пов›язаної з криптовалютами в Індії, за винятком діяльності, пов›язаної з дозволеною урядом криптовалютою (або «цифровою рупією»).

Однак після заяв міністра фінансів у 2021 році про те, що уряд застосовуватиме «зважений» підхід до регулювання сектору і не «закриватиме всі варіанти»,[307] у ЗМІ з›явилися повідомлення – хоча й непідтверджені – про те, що уряд розглядає можливість запровадження режиму регулювання, а не заборони, за якої віртуальна валюта класифікуватиметься і регулюватиметься як клас активів.[308]

iv. ЗВІТНІСТЬ КОМПАНІЙ

Нещодавно до Закону про компанії було внесено зміни, згідно з якими всі індійські компанії зобов›язані розкривати «детальну інформацію про криптовалюту або віртуальну валюту» в рамках річної звітності, а саме:

a. прибуток чи збиток від операцій із віртуальною валютою;
b. сума віртуальної валюти, що є на звітну дату; і
c. депозити чи аванси від будь-якої особи з метою торгівлі чи інвестування у віртуальну валюту.

Вимога набула чинності з фінансового року, що закінчується 31 березня 2021 року.

307 https://bit.ly/3LXFlbb
308 https://bit.ly/3jwS08N

XI. ПЛАНИ НА МАЙБУТНЄ

Законодавство Індії про віртуальні валюти перебуває у процесі зміни. Рішення Верховного суду у справі IAMAI є позитивним та підтверджує легітимність індустрії віртуальних валют, а також основні права заінтересованих сторін відповідно до Конституції Індії. Воно підтверджує, що обмеження на діяльність віртуальних валют мають бути пропорційними – а саме, ґрунтуватися на фактах, раціональних та вивірених відповідно до бажаного результату.

Тому, на наш погляд, незважаючи на те, що у звіті IMC рекомендована повна заборона, виконання цієї рекомендації може бути оскаржено на конституційних підставах, оскільки вона є надмірною, а ризики, пов›язані з віртуальними валютами, можуть бути усунені з допомогою менш інвазивних заходів. Міжнародні організації, такі як G20 та FATF, та провідні юрисдикції, такі як Європейський Союз, Сінгапур, Великобританія та США, запропонували регулятивні підходи для усунення ризиків, щоб не втратити переваги.

Експерти вважають, що блокчейн як система буде або безсилою, або сильно обмеженою (залежно від реалізації блокчейну) без віртуальної валюти або крипто-токену. Серед цих експертів – вчений комп›ютерник з Прінстона Arvind Narayanan, співзасновник Ethereum Vitalik Buterin та автор Andreas Antonopoulos. Ці токени виступають як стимул для учасників блокчейну перевіряти транзакції і, отже, зберігати децентралізацію, яка є проривом технології блокчейн. Тому, можливо, не варто проводити мудру політику, намагаючись з одного боку просувати блокчейн, а з іншого – жорстко обмежувати токени.

Хоча віртуальні валюти пов›язані з ризиками, вони також мають низку переваг, насамперед, дезінтермедіацію та економію коштів. Прямі обмеження на цю технологію непрактичні і їх можна легко обійти. Швидше, як і в разі будь-яких інших революційних технологій, необхідно прийняти збалансоване регулювання для зниження ризиків і заохочення вигод. Ми сподіваємося, що будь-яке рішення уряду визнає цей факт і прийме збалансовану систему регулювання.

Деяка невизначеність може зберігатися в Індії доти, доки не дозріє розуміння сектору та регуляторів як усередині країни, так і в усьому світі; проте наш довгостроковий погляд позитивний. Використання успішних моделей регулювання в інших юрисдикціях також має прискорити прогрес у напрямі збалансованого режиму.

ІРЛАНДІЯ

І. ОЗНАЙОМЛЕННЯ З НОРМАТИВНО-ПРАВОВОЮ БАЗОЮ

Центральний банк Ірландії (ЦБІ) є органом, відповідальним регулювання фінансових послуг у Ірландії. До цього часу ЦБІ, як і жоден урядовий департамент або інший державний орган, не видав конкретних інструкцій, що стосуються статусу, законності або незаконності віртуальних валют або ланцюжка блокування (за винятком деяких рекомендацій у контексті законодавства щодо боротьби з відмиванням коштів – див. нижче). Вони також практично нічого не сказали про застосування наявного фінансового регулювання до цієї нової сфери, що розвивається. Тим не менш, ЦБІ випустив попередження про небезпеки, пов'язані з криптовалютами, а також попередження про первинні пропозиції монет, щоби попередити інвесторів про ризик втрати частини або всіх їхніх вкладених грошей (*див. Розділ ІІ*). Останнім часом ЦБІ у своїй відповіді від квітня 2020 року на консультації Європейської комісії з проєкту регулювання ринків криптоактивів, відомій також як MICA, висловив серйозні застереження щодо стейблкоїнів. У березні 2018 року Департамент фінансів випустив дискусійний документ щодо віртуальних валют та технології блокування, заявивши, що, на його думку, жодна державна установа не має можливостей для вирішення всіх ризиків та можливостей у цих двох галузях. Департамент також створив міждепартаментську робочу групу, якій доручено стежити за розвитком подій та розглядати будь-які політичні рекомендації, які будуть необхідні для управління ризиками та виявлення можливостей.

Помітним винятком із цього правила є чіткі вказівки із боку ірландських податкових комісарів. Незважаючи на брак конкретних правил щодо оподаткування віртуальних валют, у 2018 році уповноважені за доходами опублікували інформацію про оподаткування віртуальних валютних операцій, яка була оновлена у квітні 2020 року (*див. Розділ ІХ*).

В результаті впровадження П›ятої директиви по боротьбі з відмиванням коштів (AMLD5) в ірландське законодавство постачальники послуг віртуальних активів (VASP), до яких відносяться провайдери кастодіальних гаманців та особи, які обмінюють віртуальні активи та фіатні валюти, потрапили під визначення «визначених осіб» Законом про кримінальне правосуддя 2010 року та запровадили вимоги до реєстрації VASP (*див. Розділ IV*).

II. ЗАКОНИ ПРО ЦІННІ ПАПЕРИ ТА ІНВЕСТИЦІЇ

В Ірландії немає спеціального регулювання віртуальних валют, і регулюючим органам ще належить визначити, якою мірою чинне регулювання цінних паперів застосовуватиметься до віртуальних валют. ЦБІ є компетентним органом для цілей законодавства про цінні папери в Ірландії, у тому числі щодо проспектів емісії, прозорості, зловживань на ринку та законодавства про ринки фінансових інструментів. Основне законодавство, на яке треба звернути увагу щодо віртуальних валют, сягає своїм корінням у законодавство Європейського Союзу і включає Положення про проспекти емісії, Директиву Європейського Союзу про ринки фінансових інструментів 2014 року (MiFID II) та Директиву про управителів альтернативними інвестиційними фондами.

ЦБІ не лише опублікував свої власні попередження щодо первинних пропозицій монет (ICO) та віртуальних валют, але й зробив свій внесок у попередження Європейського управління з цінних паперів та ринків (ESMA), адресовані як споживачам, так і фірмам, що беруть участь у ICO.

Що стосується застосування законів про цінні папери до регулювання віртуальних валют, ми очікуємо, що ЦБІ зосередиться на визнаних в ЄС поняттях цінних паперів та фінансових інструментів, визначених у MiFID II, а також на характеристиках, які, на їхню думку, підводять віртуальні валюти під ці визначення. Залежно від структури, віртуальні валюти можуть бути класифіковані як цінні папери, що перебувають в обігу, що вимагають публікації проспекту емісії (або використання виключення) до їхньої публічної пропозиції. Чиста, децентралізована криптовалюта навряд чи може бути цінним папером, у той час як токен з характеристиками, схожими з традиційною акцією або облігацією, може бути такий.

Також можливо, що токени корисності, які призначені виключно для використання на платформі або для отримання послуги, не будуть вважатися переказними цінними паперами. Визначення переказного цінного паперу не є вичерпним, і кожен емітент і його консультанти мають визначити, чи є його криптовалюта або токен переказним цінним папером.

Як і в багатьох інших юрисдикціях, нормативне середовище щодо криптовалют та їх взаємодії із законодавством про цінні папери ще не врегульовано, і ESMA визнає, що залежно від того, як структуровано ICO, воно може повністю виходити за рамки регульованого простору (*див. Розділи IV та VII нижче для інформації щодо відповідності законодавству про боротьбу з відмиванням коштів*).

III. БАНКІВСЬКІ ТА ГРОШОВІ ПЕРЕКАЗИ

В Ірландії віртуальна валюта не розглядається ні як гроші, ні як фіатна валюта. Тому віртуальна валюта зазвичай розглядається як така, що знаходиться поза сферою дії багатьох традиційних режимів фінансового регулювання, наприклад, режиму приймання депозитів, електронних грошей або платіжних систем.

Є ризик того, що певні допоміжні послуги, пов›язані з віртуальною валютою, можуть потрапити під регулювання як форма грошового переказу або переказу коштів відповідно до Другої директиви про платіжні послуги (PSD2) або, якщо PSD2 не застосовується, відповідно до ірландського режиму регулювання переказу коштів.

Наприклад, оператор платформи віртуальної валюти, який здійснює розрахунки у фіатній валюті між покупцями та продавцями віртуальної валюти, може розглядатися як той, хто займається регульованою діяльністю з переказу або передачі коштів. Є низка винятків, які можуть бути застосовні, наприклад, коли оператор платформи діє як комерційний агент або коли платформа може розглядатися як система розрахунків за цінними паперами. Застосування того чи іншого винятку залежатиме від особливостей торгової платформи.

IV. ПРОТИДІЯ ВІДМИВАННЮ КОШТІВ

Як правило, якщо віртуальна валюта або будь-яка діяльність, пов›язана з нею, є об’єктом регулювання (наприклад, має характеристики цінного паперу, що перебуває в обігу), застосовуються ірландські вимоги щодо боротьби з відмиванням коштів (AML).

Зокрема, набрання чинності Законом про кримінальне правосуддя 2021 року (CJA 2021), який переносить більшу частину AMLD5 до ірландського законодавства, означає, що з 23 квітня 2021 року всі VASP, що діють на території держави, мають зареєструватися в ЦБІ задля нагляду у контексті режиму ПВК.

CJA 2021 визначає віртуальний актив як «цифрове уявлення вартості, яке може бути предметом цифрової торгівлі або передачі і може використовуватися з платіжною або інвестиційною метою, але не включає цифрові відображення фіатних валют, цінних паперів або інших фінансових активів», отже, даючи перше ірландське законодавче визначення терміна «віртуальний актив». VASP визначається як особа, яка під час ведення бізнесу здійснює одну або більше з таких видів діяльності для іншої особи або від її імені:

a. обмін між віртуальними активами та фіатними валютами;
b. обмін між однією або декількома формами віртуальних активів;
c. переведення віртуальних активів, тобто проведення від імені іншої особи операції, яка переміщує віртуальний актив з однієї адреси або рахунку віртуальних активів на іншу;
d. провайдер кастодіальних гаманців;
e. участь та надання фінансових послуг, пов›язаних з пропозицією або продажем віртуальних активів емітентом або тим, та іншим.

Це визначення не включає визначену особу, яка не є фінансовою або кредитною установою і яка надає послуги віртуальних активів випадковим чином і підлягає нагляду з боку національного компетентного органу, відмінного від ЦБІ.

ЦБІ випустив керівництво за значенням терміну «що діє у державі», під яким він розуміє корпоративну організацію, створену відповідно до ірландського законодавства, або філію, або агента, або індивідуального підприємця, який надає свої послуги віртуальних активів з установи або через фізичну присутність в Ірландії. Далі у керівництві йдеться, що до них належить оператор банкомату віртуальних активів, розташований в Ірландії. Питання, чи діє VASP на території Ірландії, має вирішуватися ЦБІ у кожному конкретному випадку. Важливо зазначити, що відповідно до CJA 2021 немає винятків для постачальників фінансових послуг, які вже авторизовані ЦБІ і підлягають пруденційному нагляду або вимогам щодо ведення бізнесу. Навпаки, будь-яка особа, яка працює або планує працювати як VASP, має бути зареєстрована в ЦБІ.

V. РЕГУЛЮВАННЯ БІРЖ

Робота багатосторонньої системи, що об›єднує безліч третіх осіб, які купують та продають фінансові інструменти, є регульованою діяльністю відповідно до MiFID II і вимагає отримання дозволу. Є ризик того, що біржа віртуальних валют може вимагати дозволу відповідно до MiFID II, якщо віртуальні валюти є фінансовими інструментами у значенні MiFID II (*див. Розділ II*). Залежно від своєї структури віртуальні валюти можуть бути класифіковані як цінні папери, що перебувають в обігу,

для цілей MiFID II. Ризик зростає, якщо віртуальна валюта має ознаки, схожі на акцію або облігацію. Обмін віртуальних активів і фіатних валют або обмін однієї або кількох форм віртуальних активів тепер вважається послугою віртуальних активів відповідно до CJA 2021, і VASP, що надають такі послуги, мають зареєструватися в ЦБІ для цілей ПВК/ФТ та дотримуватися ірландського законодавства з ПВК/ФТ (*див. Розділ IV*).

VI. РЕГУЛЮВАННЯ МАЙНЕРІВ

В Ірландії немає обмежень на майнинг віртуальної валюти. Якщо віртуальна валюта є формою цінного паперу, що перебуває в обігу, то майнингова діяльність може розглядатися як форма системи розрахунків за цінними паперами. Однак, оскільки майнинг здійснюється на децентралізованій основі, він не вписується в наявний режим розрахунків із цінних паперів. Зважаючи на це, ми розглядали б майнинг як нерегульовану діяльність відповідно до ірландського законодавства.

VII. РЕГУЛЮВАННЯ ЕМІТЕНТІВ ТА СПОНСОРІВ

У Ірландії немає спеціальних нормативних актів, що застосовуються до емітентів чи спонсорів віртуальних валют. Швидше, на них поширюються чинні нормативно-правові акти, що регулюють традиційні цінні папери. Якщо віртуальна валюта емітента є цінним папером (що має визначатися в кожному конкретному випадку), емітент повинен підготувати (і отримати схвалення ЦБІ) проспект емісії перед тим, як запропонувати токен для публічного продажу, припускаючи, що продаж віртуальної валюти не буде здійснюватися як вивільнення пропозиції відповідно до винятку, що міститься в Положенні про проспекти емісії. ЦБІ заявив, що отримав перші запити від деяких емітентів та спонсорів віртуальної валюти на розгляд такого проспекту; однак нам поки що не відомо про будь-яких емітентів токенів, які взаємодіють із ЦБІ щодо офіційного проспекту.

Якщо віртуальна валюта не є цінним папером, що перебуває в обігу, вимоги Положення про проспекти емісії не будуть застосовуватися до її випуску, хоча звичайні договірні принципи та цивільна відповідальність будуть як і раніше актуальні для емітентів і спонсорів. (*див. також Розділ II*)

Однак участь та надання фінансових послуг, пов›язаних з пропозицією або продажем емітентом віртуального активу або того й іншого, тепер вважаються послугами віртуальних активів, і їхні постачальники мають зареєструватися в ЦБІ та дотримуватися ірландського законодавства щодо ПВК/ФТ (*див. Розділ IV*).

VIII. КРИМІНАЛЬНЕ ТА ЦИВІЛЬНЕ ШАХРАЙСТВО І ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

Як уже говорилося раніше, крім CJA 2021, в Ірландії немає спеціальних нормативних актів, що стосуються криптовалют або технології блокчейн загалом. Хоча те саме справедливо і для сфери кримінального та цивільного шахрайства та правозастосування, важливо знати про чинні норми регулювання фінансових послуг, що охоплюють галузі, під які може потрапити певна діяльність, пов›язана з криптовалютами та блокчейном.

Є ймовірність того, що різні допоміжні послуги, пов›язані з криптовалютами, можуть вважатися регульованою діяльністю відповідно до PSD2 або інших ірландських нормативних актів, що регулюють грошові перекази. Ірландське законодавство про ПВК/ФТ буде застосовуватися у випадках, коли, наприклад, криптовалюта вважається цінним папером, що перебуває в обігу (*див. Розділ IV*). Відповідно до CJA 2021, особа, яка провадить діяльність як VASP або претендує на статус VASP, але водночас не є зареєстрованою в ЦБІ, вчиняє злочин і може бути засуджена до штрафу в розмірі до 500 000 євро або тюремного ув›язнення на строк до п›яти років, або до обох покарань (при сумарному засудженні застосовуються менші покарання).

Як зазначено в розділі II, ЦБІ випустив попередження щодо ICO. Хоча віртуальні валюти ще не були класифіковані ЦБІ як цінні папери, не було і переконливої заяви про зворотне. Без остаточних роз›яснень важливо знати, що будь-яка особа, яка порушує ірландське законодавство про проспекти емісії цінних паперів, здійснюю публічну пропозицію без публікації проспекту (для пропозиції, що не підпадає під виняток), підлягає максимальному штрафу в розмірі не більше 1 млн євро або тюремному ув›язненню на п›ять років, або й тому, та іншому, оскільки є ймовірність того, що ICO можуть розглядатися як така публічна пропозиція цінних паперів, залежно від їхньої структури (див. також розділи II та VII).

IX. ОПОДАТКУВАННЯ

Для операцій із криптовалютами немає спеціальних правил, застосовуються стандартні базові принципи. Це було підтверджено в публікації, що випущена Комісією з доходів, яка була оновлена у квітні 2020 року. Оподаткування угод із криптовалютами залежатиме від характеру діяльності. Так, отримання криптовалюти (у порядку бартеру) замість готівки за товари або надані послуги може розглядатися як отримання доходу або капіталу, і, так само може бути або не бути торгівлею, все це залежить від основної діяльності, яка генерує криптовалюту.

Це потребує звичайного розгляду фактів. Хоча самі криптовалюти важко оцінити, саме фактична вартість криптовалюти на дату здійснення угоди є тією цифрою, яку необхідно враховувати для цілей оподаткування. Комісари з доходів визнають практичні труднощі щодо оцінки вартості, враховуючи відсутність єдиної біржі: необхідний практичний і розумний підхід, і платники податків зобов›язані вести поточний облік, оскільки ця інформація часто може бути перевірена пізніше.

Сама собою торгівля криптовалютами залежатиме від характеру та рівня діяльності дилера. Періодичні інвестиції в криптовалюти та їх відчуження, швидше, розглядатимуться як одержання капіталу, яке нині оподатковується як приріст капіталу за ставкою 33 відсотки. За значних і регулярних угод це може розглядатися як торгівля, яка для компанії оподатковуватиметься за ставкою 12,5 відсотків або за граничними підвищеними ставками для фізичних осіб. Фактична податкова позиція залежатиме від аналізу специфіки кожної угоди і вимагатиме розгляду кожного конкретного випадку, як це зазвичай буває у будь-якій діяльності.

Підприємства зазвичай ведуть свою звітність у євро. Хоча законодавство Ірландії допускає використання функціональних валют, відмінних від євро, криптовалюти не визнаються як функціональна валюта, і тому не можуть використовуватися під час підготовки звітності для оподаткування.

Під час передачі криптовалюти ПДВ в Ірландії не виникає. Це випливає з ухвали Європейського суду у справі Хедквіста, винесеної у 2014 році, і податкові комісари підтвердили, що це відповідає їхній думці. Варто мати на увазі, що якщо криптовалюта обмінюється на товари та послуги, то хоча ПДВ на поставку цієї криптовалюти не нараховується, товари або послуги, надані в обмін, можуть оподатковуватися ПДВ у звичайному режимі. Діяльність з майнингу (в контексті криптовалют) також вважається такою, що виходить за рамки ПДВ на тій підставі, що вона не вважається економічною діяльністю для цілей ПДВ.

Ірландський гербовий збір не має виникати під час передачі криптовалют, хоча оскільки гербовий збір – це податок на документи, варто простежити за тим, як відбувається передача, щоби переконатися, що не був створений документ, що має бути надрукований з гербом.

Аспект територіальної власності криптовалют все ще перебуває на стадії розвитку. Особи, які є резидентами Ірландії (а для фізичних осіб – звичайними резидентами), зазвичай оподатковуються в Ірландії на свій дохід і прибуток у всьому світі (з урахуванням будь-яких пільг чи звільнень, включно з пільгами за договорами про уникнення подвійного оподаткування). Особа-нерезидент зазвичай оподатковується лише з доходу чи прибутку, отриманого в Ірландії, або оподатковується прибуток від ірландської торгівлі, а у випадку фізичних осіб податок може також застосовуватися, якщо суми перераховуються до Ірландії.

Отже, очевидно, що розуміння джерела або місця знаходження криптовалют має велике значення у міжнародних угодах. Ймовірно, ця сфера розвиватиметься й надалі. Застосування загальних принципів та брак спеціальних правил до криптовалют дає змогу платникам податків вести свою діяльність з певним рівнем впевненості, і керівництво Комісії з доходів можна лише вітати.

X. ІНШІ ПИТАННЯ

Зважаючи на важливість індустрії інвестиційних фондів для Ірландії як місця надання міжнародних фінансових послуг, необхідно розглянути наслідки для сектора віртуальних валют.

Інвестиційні менеджери, як правило, не обмежені в праві володіти криптовалютами та інвестувати в них, та вимоги до ліцензування не відрізняються від звичайних вимог у цій галузі. Проте, необхідно враховувати, що ЦБІ ще висловив свою позицію щодо класифікації криптовалют, що потенційно змінить ситуацію. У зв›язку з цим необхідно враховувати застереження ЦБІ щодо стейблкоїнів та криптоактивів загалом, а також положення CJA 2021 (*див. Розділи I та IV*).

XI. ПЛАНИ НА МАЙБУТНЄ

Віртуальні валюти та технологія блокчейн загалом є важливими галузями інновацій та частиною зростаючої технологічної екосистеми в Ірландії. Їхня важливість підтверджується створенням Blockchain Ireland,[309] групи, що займається просуванням та наданням інформації про DLT та blockchain в Ірландії з широким членством державного та приватного секторів, а також створенням ЦБІ свого Інноваційного хабу, який дає змогу фінтех-компаніям безпосередньо взаємодіяти з регулятором.

Тому можна очікувати, що в короткостроковій та середньостроковій перспективі ЦБІ та урядові департаменти та органи державної влади випустять більше керівних настанов із застосування чинних нормативних актів до цих нових технологій, що розвиваються, та їхньої класифікації.

Набуття чинності проєктом регламенту Європейського союзу про MICA, який наразі очікується в 2024 році, істотно змінить нормативне положення віртуальних валют в Ірландії і, як регламент ЄС, матиме пряму дію в Ірландії. Проте оскільки проєкт проходить свій шлях через європейський законодавчий процес, остаточні положення MICA та їхній вплив на ірландський регуляторний ландшафт на сьогодні незрозумілі.

309 Maura McLaughlin, Robert Cain and Caroline Devlin are partners at Arthur Cox. https://www.blockchainireland.ie/.

ІСПАНІЯ

І. ОЗНАЙОМЛЕННЯ З НОРМАТИВНО-ПРАВОВОЮ БАЗОЮ

В Іспанії немає хоч якогось законодавства, яке було б характерним виключно для віртуальних валют, окрім хіба що закону, який був прийнятий у квітні 2021 року як імплементація П'ятої антилегалізаційної директиви ЄС[310] (*див. Секцію IV*) чи закону щодо запобігання та боротьби з ухиленням від сплати податків, що був прийнятий у червні 2021 року, або закону, що був прийнятий у листопаді 2020 року, які безпосередньо стосуються віртуальних валют. Останній включає заходи, що стосуються цифрової трансформації фінансової системи, у тому числі законодавчу базу для регулювання ізольованого середовища[311].

У 2018 році Національна комісія з ринку цінних паперів та Банк Іспанії опублікували спільне роз'яснення щодо ризиків, які стосуються купівлі віртуальних валют або інвестування у продукти, що пов'язані з ними[312]. Також Національна комісія з ринку цінних паперів опублікувала два інші документи, де висвітлила власні думку та позицію щодо деяких аспектів, які пов'язані з віртуальними валютами. Однак, тільки Національна комісія з ринку цінних паперів опублікувала офіційну заяву, щоб пояснити, що вона не затверджувала будь-які проспекти емісій, не здійснювала видачу жодних дозволів, немає повноважень, щоб перевіряти будь-які операції стосовно криптовалют, Станом на сьогодні це залишилось без змін[313].

310 Директива Європейського Парламенту і Ради (ЄС) № 2018/843 від 30 травня 2018 року про внесення змін до Директиви (ЄС) 2015/849 про запобігання використанню фінансової системи для цілей відмивання грошей або фінансування тероризму та про внесення змін до директив 2009/138/ЄС і 2013/36/ЄС [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3GSPbZQ (українська мова).

311 Закон Королівства Іспанія «Про цифрову трансформацію фінансової системи» від 13 листопада 2020 року № 7/2020 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3AfZdBD (іспанська мова).

312 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3qkIISK (англійська мова).

313 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3qlEXLW (англійська мова).

У 2021 році Національна комісія з ринку цінних паперів та Банк Іспанії зробили заяву для засобів масової інформації щодо ризиків інвестування у криптовалюти[314].

Податкові органи Іспанії також опублікували декілька обов'язкових для виконання рішень щодо податкових аспектів діяльності, де залучені віртуальні валюти.

II. ЗАКОНИ ПРО ЦІННІ ПАПЕРИ ТА ІНВЕСТИЦІЇ

i. КЛАСИФІКАЦІЯ ТА КОМЕРЦІЙНЕ ВИКОРИСТАННЯ ВІРТУАЛЬНИХ ВАЛЮТ

Національна комісія з ринку цінних паперів неофіційно повідомила, що віртуальні валюти, per se, не варто трактувати як цінні папери. Однак, проєкт закону, що був розміщений у квітні 2021 року, який також включає серед фінансових інструментів, які визначені у законі про іспанський ринок цінних паперів, інструменти, які емітовані з допомогою технології розподіленого реєстру[315].

З цього приводу у наступних звітах Європейської організації з цінних паперів та ринків та Європейської банківської організації (обидва опубліковані у січні 2019 року) зазначено, що криптоактиви можуть бути класифіковані за такими категоріями:

a. валютні токени (криптовалюти без права або мети інвестування);
b. інвестиційні токени, які зазвичай надають права власності, права на відсотки чи дивіденди, пов'язані з веденням господарської діяльності;
c. токени корисності, які полегшують доступ до якихось товарів чи послуг, але не є способом оплати інших товарів чи послуг;
d. змішані типи, які можуть підпадати під більш, ніж одну з вищевказаних трьох категорій.

Разом із тим, Національна комісія з ринку цінних паперів визнала, що розміщення та комерційне використання віртуальних валют може мати такі наслідки для інвестиційного законодавства[316].

Адресний маркетинг

Якщо віртуальні валюти, отримані з допомогою платформ, що працюють в Інтернеті (біржі) та криптовалютних банківських автоматів самообслуговування (банкоматів), Національна комісія з ринку цінних паперів вважає, що інвестори безпосередньо не володіють віртуальними валютами, а натомість мають права тільки

314 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3nm6GKj (англійська мова).

315 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3feeRUH (іспанська мова).

316 Див. висновки Національної комісії з ринку цінних паперів від 08 лютого 2018 року щодо криптовалют та первинних розміщень монет, які адресовані професійним учасникам ринку. [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3tCpXeo (англійська мова).

щодо неконтрольованого обміну або здійснення посередницької діяльності. Як наслідок, покупці піддаються ризику того, що посередник стане неплатоспроможним або не буде дотримуватись основних правил щодо ретельного ведення обліку, належного зберігання та обліку активів, а також правильного управління конфліктом інтересів.

Договори щодо покриття різниці у цінах

Суб'єкти, які розміщують ці продукти, мають бути уповноважені Національною комісією з ринку цінних паперів надавати інвестиційні послуги та виконувати всі зобов'язання щодо звітності та інші відповідні правила поведінки.

Ф'ючерси, опціони та інші деривативи

Якщо ці види продуктів будуть дозволені уповноваженим наглядовим органом, то для їх активного просування на ринку в рамках публічного розміщення професійними учасниками ринку роздрібним інвесторам може знадобитись проспект емісії, затверджений Національною комісією з ринку цінних паперів або іншим органом ЄС згідно з умовами паспортизації.

Колективні форми інвестування, що інвестують у криптовалюти

Національна комісія з ринку цінних паперів визнала, що організація колективного інвестування у цінні папери, що перебувають в обігу, може інвестувати в криптовалюти з допомогою фінансових інструментів, прибутковість яких пов'язана з цими валютами і які не містять неявних похідних фінансових інструментів, за умови, що їхня ціна публікується на ринку щодня[317]. Крім того, іспанські гедж-фонди можуть також інвестувати в криптовалюти з допомогою деривативів, за умови, що розрахунки за деривативом не передбачають надсилання відповідних валют, хоча ці типи коштів можна продавати тільки професійним інвесторам. У будь-якому випадку, проспект емісії та документ з ключовою інформацією для інвестора будь-якої іспанської схеми колективного інвестування має містити чітку та помітну інформацію про інвестиції в криптовалюти та їхні ризики.

Отримання структурованих облігацій, базовим активом яких є віртуальна валюта

Відповідно до режиму публічного розміщення, маркетинг біржових продуктів та біржових нот вимагає затвердження наглядовим органом пояснювального проспекту, який також підпадає під дію відповідної процедури паспортизації ЄС.

317 Див. публікацію Національної комісії з ринку цінних паперів «Питання та відповіді щодо законодавства про колективні інвестиційні схеми, венчурний капітал та інструменти інвестування закритого типу».

ii. ПЕРВИННІ РОЗМІЩЕННЯ МОНЕТ

Національна комісія з ринку цінних паперів[318] розуміє, що транзакції, структуровані як первинні розміщення монет, у багатьох випадках мають розглядатись як емісії або публічні розміщення цінних паперів, з огляду на широке визначення цінних паперів відповідно до іспанського законодавства[319].

Національна комісія з ринку цінних паперів визначає такі чинники, які є важливими для оцінки того, що первинне розміщенні монет уподібнюється до розміщення цінних паперів:

a. токени, які передають права чи очікування частки потенційного збільшення вартості чи прибутковості бізнесу чи проєктів або, загалом, що вони становлять або передають права, еквівалентні чи подібні до акцій, облігацій чи інших фінансових інструментів, які регулюються іспанським законодавством про цінні папери; або

b. токени, які дають право на доступ до послуг або отримання товарів чи продуктів, які пропонуються, безпосередньо чи неявно посилаючись на можливість того, що покупець або інвестор одержить прибуток у результаті збільшення їхньої вартості або певну форму винагороди, пов'язаної з цими інструментами. Або є посилання на їхню ліквідність чи можливість торгівлі на еквівалентних або ймовірно подібних ринках, де є регулювання обігу цінних паперів.

Однак, стосовно попереднього абзацу, якщо неможливо обґрунтовано встановити, що є кореляція між очікуваннями на прибуток або збільшення вартості та еволюцію основного бізнесу чи проєкту, то токен не потрібно розглядати як фінансовий інструмент[320].

Якщо первинне розміщення монет кваліфікується як фінансовий інструмент, то до нього мають застосовуватися положення, що містяться або випливають з Другої Директиви ЄС про ринки фінансових інструментів (від 15 травня 2014 року № 2014/65/ЄС)[321], а також Директиви ЄС про проспекти, що підлягають опублікуванню при відкритій пропозиції цінних паперів або виставленні їх на продаж

318 Див. висновки Національної комісії з ринку цінних паперів від 08 лютого 2018 року щодо криптовалют та первинних розміщень монет, які адресовані професійним учасникам ринку. [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3tCpXeo (англійська мова).

319 Див. частину першу статті 2 Закону про ринок цінних паперів від 28 липня 1988 року № 24/1988: «…будь-яке майнове право, незалежно від його найменування, яке через свою юридичну конфігурацію та систему переказу може торгуватися узагальненим та знеособленим способом на фінансовому ринку.» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3nHwYH5 (іспанська мова).

320 Див. публікацію Національної комісії з ринку цінних паперів від 20 вересня 2018 року «Критерії щодо первинного розміщення монет» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3rt1iX7 (англійська мова).

321 Директива Європейського Парламенту і Ради про ринки фінансових інструментів (від 15 травня 2014 року № 2014/65/ЄС) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/36VC79g (українська мова).

(від 4 листопада 2003 року № 2003/71/ЄС)[322], та Директиви про менеджерів фондів альтернативних інвестицій (від 8 червня 2011 року № 2011/61/ЄС)[323].

Навіть якщо первинне розміщення монет не кваліфікується як публічне розміщення (оскільки воно або передбачає не більше 150 інвесторів, або інвестиції не будуть перевищувати 100 тис. євро чи загальну суму 5 млн євро), або якщо розміщення здійснюється з допомогою будь-якої форми реклами (включаючи вебсайти іспанською мовою, які пропонують токени), суб'єкт, уповноважений надавати інвестиційні послуги, повинен втрутитись у ці процеси продажу[324]. Національна комісія з ринку цінних паперів розуміє, що ця вимога виконується, якщо суб'єкт, який уповноважений надавати інвестиційні послуги, втручається:

a. в разі кожної окремої підписки або придбання цінних паперів чи фінансових інструментів як агент з розміщення, брокер або радник відповідно до правил, що застосовуються в кожному конкретному випадку; або
b. з допомогою перевірок та контролю над розміщенням взагалі та, зокрема, стосовно інформації, наданої інвесторам, а також методи, що використовуються під час розміщення чи продажу (без уповноваженого органу, який повинен втручатися під час кожної підписки або придбання). Стосовно перевірки інформації, то уповноважена особа повинна переконатися, що інформація є чіткою, неупередженою та не вводить в оману. Крім того вона має стосуватись характеристик та ризиків емітованих цінних паперів, а також достатньо детально описувати правовий, економічний та фінансовий стан компанії, щоб дати змогу інвестору прийняти добре обґрунтоване інвестиційне рішення. Так само інформація для інвесторів має містити попередження про нову природу технології реєстру та про те, що зберігання токенів здійснюється не уповноваженою особою.

На сьогодні, Національна комісія з ринку цінних паперів не надавала жодного дозволу на первинне розміщення монет, хоча проаналізувала декілька потенційних структур первинного розміщення монет. Дії Національної комісії з ринку цінних паперів стосовно цих проєктів щодо емісії токенів (які можуть бути еквівалентними цінним паперам, що перебувають в обігу) зводилися до підтвердження того, що така операція не потребуватиме затвердження проспекту емісії, оскільки вона відповідала вимогам, які викладені в іспанському законодавстві, стосовно того, що не вважається публічним розміщенням.

322 Директива (ЄС) 2003/71/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 4 листопада 2003 року про проспекти, що підлягають опублікуванню при відкритій пропозиції цінних паперів або виставленні їх на продаж, та яка вносить зміни до Директиви 2001/34/ЄС [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3MyMZJo (англійська мова).

323 Директива Європейського Парламенту і Ради 2011/61/ЄС від 8 червня 2011 року про керуючих альтернативними інвестиційними фондами та про внесення змін і доповнень до директив 2003/41/ЄС і 2009/65/ЄС та регламентів (ЄС) № 1060/2009 і (ЄС) № 1095/2010 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3Ksu15K (українська мова).

324 Див. частину першу статті 30.bis Закону про ринок цінних паперів від 28 липня 1988 року № 24/1988 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3nHwYH5 (іспанська мова).

Це також не підлягатиме перевірці чи попередньому втручанню Національної комісії з ринку цінних паперів, хоча участь інвестиційної фірми буде необхідною.

Крім того, вищезгаданий законопроєкт передбачає, що Національна комісія з ринку цінних паперів може надавати дозволи на рекламу криптоактивів з метою інвестування, у тому числі надання роз'яснень про ризики та характеристики, навіть якщо вони не є продуктами, на які поширюється дія законодавства Іспанії про ринок цінних паперів. Тому у червні 2021 року Національна комісія з ринку цінних паперів опублікувала проєкт циркуляру для громадського обговорення[325]. Метою цього циркуляру є розроблення стандартів, принципів і критеріїв, яким підлягатиме рекламна діяльність, пов'язана з криптоактивами, та, зокрема, визначення цілей та сфери діяльності, а також повноважень Національної комісії з ринку цінних паперів щодо нагляду та контролю за рекламою криптоактивів.

III. БАНКІВСЬКІ ТА ГРОШОВІ ПЕРЕКАЗИ

Банк Іспанії, іспанський орган, відповідальний за банківську діяльність та питання грошових переказів, не видав жодної заяви чи іншим чином не виклав свою позицію щодо віртуальних валют, крім спільних заяв, виданих разом з Національною комісією з ринку цінних паперів, згаданих у секції I.

З огляду на зміст цих спільних заяв, а також те, що вони хоча визнають, що віртуальні валюти час від часу виглядають як альтернатива законному платіжному засобу. Ці іспанські органи влади вважають, що перші значно відрізняються від останнього тим, що сприйняття їх як засіб сплати боргу чи інших зобов'язань. не є обов'язковим, їхній обіг є дуже обмеженим, а їхня вартість сильно коливається. Це означає, що їх не можна вважати надійним накопичувачем вартості чи стабільною розрахунковою одиницею.

У зв'язку з цим, у рекомендаціях Європейської банківської організації від 9 січня 2019 року щодо криптоактивів зазначено, що компетентний орган може вважати токен електронними грошима, якщо він:

a. зберігається в електронному вигляді;
b. має грошову оцінку;
c. пред'являє вимогу до емітента;
d. емітується після надходження коштів;
e. емітується з метою здійснення платіжних операцій;
f. приймається іншими особами, ніж емітент[326].

325 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3FCZijX (іспанська мова).
326 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3nHFC8K (англійська мова).

Станом на сьогодні, жодна віртуальна валюта, включаючи біткоїн, не визнається іспанським законодавством як цифрова валюта, електронні гроші чи як спосіб оплати. Головним питанням є захист прав споживачів, оскільки важлива частина діяльності, пов'язаної з криптовалютами, не може бути включена в сферу дії правил ЄС щодо фінансових послуг (Друга Директива щодо електронних грошей[327] та Друга Платіжна Директива[328]). А у тих випадках, коли деякі види діяльності потрапляють в сферу дії цих директив, то не всі ризики, які є властиві такій діяльності, адекватно вирішені та пом'якшені.

IV. ПРОТИДІЯ ВІДМИВАННЮ КОШТІВ

На додаток до заяв Банку Іспанії та Національної комісії з ринку цінних паперів щодо ризиків відмивання коштів, які стосуються власне віртуальних валют та пов'язаної з ними діяльності, 27 квітня 2021 року уряд Іспанії схвалив королівський указ №7/2021[329] про внесення змін до чинного законодавства з протидії відмиванню коштів, де було імплементовано деякі положення законодавчої бази ЄС щодо протидії відмиванню коштів, у тому числі П'ятої директиви про боротьбу з відмиванням коштів[330].

Так, нові частини п'ята, шоста та сьома статті 1 чинного Закону Королівства Іспанія від 28 квітня 2010 року №10/2010 «Про запобігання відмиванню коштів та фінансуванню тероризму» містять такі визначення:

a. віртуальна валюта – це цифрове представлення вартості, яке не емітується чи не гарантується центральним банком чи іншим державним органом, не обов'язково прив'язане до законодавчо встановленої валюти та не має правового статусу валюти чи грошей, але приймається фізичними або юридичними особами як засіб обміну, який може переказуватися, зберігатися та торгуватися в електронному вигляді;

327 Директива Європейського Парламенту і Ради (ЄС) № 2009/110/ЄС від 16 вересня 2009 року про започаткування та здійснення діяльності установами-емітентами електронних грошей і пруденційний нагляд за нею, про внесення змін до директив 2005/60/ЄС і 2006/48/ЄС та про скасування Директиви 2000/46/ЄС [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3yYcYGH (українська мова).

328 Директива Європейського Парламенту і Ради (ЄС) № 2015/2366 від 25 листопада 2015 року про платіжні послуги на внутрішньому ринку, про внесення змін до Директив 2002/65/ЄС, 2009/110/ЄС та 2013/36/ЄС і Регламенту (ЄС) № 1093/2010 та про скасування Директиви 2007/64/ЄС (із виправленнями) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3lEHi1a (українська мова).

329 Указ-Закон Короля Іспанії від 27 квітня 2021 року № 7/2021, який імплементує директиви ЄС у сфері конкуренції, запобігання відмиванню коштів, діяльності кредитних установ, телекомунікацій, податкових заходів, запобігання та відшкодування шкоди навколишньому середовищу, у сфері надання транскордонних послуг з переміщення робочої сили та захисту прав споживачів [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3qKaBma (іспанська мова).

330 Директива Європейського Парламенту і Ради (ЄС) № 2018/843 від 30 травня 2018 року про внесення змін до Директиви (ЄС) 2015/849 про запобігання використанню фінансової системи для цілей відмивання грошей або фінансування тероризму та про внесення змін до директив 2009/138/ЄС і 2013/36/ЄС [Електронний ресурс]. Режим доступу: https://bit.ly/3GSPbZQ (українська мова).

b. обмін між віртуальними та фіатними валютами – це купівля-продаж віртуальних валют через доставку або отримання євро чи будь-якого іноземного законного платіжного засобу або електронних грошей, прийнятих як засіб обміну в країні, де вони були емітованими;

c. постачальник послуг зі зберігання гаманців – це юридична або фізична особа, яка надає послуги із захисту приватних криптографічних ключів від імені своїх клієнтів, утримує, зберігає та переказує віртуальні валюти.

Подібним чином новий абзац частини першої статті 2 вищевказаного закону, Зі свого боку, розглядає постачальників послуг, які здійснюють обмінні послуги між віртуальними валютами, між віртуальними валютами та фіатними валютами, а також постачальників послуг зі збереження гаманців як зобов'язаних суб'єктів, у тому числі суб'єктів-нерезидентів, які надають послуги через філії або агентів. Також сюди включають постачальників послуг без постійного представництва, які надають послуги, подібні до зазначених вище. Такі суб'єкти мають бути зареєстровані у Виконавчій службі Комісії із запобігання відмиванню грошей та грошовим правопорушенням (SEPBLAC), компетентному органу Іспанії з протидії відмиванню коштів (іспанський ПФР).

V. РЕГУЛЮВАННЯ БІРЖ

Регулювання, якому підлягає біржа, відповідно до іспанського законодавства, залежить від того, чи торгуються активи як фінансові інструменти, а також від виду діяльності, що проводиться на біржі.

Хоча немає спеціального режиму щодо торгових платформ для віртуальних валют або інших криптоактивів, Національна комісія з ринку цінних паперів[331] зазначила, що в тих випадках, в яких активи, що торгуються на біржі, не вважаються фінансовими інструментами, вони, як мінімум, мають підпадати під дію правил, пов'язаних із зберіганням, реєстрацією, управлінням конфліктами інтересів між клієнтами та прозорістю внесків (на додаток до правил боротьби з відмиванням коштів).

Тому Національна комісія з ринку цінних паперів рекомендує цим платформам добровільно застосовувати принципи регулювання ринку цінних паперів щодо вищезазначених питань для забезпечення належного функціонування своєї діяльності. Якщо ці активи визнаються фінансовими інструментами, то тоді застосовується законодавство про ринок цінних паперів Іспанії.

331 Див. публікацію Національної комісії з ринку цінних паперів «Питання та відповіді для фінтех-компаній щодо діяльності та послуг, які можуть підпадати під регулювання Національної комісії з ринку цінних паперів» (останнє оновлення 12 березня 2019 року) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3fMiNMs (англійська мова).

Це означає, що необхідно отримати відповідні дозволи, у тому числі, якщо потрібно, дозвіл на роботу торговельного майданчика (наприклад, регульований ринок, багатостороння торговельна система або організований торговельний майданчик), або ліцензію для інвестиційної фірми чи кредитної установи, яка працює як суб'єкт господарювання, що систематично здійснює внутрішнє виконання клієнтських наказів чи угод.

З цього приводу, у відповідь на консультаційний документ щодо загальних принципів ЄС стосовно ринків криптоактивів, незалежний комітет Національної комісії з ринку цінних паперів зазначив, що головні ризики бірж полягають у наступному:

a. відсутність прозорості в інформаційних вимогах та нормативному статусі залучених компаній;
b. операційна стійкість і належне управління ризиками (наприклад, у випадках втрати криптоактивів);
c. відсутність рішень для пом'якшення конфлікту інтересів;
d. відсутність належних рекламних стандартів.

Однак, у рамках нормативних цілей, Банк Іспанії не дав жодних роз'яснень щодо того, чи кваліфікуватиме діяльність біржі як надання платіжних послуг чи послуг з обміну валют, коли віртуальні валюти використовуються виключно для платіжних цілей (а не як цінні папери чи подібні інструменти).

Оскільки регульовані ринки, багатосторонні торгові майданчики та організовані торгові майданчики, що розташовані в Іспанії, вимагають, щоб інструменти, що торгуються на них або через них, були представлені в у записах обліку. Токени не можуть торгуватись на іспанських регульованих ринках, багатосторонніх торговельних майданчиках та організованих торговельних майданчиках, оскільки вони не можуть бути представлені у записах обліку.

Однак, найближчим часом це має змінитися відповідно до пропозиції щодо Регламенту ЄС стосовно пілотного режиму ринкової інфраструктури на основі технології розподіленого реєстру (Пропозиція щодо регулювання технології розподіленого реєстру). Це означає, що використання технології розподіленого реєстру на багатосторонньому торговельному майданчику повинна передбачати можливість звільнення від вимог щодо обліку та обліку в центральному депозитарії цінних паперів, встановлених Регламентом ЄС № 909/2014, де використання технології розподіленого реєстру на багатосторонньому торговельному майданчику відповідає вимогам, еквівалентним тим, які стосуються центрального депозитарію цінних паперів.

Крім того, проєкт королівського указу, опублікований у квітні 2021 року, у рамках пропозиції щодо регулювання технології розподіленого реєстру, передбачає, що вимога щодо клірингу через центрального контрагента може бути відмінена стосовно операцій із акціями та прав на переважне придбання акцій, що здійснюються з допомогою технології розподіленого реєстру[332].

VI. РЕГУЛЮВАННЯ МАЙНЕРІВ

За винятком податкових питань, розглянутих у Секції IX, в Іспанії немає регулювання майнерів. Банк Іспанії та Національна комісія з ринку цінних паперів не висловлювали власних думок з цього приводу.

Однак, оскільки майнери не будуть вважатися емітентами фінансових інструментів або електронних грошей чи суб'єктами розміщення фінансових інструментів, то відповідно до іспанського законодавства для майнингу не потрібно буде отримувати будь-які ліцензії чи дозволи.

VII. РЕГУЛЮВАННЯ ЕМІТЕНТІВ ТА СПОНСОРІВ

За умови якщо віртуальні валюти можна віднести до фінансових інструментів або електронних грошей, то їх емітенти мають отримати відповідні дозволи від Національної комісії з ринку цінних паперів та Банку Іспанії. Щодо віртуальних валют як фінансових інструментів, див. підсекцію II.2 щодо первинного розміщення монет. Ні Банк Іспанії, ні чинне законодавство не відносять віртуальну валюту до електронних грошей. А, отже, її емісія не підпадає під дію іспанського законодавства про установи електронних грошей, хоча оцінка має здійснюватися в кожному окремому випадку.

Поняття «спонсор» немає в іспанському законодавстві.

VIII. КРИМІНАЛЬНЕ ТА ЦИВІЛЬНЕ ШАХРАЙСТВО І ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

Останніми роками шахрайство, що виникає при розпорядження криптовалютами, такими як біткоїн, зростає. Як і з будь-яким іншим типом активів, наявна кримінальна відповідальність, пов'язана з віртуальними валютами, з огляду на те, що поведінка третьої сторони (наприклад, менеджера з капіталу) може завдати збитків інвестору.

332 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3GWSJdO (іспанська мова).

Багатство є законним інтересом, захищеним кримінальним правом Іспанії. Оскільки криптовалюти вважаються цінними активами, вони також є частиною поняття багатства. Як наслідок, неправомірні дії з розпорядження криптовалютними активами можуть підпадати під низку кримінальних правопорушень (наприклад, шахрайство, привласнення коштів або зловживання у корпоративній сфері).

Найпоширенішим правопорушенням щодо криптовалют є шахрайство, яке регулюється статтею 248 Кримінального кодексу. Шахрайство вчиняється, коли обвинувачений з метою отримання фінансової вигоди та шляхом обману змушує потерпілого діяти помилково, в результаті чого останній вчиняє дії з криптовалютами собі на шкоду або на шкоду третій особі. Повинен бути зв'язок між обманом зловмисника та розпорядженням майном потерпілого (див. рішення Верховного Суду від 23 вересня 2015 року № 531/2015).

Підпункт «а» частини другої статті 248 Кримінального кодексу Іспанії передбачає, що інший вид шахрайства (комп'ютерне шахрайство) вчиняється, коли зловмисники використовують маніпуляцію з допомогою комп'ютера або подібних пристроїв для здійснення несанкціонованої передачі майна на шкоду потерпілому або третій особі (Рішення Верховного Суду від 17 грудня 2008 року № 860/2008). На відміну від звичайного шахрайства, це положення не вимагає обману (що тлумачиться вузько) оскільки воно замінюється маніпуляціями з допомогою комп'ютера чи подібного пристрою. Отже, цей злочин може бути вчинений різними способами, зважаючи на широкий характер твердження «маніпулювання з допомогою комп'ютера чи подібного пристрою». Наприклад, правопорушення буде вчинене, коли особа змінює адресу електронної пошти або номер банківського рахунку чи використовує файли для розблокування паролів користувача.

Починаючи з 23 грудня 2010 року, компанії можуть бути притягнені до кримінальної відповідальності за шахрайство, вчинене від їхнього імені, а також за пряму чи непряму вигоду, яку отримали їхні директори чи працівники (статті 31.bis і 251.bis Кримінального кодексу Іспанії)[333]. Корпоративна кримінальна відповідальність не є альтернативною, а кумулятивною до відповідальності фізичних осіб, які вчинили кримінальне правопорушення (тобто директори або працівники та компанія, в якій вони працюють, можуть бути притягнуті до кримінальної відповідальності одночасно).

20 червня 2019 року Кримінальна Палата Верховного Суду Іспанії вперше винесла рішення у справі про шахрайство з криптовалютами (рішення від 20 червня 2019 року № 326/2019)[334].

333 Кримінальний кодекс Королівства Іспанія [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/33LlbAH (іспанська мова).

334 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3yXiglL (іспанська мова).

У цій справі Верховний суд залишив без змін вирок щодо тюремного ув'язнення, який був винесений інвестиційному менеджеру як винуватцю шахрайства. Відповідно до цього вироку, інвестиційний менеджер підписав кілька угод з високочастотною торгівлею з потерпілими сторонами, в яких він брав на себе такі обов'язки:

a. управляти біткоїнами, які були доставлені йому в якості депозиту;
b. реінвестувати дивіденди; та
c. після погашення, надати отриманий прибуток в обмін на комісію.

Однак було доведено, що на момент підписання цих угод відповідач не мав наміру виконувати свої договірні зобов'язання (фактично не робив жодних інвестицій), а єдиним його наміром було заволодіти біткоїнами клієнтів та імітувати виконання угод.

Щодо цивільно-правової відповідальності, що випливає з кримінального правопорушення, Верховний Суд відмовив у клопотанні потерпілих щодо компенсації біткоїнами, а не еквівалентною їхньою вартістю в євро (вони обґрунтовували своє клопотання тим, що вартість біткоїна значно зросла після підписання угоди про високочастотну торгівлю). Відповідно до рішення Верховного Суду, біткоїни є нематеріальними активами, які не підлягають відновленню, а також вони не є «електронними грошима» у значенні, вказаному в Законі Іспанії від 26 липня 2011 року № 21/2011[335]. Отже, хоча потерпілі передали біткоїни (а згодом втратили їх через шахрайство), від обвинуваченого вимагали повернути суму в євро, еквівалентну вартості біткоїнів на момент їх передачі (та додаткові компенсації за збільшення їх вартості до закінчення строку дії договорів).

Після цього першого рішення регіональні суди також розглядали справи, пов'язані з криптовалютами (наприклад, рішення Провінційного суду Алави від 15 січня 2021 року № 4/2021[336]; рішення суду провінції Бадахос від 6 квітня 2021 року № 25/2021; рішення суду провінції Бургос від 23 березня 2021 року № 96/2021).

Крім того, згідно з інформацією, наведеною в пресрелізах, Національний Суд Королівства Іспанія[337] наразі проводить низку розслідувань імовірних пірамід, пов'язаних із інвестиціями, що вимірюються мільйонами євро, та тисячами потенційних потерпілих. Провадження, які розглядаються Національним Судом, стосуються широкого кола злочинів (шахрайство, відмивання коштів, підроблені документи та злочини проти казначейства Іспанії тощо).

335 Закон Королівства Іспанія «Про електронні гроші» від 26.07.2011 № 21/2011 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3yXRRUL (іспанська мова).

336 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3lNbTcN (іспанська мова).

337 Національний Суд Королівства Іспанія має юрисдикцію на всю територію Іспанії щодо питань, передбачених статтею 65 Закону 6/1985 про судову владу (наприклад, шахрайство, яке має серйозний вплив на національну економіку або де є велика кількість постраждалих, які проживають або зареєстровані у більш ніж одному регіоні).

Кримінально-процесуальний закон Королівства Іспанія[338] не містить жодних конкретних положень про дії щодо розпорядження криптовалютами. Отже, стандартні правила спрощеного провадження мають застосовуватися до криптовалютних злочинів за умови, що покарання не перевищує дев'яти років позбавлення волі. Спрощене провадження поділяється на три етапи:

a. кримінальне розслідування, яке очолює слідчий суддя (а не прокурор), який визначає, чи є обґрунтовані ознаки кримінального правопорушення, і, якщо так, то встановлює винних осіб;
b. проміжна стадія, протягом якої сторона обвинувачення може висунути офіційні звинувачення у записці обвинувачення, а обвинувачені мають право оскаржити ці звинувачення у записці сторони захисту;
c. та остання стадія – судовий розгляд, який є відкритим слуханням та під час якого досліджуються докази й суд приймає рішення по суті справи.

Основними процесуальними труднощами, з якими можуть зіткнутися іспанські органи влади, коли мова заходить про переслідування цих злочинів, є відсутність юрисдикції та компетенції. Анонімність, з якою діють зловмисники, місця, з яких вони це роблять (здебільшого за межами Іспанії), а також той факт, що незаконно отримані кошти зазвичай опиняються в інших країнах, заважають застосуванню проти них заходів іспанського судочинства. У подібних справах Верховний Суд Іспанії традиційно прийняв «принцип повсюдності», згідно з яким злочин необхідно вважати таким, що був вчинений на теренах Іспанії, якщо будь-який істотний елемент злочинної діяльності (незаконні дії, шкода, одержання прибутку злочинців тощо) мав місце на теренах Іспанії[339]. У зв'язку з цим Верховний Суд зазначає, що серед усіх органів, які мають потенційну юрисдикцію у справі відповідно до цього критерію, виключна юрисдикція має бути першочергово надана суду, який розпочинає кримінальне розслідування.

Зазначимо, що у справах про комп'ютерне шахрайство Верховний Суд Іспанії знехтував «теорією повсюдності», а натомість застосував критерій «ефективності кримінального розслідування» (див. рішення від 24 жовтня 2019 року, 28 листопада 2019 року та 16 січня 2020 року). Відповідно до цього підходу місце проживання обвинуваченого визначає юрисдикцію, оскільки «вона знаходиться там, де розслідування може бути ефективним» (тобто суди, розташовані на цій території, мають легший доступ до джерел інформації, необхідної для проведення кримінального розслідування).

338 Кримінально-процесуальний закон Королівства Іспанія [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3sXXQFz (іспанська мова).

339 Див. погодження, яке було прийняте на позасудовому пленарному засіданні Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду 3 лютого 2005 року.

Верховний Суд Іспанії також зазначив, що цей критерій є критерієм, прийнятим Конвенцією про кіберзлочинність від 23 листопада 2001 року (ратифікованою Королівством Іспанія 17 вересня 2010 року), відповідно до якої «якщо більш ніж одна Сторона заявляє про юрисдикцію стосовно підозрюваного правопорушення, встановленого відповідно до цієї Конвенції, заінтересовані Сторони, де це можливо, проводять консультації з метою визначення найбільш придатної для переслідування юрисдикції»[340].

IX. ОПОДАТКУВАННЯ

Віртуальні валюти виконують економічну функцію (зберігання вартості або засіб обміну). Це означає, що їхнє володіння та використання можуть мати передумови щодо оподаткування. Крім того, вони становлять більш високий, ніж середній, ризик бути використаними як засіб для вчинення податкового шахрайства, оскільки дуже важко визначити справжню особу їхніх власників (враховуючи, що вони майже анонімні), а також що операції відбуваються за топологією «peer-to-peer» та можуть мати транскордонний елемент, а тому здатність податкових органів контролювати їх зменшується. Через усе це вони опинились у центрі уваги іспанських податкових органів, хоча податковий режим та зобов'язання щодо звітності стосовно віртуальних валют усе ще знаходяться на ранній стадії.

i. ПОДАТОК НА ПРИБУТОК ТА ПОДАТОК НА ДОДАНУ ВАРТІСТЬ (ДИНАМІЧНИЙ ПІДХІД)

Режим оподаткування віртуальних валют та торгівлі ними відрізняється в межах країни, залежно від податку. З погляду бухгалтерського обліку, Іспанська рада з питань бухгалтерського обліку вважає віртуальні валюти нематеріальними активами або комерційними акціями, залежно від їхнього використання.

Станом на сьогодні, іспанські податкові органи вважали, що для цілей податку на прибуток (податку на доходи фізичних осіб, податку на прибуток підприємств і податку на прибуток нерезидентів) будь-яка операція (крім майнингу) з віртуальними валютами є бартерною операцією. Це означає, що користувачі віртуальних валют з допомогою будь-якої доставки віртуальних валют отримують або приріст, або втрату капіталу. Водночас, дотримання податкового законодавства стає складним і обтяжливим як для платника податків, так і для податкового органу.

340 Частина п'ята статті 22 Конвенції про кіберзлочинність [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3ArZth6 (українська мова).

Іспанські податкові органи затвердили 22 березня 2018 року за № V0808-18[341] обов'язкове податкове роз'яснення, де було вказано, що використання віртуальних валют за рамками здійснення господарської діяльності може призвести до прибутків або збитків від капіталу у момент здійснення операції (абзац c) частини першої статті 14 Закону Королівства Іспанія від 28 листопада 2006 року № 35/2006 «Про податок на доходи фізичних осіб та часткову зміну до законів про податки на корпорації, на доходи нерезидентів та на багатство»[342]). Водночас, ставка податку для фізичних осіб не перевищує 23 відсотки.

Відповідно до обов'язкового податкового роз'яснення від 11 червня 2018 року за № V1604-18[343], комісійні, що стягуються біржею, збільшуються та зменшуються, зважаючи на ціни купівлі та продажу, якщо вони безпосередньо пов'язані з операцією. Застосовується принцип «першим надійшов – першим вибув». Дохід, отриманий від майнингу, вважається доходом від підприємницької діяльності, тому ставка податку, що застосовується, може становити до 48 відсотків для фізичних осіб, залежно від автономного регіону, де вони проживають. Ставка податку на прибуток підприємств становить 25 відсотків, а ставка податку на прибуток нерезидентів становить 24 відсотки (19 відсотків для резидентів Європейського Союзу та Європейської економічної зони).

Іспанські податкові органи також зазначають в обов'язковому податковому роз'ясненні від 8 травня 2018 року за № V1149-18[344], що податок через зміну місця проживання, який регулюється статтею 95 bis Закону Королівства Іспанія від 28 листопада 2006 року №35/2006 «Про податок на доходи фізичних осіб та часткову зміну до законів про податки на корпорації, на доходи нерезидентів та на багатство», не застосовується щодо віртуальних валют.

Що стосується податку на додану вартість (ПДВ), то позиція іспанських податкових органів, яка викладена в обов'язкових податкових роз'ясненнях від 18 червня 2018 року за № V1748-18 та від 6 травня 2020 року за № V1274-20[345], узгоджується з позицією Європейського Суду справедливості, який у «Hedqvist»[346] стверджував, що віртуальні валюти є валютою у сенсі статті абзацу e) частини першої статті 135 Директиви про ПДВ[347] та є прямим засобом платежу.

---

341 Податкові роз'яснення можна подивитись у базі податкових роз'яснень на вебсайті Генерального директорату з питань оподаткування міністерства фінансів [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3rHp3e8 (іспанська мова).

342 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3IySeXB (іспанська мова).

343 Див. виноску 33.

344 Див. виноску 33.

345 Див. виноску 33.

346 Рішення Суду від 22 жовтня 2015 року у справі C-264/14 (Хедквіст проти Швеції) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3rQz6NT (англійська мова).

347 Директива ЄС від 28 листопада 2006 року № 2006/112/ЄС [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/33Qohnd (українська мова).

Тому послуги, пов'язані з цими валютами (у тому числі майнинг), звільняються від сплати ПДВ, як зазначено у цій статті. Отже, «вхідний» ПДВ не підлягає нарахуванню.

ii. ПОДАТОК НА МАЙНО ТА ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ЩОДО ЗВІТУВАННЯ (СТАТИЧНИЙ ПІДХІД)

Віртуальні валюти, як актив, підпадають під дію Закону від 6 червня 1991 № 19/1991 «Про податок на майно»[348] та, отже, мають бути задекларовані шляхом подання форми 714 до іспанських податкових органів до 30 червня кожного року. Відповідно до статті 24 Закону «Про податок на майно» платники податків зобов'язані повідомити ринкову вартість своїх віртуальних валют у євро станом на 31 грудня звітного року. Оскільки, офіційної ринкової вартості немає, то платникам податків доведеться покладатися на найпоширеніші вебсайти (наприклад, www.coindesk.com). Іспанські податкові органи підтвердили цей висновок у своїх обов'язкових податкових роз'ясненнях, зокрема, від 1 березня 2018 року за № V0590-18 та від 3 серпня 2018 року за № V2289-18[349]. Ставка податку на майно може становити до 2,75 відсотка, залежно від автономного регіону проживання (є деякі регіони з нульовою ставкою).

Крім податку на майно є також три незалежних зобов'язання щодо декларування всіх активів, які знаходяться за кордоном, на суму понад 50 тис. євро (банківські рахунки, цінні папери та нерухомість). Платники податків зобов'язані подавати форму 720 (інформаційний звіт про активи та права, що знаходяться за кордоном) до 31 березня кожного року.

Станом на сьогодні, віртуальні валюти не вважалися цінними паперами або не зберігалися на банківському рахунку для цілей оподаткування. Тому, очевидно, їх не потрібно було включати в декларацію за формою 720. Однак, останнім часом цей підхід змінився. 9 липня 2021 року був прийнятий Закон № 11/2021 «Про заходи щодо запобігання та боротьби з податковим шахрайством, імплементація норм Директиви (ЄС) від 12 липня 2016 року 2016/1164, яка встановлює правила протидії практикам ухилення від сплати податків, які мають безпосередній вплив на функціонування внутрішнього ринку, модифікацій різних податкових норм та питань регулювання азартних ігор»[350]. Цей закон запровадив нове зобов'язання повідомляти про кількість віртуальних валют, що знаходяться в Іспанії чи за кордоном (через форму 720), із зазначенням власника та бенефіціарного власника, а також звітувати про всі операції, пов'язані з віртуальними валютами (отримання, продаж, бартерні операції або перекази).

348 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3fTEJWf (іспанська мова).

349 Див. виноску 33.

350 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3IDbPG1 (іспанська мова).

У річному плані податкового та митного контролю на 2018 рік, опублікованому в «Офіційному віснику Іспанії» від 23 січня 2018 року, зазначено, що у частині запобігання та припинення контрабанди, торгівлі наркотиками та відмивання коштів податкові органи «виявлятимуть і запобігатимуть використанню організованою злочинністю глибокої інтернет-мережі для торгівлі будь-якими незаконними товарами, а також використання криптовалют, таких як біткоїн або подібних, як засіб платежу». Крім того, Національне управління з питань боротьби з шахрайством спробувало ідентифікувати всіх суб'єктів, які працюють з віртуальними валютами, та надіслало їм запити на надання конкретної інформації.

Отже, попередньо заповнені податкові форми, які іспанські органи влади щороку надають платникам податків, містять відомості про те, що платник податків здійснював операції з віртуальними валютами. Річні плани податкового та митного контролю на 2020 та 2021 роки, опубліковані в «Офіційному віснику Іспанії» від 28 січня 2020 року та 1 лютого відповідно, знову підтверджують, що іспанські податкові органи і надалі збиратимуть інформацію та розроблятимуть контрольні ініціативи для забезпечення належного звітування про операції з криптоактивами, а також щодо перевірки законного походження коштів.

Іспанські податкові органи також оцінили можливість введення нових зобов'язань щодо звітування, регулювання «людських банкоматів» (особи, які здійснюють фізичні перекази віртуальних валют з допомогою таких програм, як Meetup) та встановлення режиму санкцій за недотримання цих зобов'язань щодо звітності[351].

Фактично, вищевказаний Закон «Про заходи щодо запобігання та боротьби з податковим шахрайством, імплементація норм Директиви (ЄС) від 12 липня 2016 року 2016/1164, яка встановлює правила протидії практикам ухилення від сплати податків, які мають безпосередній вплив на функціонування внутрішнього ринку, модифікацій різних податкових норм та питань регулювання азартних ігор» вимагає:

a. постачальники послуг гаманців зобов'язані надавати інформацію про баланси віртуальних валют (розрізнені за кожною віртуальною валютою), власників, уповноважених осіб або бенефіціарів цих балансів;
b. біржі зобов'язані надавати інформацію про здійснені операції, щодо ідентифікації залучених сторін, адреси, реєстраційні номери облікових карток платників податків, класу та кількості віртуальних валют, а також ціни та дати транзакції.

Ці зобов'язання щодо звітування також застосовуються до емітентів з податковим резидентством в Іспанії, що здійснюють первинне розміщення монет.

351 [Електронний ресурс] Режим доступу: http://www.meetup.com.

X. ПЛАНИ НА МАЙБУТНЄ

З огляду на те, що з одного боку, в Іспанії не було прийнято жодного спеціального законодавства щодо віртуальних валют, окрім іспанського закону про боротьбу з відмиванням коштів, необхідність всебічного нагляду, *inter alia*, у податкових та регуляторних аспектах, аспектах захисту прав споживачів уже обговорювалася в обидвох палатах іспанського парламенту всіма політичними партіями та було схвалено кілька пропозицій, які стосуються віртуальних валют і технології розподіленого реєстру, зважаючи на поточні законодавчі ініціативи ЄС з цих питань.

З іншого боку, іспанські наглядові органи (Національна комісія з ринку цінних паперів, Банк Іспанії та Комісія із запобігання відмиванню грошей та грошовим правопорушенням) розуміють, що транснаціональний характер віртуальних валют та пов'язаної з ними діяльності (емісія, депозит, маркетинг тощо) означає, що регулювання їхньої екосистеми має бути розглянутим на міжнародному рівні або, принаймні, на рівні ЄС, щоб якомога більше регуляторів та наглядових органів займали та поділяли спільні позиції. У протилежномв разі неузгоджені регуляторні підходи можуть виявитися неефективними та створити стимули для регуляторного арбітражу.

Першим кроком з цього питання є Директива від 30 травня 2018 року № 2018/843ЄС, яка вносить зміни до Директиви ЄС № 2015/849 про запобігання використанню фінансової системи для цілей відмивання грошей або фінансування тероризму. Ця Директива є першою, що безпосередньо регулює віртуальні валюти на рівні ЄС. Її вже впроваджено в Іспанії. Крім того є нові законодавчі ініціативи ЄС (MiCA[352], DLT Regulation Proposal[353]).

Незважаючи на потенційні ризики, які породжують віртуальні валюти за браком регулювання їхньої екосистеми, законодавчі та наглядові органи Іспанії усвідомлюють їхню важливість та технологічний розвиток, що стоїть за ними. Тому ці органи наполягають на якнайшвидшому ухваленні нормативних актів та спільних позицій з цього питання.

352 Законодавчий проєкт від 24 вересня 2020 року № 2020/0265 (COD) «Положення Європейського Парламенту та Ради про регулювання ринку криптоактивів та внесення змін до Директиви № 2019/1937ЄС» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3AyGAJl (англійська мова).

353 Законодавчий проєкт від 24 вересня 2020 року № 2020/0267 (COD) «Положення Європейського Парламенту та Ради про пілотний режим для ринкової інфраструктури, що орієнтована на технологію розподіленого реєстру» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3lHY1u7 (англійська мова).

ІТАЛІЯ

І. ОЗНАЙОМЛЕННЯ З НОРМАТИВНО-ПРАВОВОЮ БАЗОЮ

Першу спробу регулювання технології розподілених реєстрів (DLT) та криптоактивів італійським законодавцем було здійснено через статтю 8 ter Законодавчим декретом № 135 від 14 грудня 2018 року, в якому дається визначення смартконтрактів та DLT.

Пункти 1 та 3 статті 8 ter Законодавчого декрету № 135 свідчать, що:

1. *[DLT] визначаються як «технології, що ґрунтуються на технологіях розподіленого реєстру» та комп›ютерних протоколах, які використовують загальні, розподілені, відтворювані реєстри, одночасно доступні та архітектурно децентралізовані на криптографічній основі, що дозволяють реєструвати, підтверджувати, оновлювати та архівувати дані як відкритим текстом, так і з захистом завдяки криптографії, що перевіряється кожним учасником, але не змінюється та не редагується.*

. . .

3. *Зберігання ІТ-документу з допомогою використання технологій, заснованих на розподілених реєстрах, створює юридичні наслідки електронних міток часу, згаданих у статті 41 Регламенту (ЄС) № 910/2014.*

Крім того, пункт 2 статті 8 ter Законодавчого декрету № 135 визначає смартконтракт як: *комп›ютерна програма, що працює на технологіях, що ґрунтуються на розподілених реєстрах, і виконання якої автоматично пов›язує дві або більше сторін та призводить до наслідків, заздалегідь визначених сторонами перед виконанням. Вважається, що смартконтракти задовольняють вимогам письмової форми за умови, що користувачі ідентифікуються з допомогою процесу ідентифікації, який відповідає керівним принципам, виданим Агентством цифрової Італії.*

Італійський законодавчий орган доручив Агентству цифрової Італії (AgID) видати нормативний акт, який реалізує це визначення, визначити конкретні стандарти, які DLT повинні прийняти для створення ефекту електронної мітки часу, та визначити процес ідентифікації, який мають пройти смартконтракти, щоб потрапити до сфери дії статті 8 ter Законодавчого декрету № 135. Проте, наразі AgID ще не випустило жодної подібної постанови.

Першу спробу регулювання технології розподілених реєстрів (DLT) та криптоактивів італійським законодавцем було здійснено у статті 8 ter Законодавчого декрету № 135 від 14 грудня 2018 року, в якій дається визначення смартконтрактів та DLT.

Пункти 1 та 3 статті 8 ter Законодавчого декрету № 135 свідчать про таке:

Найбільш важливими категоріями криптоактивів, які були визначені, є інвестиційні токени, токени корисності та криптовалюти (до яких також належать стейблкоїни)[354].

Інвестиційні токени – це криптоактиви, які передають своїм власникам економічні чи управлінські права на компанію-емітента. Інвестиційні токени наділяють свого власника прямими правами стосовно компанії. Ці права зазвичай поділяються на економічні (тобто право на дивіденди) та адміністративні (тобто право голосу на загальних зборах). З цього погляду інвестиційні токени можна визначити як токенізовані версії цінних паперів.

Токени корисності – це криптоактиви, які надають власнику функціональну корисність, наприклад, право на отримання продукту або, що є більш поширеним, право на доступ до певної послуги або навіть просту знижку на продукт або послугу. З юридичної точки зору, токени корисності можна вважати як DLT-представлення «права споживача» щодо продукту, запропонованого емітентом.

Нарешті, криптовалюти – це криптоактиви, функція яких полягає у використанні для оплати послуг чи придбання інших токенів. Користуючись перевагами децентралізації ці валюти відрізняються від фіатних тим, що вони не сертифіковані і не підтримуються центральними фінансовими установами.

Криптовалюти зазвичай застосовуються як платіжні інструменти тією мірою, якою вони визнаються такими сторонами угоди. З цієї причини криптовалюти прийнято називати «приватними платіжними інструментами» або, краще, «приватними валютами», вартість яких залежить лише від законів попиту та пропозиції на відповідних ринках. Стейблкоїни є підкатегорією криптовалют та «запрограмовані» на підтримку «стабільної» ціни, яка прив›язана до певної фіатної валюти.

354 Див. Hacker, P та Thomale, C, Регулювання крипто-цінних паперів: ICO, «продаж токенів та криптовалют відповідно до фінансового законодавства ЄС» у European Company and Financial Law Review, 2018, стор. 12, а також Furnari, SL і Lener, RA, «Внесок у юридичну кваліфікацію публічного розміщення токенів корисності (також) у світлі запропонованого європейського регламенту щодо криптоактивів», в Bocconi Legal Paper, 16, 2021 рік

Після громадських консультацій, проведених у період з 2019 до 2020 рік, CONSOB у своєму підсумковому звіті від січня 2020 року заявив, що використання DLT не є елементом, який сам по собі визначає категорію криптоактивів, оскільки деякі типи (наприклад, інвестиційні токени) можуть підпадати під дію інших чинних нормативних актів[355]. Наприклад, як особливо підкреслює CONSOB, інвестиційні токени можуть бути визнані фінансовими інструментами, що вимагатиме застосування італійського законодавства про фінансові інструменти та фінансові продукти. Отже, пропозиція криптоактивів, що є фінансовими продуктами, спричинить попередню публікацію відповідного авторизованого проспекту.

Крім того, необхідно з›ясувати, чи можуть криптовалюти та стейблкоїни являти собою емісію електронних грошей або платіжних інструментів відповідно до банківського законодавства та законодавства про електронні гроші.

Нарешті, варто очікувати, що токени корисності зазвичай не підпадають під дію норм фінансового та банківського права, оскільки вони не є ні платіжним інструментом, ні формою фінансових інвестицій. Випуск токенів корисності в Італії може здійснюватися без публікації проспекту емісії або необхідності дотримання спеціальних вимог (які нині відсутні). Однак це не звільняє криптоактиви (та їхніх власників) від дії режиму ПВК/ФТ.

II. ЗАКОНИ ПРО ЦІННІ ПАПЕРИ ТА ІНВЕСТИЦІЇ

i. ОГЛЯД ЧИННОГО ІТАЛІЙСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ЦІННІ ПАПЕРИ ТА ІНВЕСТИЦІЇ

Як попередньо зазначалося, треба вказати, що в італійському законодавстві про цінні папери та інвестиції немає визначення та конкретних правил щодо криптоактивів. Їхня «багатогранність» передбачає необхідність кваліфікувати кожну з них у світлі загальних визначень фінансових інструментів та фінансових продуктів, даних у Законодавчому декреті № 58 від 24 лютого 1998 (Зведений фінансовий закон).[356]

Відповідно до пункту 2 статті 1 Зведеного фінансового закону фінансові інструменти визначаються як «перелік інструментів, зазначених у розділі C Додатка I».[357]

355 CONSOB, Остаточний звіт про первинні пропозиції монет та обмін криптоактивами, 2 січня 2020 р., стор. 2. Електронний ресурс: https://bit.ly/3MTeGxh

356 Законодавчий Декрет № 58 від 24 лютого 1998 Зведений закон про фінанси відповідно до статей 8 та 21 Закону № 21/2008. 52 від 6 лютого 1996 року. Електронний ресурс: https://bit.ly/3t0UUrG

357 Ця стаття впроваджує MiFID II, а перелік Додатка I, розділ C Консолідованого фінансового закону, такий самий, як і перелік, наданий MiFID II у його Додатку I, розділ C. Зокрема, фінансовими інструментами є «(1) цінні папери, що перебувають в обігу; (2) інструменти грошового ринку; (3) Паї в підприємствах спільного інвестування; . . . (11) Дозволи на емісію, що складаються з будь-яких одиниць, визнаних відповідно до вимог Директиви 2003/87/EC' та різних видах контрактів на похідні інструменти (перелічені в № 4–10 Додатку I, Розділ C).

У цьому переліку особливе значення має визначення цінних паперів, що передаються. Як зазначено у статті 1, параграф 1 bis Зведеного фінансового закону, під цінними паперами, що передаються, розуміються цінні папери, які можуть бути предметом торгів на торговому майданчику, такі як:

a. акції та інші сумісні інструменти, випущені корпораціями, товариствами або аналогічними організаціями, включно з їхніми депозитними сертифікатами;
b. облігації та інші боргові інструменти, включно з їхніми депозитними сертифікатами; і
c. будь-який інший цінний папір, що передається, що дає змогу купувати або продавати цінні папери відповідно до пунктів (a) та (b) або що дозволяє швидке врегулювання угод, які прив›язані до валют, процентних ставок, доходів, товарів або інших індексів або вимірювань.

Крім того, щодо кваліфікації криптоактивів відповідно до положень про цінні папери та інвестиції важливу роль також відіграє внутрішнє визначення терміна «фінансовий продукт», передбачене у статті 1, пункт 1, літера (u) Зведеного фінансового закону.

Тут фінансові продукти визначаються як «фінансові інструменти та будь-які інші форми інвестицій, що характеризуються фінансовою природою»

ii. ВИЗНАЧЕННЯ КРИПТОАКТИВІВ ЯК ФІНАНСОВИХ ІНСТРУМЕНТІВ

Щоб бути кваліфікованими як фінансові інструменти, криптоактиви можуть легше підпадати під визначення цінних паперів, що передаються. Зокрема, щоб бути кваліфікованими як цінні папери, що передаються, криптоактиви повинні:

a. бути оборотними на ринках капіталу;
b. бути стандартизованими; і
c. включати права, що надаються власнику «традиційними» акціями, облігаціями або іншими подібними контрактами.[358]

358 Характеристики є тими, які описані у визначенні цінних паперів, що перебувають в обігу згідно зі статтею 1, параграф 1 bis Зведеного фінансового закону, який передбачає, що цінні папери, які перебувають в обігу – це категорії цінних паперів, якими можна торгувати на ринках капіталу, такі як:
a) акції компаній та інші назви, еквівалентні акціям компаній, товариств чи інших осіб, а також депозитні розписки на акції;
b) облігації та інші боргові зобов'язання, включаючи депозитні розписки на зазначені акції;
c) будь-які інші цінні папери, що перебувають в обігу, які дозволяють купувати або продавати цінні папери, що перебувають в оібгу, зазначені в пунктах a) та b), або які передбачають розрахунки спот, що визначаються на основі цінних паперів, що перебувають в обігу, іноземної валюти, процентних ставок або ставок прибутковості, товарів або інших індексів чи вимірів.
Щодо цієї думки див. «If You Can: What Are You? Альтернативний підхід до кваліфікації токенів та первинних пропозицій монет», у Bocconi Legal Studies Research Paper No. 2636561, 2019; та Boreiko, D, Ferrarini, G, Giudici, P, «Blockchain Startups and Prospectus Regulation», в European Business Organization Law Review, 20, 2019.

Це відповідає заяві CONSOB у його фінальному звіті від січня 2020 року.[359] У цьому документі CONSOB зазначив, що італійське визначення фінансових інструментів не може бути змінено для включення криптоактивів, оскільки це визначення дано на рівні ЄС у рамках MiFID II. Тим не менш, CONSOB також зазначив, що критерії тлумачення для застосування необхідної відмінності можуть бути знайдені в європейському законодавстві, де кодифікований каталог категорій фінансових інструментів, який дає змогу з допомогою судження сумісності визначити гіпотезу, в якій характеристики криптоактивів (а також пов›язаних з ними операцій) ведуть нас до розгляду наявності елементів строгої аналогії щодо тих, що зазвичай характеризують категорії фінансових інструментів, перерахованих у європейському законодавстві.[360]

Відповідно до класифікації криптоактивів, наведеної вище, інвестиційні токени зазвичай мають зазначені характеристики і тому можуть підпадати під визначення цінного паперу, що передається. На відміну від них, це не відноситься до криптовалют і токенів корисності.

Тим не менш, завжди потрібен аналіз кожного конкретного випадку (або принаймні це найкращий підхід). Дійсно, в тій мірі, якою токени корисності можуть також наділяти своїх власників правами управління (наприклад, правом голосу з питань управління підприємствами, які очолюють проєкт), такі токени також можуть вважатися фінансовими інструментами, якщо вони функціонують аналогічно до традиційних акцій компанії.

iii. ВИЗНАЧЕННЯ КРИПТОАКТИВІВ ЯК ФІНАНСОВИХ ПРОДУКТІВ

Якщо криптоактиви не відповідають визначенню фінансового інструменту, необхідно перевірити, чи підпадає він під визначення фінансового продукту, перш ніж виключити застосування законів про цінні папери та інвестиції. У зв›язку з цим Верховний касаційний суд у рішенні № 26807 від 2020 року роз›яснив, що пропозиція криптоактивів може вважатися пропозицією фінансових продуктів, що підпадає під дію статті 1, пункт 1, літера (u) Зведеного фінансового закону, якщо вона супроводжується обіцянкою або очікуванням фінансового прибутку .

Точніше, як зазначають правознавці, визначення фінансових продуктів за італійським законодавством є «відкритим» визначенням. Справді, поняття «фінансового характеру» не визначено. Щоб допомогти визначити це поняття і, отже, прояснити тлумачення поняття «обіцянка фінансового прибутку», варто звернутися до рішення Верховного касаційного суду №2736 від 2013 року.

359 CONSOB, Остаточний звіт про первинні пропозиції монет і обмін криптоактивами, 2 січня 2020 р., стор. 1-2. Електронний ресурс: https://bit.ly/3MTeGxh

360 CONSOB, Остаточний звіт про первинні пропозиції монет і обмін криптоактивами, 2 січня 2020 р., стор. 2. Електронний ресурс: https://bit.ly/3MTeGxh

У цьому рішенні суд вказав таке:

Угода має фінансовий характер, якщо причина укладання угоди – а не просто мотив, що стоїть за ним (що не має значення для цілей регулювання) – полягає саме в інвестуванні капіталу (зобов›язання вкласти гроші) задля збільшення інвестованої суми, причому інвестор надає гроші тільки в якості свого вкладу.[361]

Фінансові продукти можна визначити як угоди, сторони яких переслідують інвестиційні цілі, відповідно до яких абонент (тобто клієнт) надає постачальнику кошти або інші активи, а з іншого боку постачальник отримує та використовує ці активи для здійснення всіх видів діяльності, передбачених контрактом, обіцяючи клієнту, що він отримає фінансовий прибуток, який зрештою буде отримано в результаті здійснення цієї діяльності.

Інакше кажучи, фінансова природа фінансових товарів у тому, що клієнт очікує збільшення вкладеного капіталу з допомогою доходів, одержуваних зрештою від діяльності, здійснюваної постачальником послуг; це очікування не є просто внутрішньою причиною для інвестування, а створюється у клієнтів конкретними обіцянками постачальника послуг.

У світлі сказаного вище, щоб кваліфікувати криптоактиви як фінансовий продукт, необхідний аналіз кожного конкретного випадку. Наприклад,токени корисності або криптовалюти, які пропонуються публіці та супроводжуються обіцянками фінансового прибутку, можуть бути фінансовими продуктами.

iv. ЗОБОВ›ЯЗАННЯ ЗА ІТАЛІЙСЬКИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ ПРО ЦІННІ ПАПЕРИ ТА ІНВЕСТИЦІЇ

У цьому контексті організації, які пропонують токени, що кваліфікуються як фінансові інструменти або фінансові продукти, зобов›язані подати до CONSOB (і у всі інші відповідні наглядові органи ЄС) запит на дозвіл публікації проспекту емісії таких токенів відповідно до статті 94 та наступних статей Зведеного фінансового закону, що реалізує статтю 3 Регламенту ЄС 1129/2017.

Однак ця вимога не застосовується за умови, якщо:

a. загальна вартість капіталу, залученого внаслідок розміщення токенів, становить менше 8 млн. євро за 12-місячний період;
b. токени пропонуються лише кваліфікованим інвесторам; або
c. мінімальний розмір інвестицій одного інвестора становить щонайменше 100 000 євро.

361 Крім того, вищезгаданий принцип був підтверджений CONSOB у своєму документі для обговорення ICO у березні 2019 року, де він пояснив, що: «так звані інвестиції фінансового характеру, частина категорії фінансового продукту, складаються з інвестиційних схем, що включають три наступні елементи: (i) інвестування капіталу; (ii) обіцянка/очікування фінансового доходу; і (iii) прийняття ризику, безпосередньо пов'язаного з інвестуванням капіталу.»

І навпаки, якщо криптоактиви не відповідають жодному з цих критеріїв звільнення (тим самим класифікуючись як фінансові продукти), їхній емітент має подати до CONSOB запит на дозвіл опублікувати проспект емісії відповідно до статей 94 та 94 bis Зведеного фінансового закону. Запит на отримання дозволу має включати проєкт проспекту.

Крім інформації, зазначеної у застосовному нормативному акті, проспект має містити:

у легко аналізованій та зрозумілій формі всю інформацію, яка, залежно від характеристик фінансових продуктів та емітента, необхідна інвесторам для обґрунтованої оцінки активів та зобов›язань, прибутків та збитків, фінансового стану та перспектив емітента та будь-яких його гарантів, а також відповідних прав, причин випуску та відповідного впливу на емітента. Проспект емісії також має містити анотацію про цінні папери, де коротко викладається ключова інформація на нетехнічній мові. Формат та зміст анотації про цінні папери разом із проспектом емісії надають належну інформацію про основні характеристики фінансових продуктів, щоб допомогти інвесторам вирішити, чи варто вкладати кошти в такі продукти.[362]

І навпаки, якщо криптоактиви не відповідають жодному з цих критеріїв для виключення (тим самим кваліфікуючись як фінансові продукти), їхній емітент зобов›язаний подати до CONSOB запит на дозвіл публікації проспекту відповідно до статей 94 та 94 bis Зведеного фінансового закону.[363] CONSOB затвердить та дозволить публікацію проспекту не більше ніж через 20 днів, за умови, що він отримав повний запит. Якщо запит неповний або необхідно включити будь-яку додаткову інформацію чи роз'яснення, CONSOB може попросити емітента включити будь-які відповідні доповнення чи роз›яснення, які він визнає за необхідне.[364] Затвердження проспекту діє протягом 12 місяців.

Емітент або оферент має попросити CONSOB затвердити доповнення до раніше затвердженого проспекту, якщо відбулися будь-які зміни в будь-якій інформації, представленій у первинному проспекті, а період розміщення ще не минув.[365]

362 Стаття 94 bis, параграф 1, Зведений фінансовий закон.

363 Стаття 94 bis, параграф 2 Консолідованого фінансового акту та стаття 5 Положення про CONSOB від 14 травня 1999 р. № 11971 (Положення про емітентів)

364 Згідно зі статтею 8 Положення про емітентів CONSOB, у такому випадку 20-денний термін схвалення припиняється і починається з моменту отримання CONSOB інформації, яку він запитав від емітента (або оферента, якщо це необхідно). Якщо запит на схвалення неповний, емітент або оферент повинен виконати запит CONSOB протягом 10 днів з моменту запиту; навпаки, якщо CONSOB вимагає включення додаткової інформації або роз'яснень, емітент або оферент повинні виконати протягом 20 днів з моменту запиту.

365 Стаття 94 bis, параграф 4 Зведеного фінансового закону.

III. БАНКІВСЬКІ ТА ГРОШОВІ ПЕРЕКАЗИ

Наразі італійський законодавець не видав жодних спеціальних положень щодо банківських операцій або профілів електронних грошей.

Аналогічно кваліфікації криптоактивів як фінансових інструментів або фінансових продуктів, необхідно застосовувати індивідуальний підхід для перевірки того, чи криптоактив підпадає під визначення електронних грошей, передбачене статтею 1, параграф 2, літера (h) ter Законодавчого декрету № 385 від 1 вересня 1993 року (Зведений банківський закон Італії), що реалізує Директиву 2009/110/ЕС.

Відповідно до статті 1, параграф 2, літера (h) ter Зведеного банківського закону Італії, електронні гроші «означають грошову вартість, що зберігається електронно, у тому числі магнітно, представлену у вигляді вимоги до емітенту, яка видається при отриманні коштів для здійснення платіжних операцій», при цьому платіжні операції визначаються згідно зі статтею 1, параграф 1, літера (c), Законодавчим декретом No. 11 як «дія, ініційована платником або від його імені або одержувачем, щодо розміщення, переведення або зняття коштів, незалежно від будь-яких зобов›язань між платником і одержувачем», а кошти визначені у статті 1, пункт 1, літера (m), Законодавчого декрету № 11 як «банкноти та монети, письмові гроші або електронні гроші».

Відповідно до розглянутих ухвал, досить малоймовірно, що криптодіяльність і, зокрема, «традиційні» криптовалюти (такі як біткоїн), потраплять під визначення електронних грошей.

Дійсно, згідно зі Зведеним банківським законом та Законодавчим декретом № 11 від 27 січня 2010 року (Законодавчий декрет № 11/2010) (що імплементує Директиву (ЄС) 2015/2366[366]), криптоактиви та криптовалюти не можуть кваліфікуватися як грошові кошти. Тому операції з криптовалютами або іншими порівнянними криптоактивами можуть не кваліфікуватись як платіжні операції.

Однак для деяких стейблкоїнів це може бути не так.

Якщо конкретний стейблкоїн випускається за депонування фіатних грошей, і клієнт зберігає право викупити депоновані кошти, повернувши отримані стейблкоїни, їхній випуск може вважатися випуском електронних грошей.

Більш докладно, на думку Європейського банківського управління, щоб бути кваліфікованим як електронні гроші, конкретний криптоактив має:

a. бути зареєстровано в електронному вигляді;
b. мати грошову вартість;

366 Директива (ЄС) 2015/2366 Європейського Парламенту та Ради від 25 листопада 2015 року про платіжні послуги на внутрішньому ринку. Електронний ресурс: https://bit.ly/3ssxw6e

c. являти собою вимогу до емітенту;
d. випускатися при отриманні емітентом відповідних коштів,
e. випускатися з метою надання клієнту можливості здійснювати платіжні операції; і
f. бути загальноприйнятими контрагентами відповідних угод[367].

Як наслідок, емітенти стейблкоїнів, які кваліфікуються як електронні гроші, мають подати запит на отримання дозволу Банку Італії як установи електронних грошей. Недотримання цієї вимоги, серед іншого, є кримінальним злочином відповідно до статті 131 bis Зведеного закону про банківську діяльність.

Отже, випуск фіатних стейблкоїнів може вважатися випуском електронних грошей.

З іншого боку, не забезпечені фіатом стейблкоїни, такі як криптозабезпечені[368] та алгоритмічні стейблкоїни[369], не мають підпадати під визначення електронних грошей, надане у Зведеному законі про банківську діяльність.

Зокрема, хоча очевидно, що алгоритмічні стейблкоїни не можуть вважатися електронними грошима, деякі сумніви можуть виникнути у зв›язку з криптозабезпеченими стейблкоїнами, які випускаються в обмін на інші криптоактиви.[370] Проте є малоймовірним, що ці криптоактиви можуть вважатися електронними грошима тією мірою, якою депоновані криптоактиви не мають призводити до визначення коштів, передбачене Законодавчим декретом № 11/2010.

Крім того, ще одним аспектом на користь виключення криптовалют, забезпечених стейблкоїнами, зі сфери дії визначення електронних грошей є складність визначення емітента, який повинен дотримуватись положення, встановленого застосовним законодавством, враховуючи, що їхня емісія в більшості випадків управляється децентралізованою автономною організацією (як у випадку DAI, стейблкоїна, випущеного MakerDAO) або комп›ютерним протоколом у формі смартконтракту (як у випадку VAI, стейблкоїна, випущеного Venus).

Крім того, ще одним аспектом на користь виключення криптовалют, забезпечених стейблкоїнами, зі сфери дії визначення електронних грошей є складність визначення емітента, який повинен дотримуватись положення, встановленого засто-

367 Європейська банківська організація, Звіт з порадами для Європейської комісії щодо криптоактивів¸ 9 січня 2019 р., стор. 12–13. Електронний ресурс: https://bit.ly/3sVvL1G

368 Криптозаставні стейблкоїни – це стейблкоїни, вартість яких визначається вартістю кількох криптоактивів, що депонуються та використовуються як застава для вирішення їх «майнингу». Коефіцієнт застави визначається їх смартконтрактом.

369 Алгоритмічні стейблкоіни — це криптоактиви без основного забезпечення, випуск яких регулюється смартконтрактом, який розроблено для підтримки їхньої вартості на постійному рівні або прив'язаний до певної фіатної валюти.

370 Дійсно, алгоритмічні стейблкоіни зазвичай не випускаються в обмін на фіатні гроші від клієнтів і не є претензією до емітента про відшкодування придбаної вартості.

совним законодавством, враховуючи, що їхня емісія в більшості випадків управляється децентралізованою автономною організацією (як у випадку DAI, стейблкоїна, випущеного MakerDAO) або комп›ютерним протоколом у формі смартконтракту (як у випадку VAI, стейблкоїна, випущеного Venus).

IV. ПРОТИДІЯ ВІДМИВАННЮ КОШТІВ

Хоча криптоактиви не мають спеціального нормативного статусу в Італії, як було зазначено у попередніх розділах, єдиними італійськими законами та нормативними актами, що містять визначення, що застосовується до них, є закони та нормативні акти, що стосуються протидії відмиванню коштів. Стаття 1, параграф 2, літера (qq) Законодавчого декрету № 231/2007, що реалізує, зокрема, П›яту директиву щодо ПВК/ФТ (також відому як Регламент про ПВК/ФТ) містить визначення віртуальної валюти[371]. Змінюючи визначення, дане в П'ятій директиві щодо ПВК/ФТ (після її введення в дію), віртуальні валюти визначаються у Регламенті щодо ПВК/ФТ як «цифрове вираження вартості, яке: не випущене або не гарантоване центральним банком або державним органом, не обов'язково прив'язане до законно встановленої валюти, прийнятої як засіб обміну для купівлі товарів та послуг або для інвестиційних цілей; і яке можна передавати, зберігати та торгувати в електронному вигляді.[372]

Введення цього визначення передбачає, що пропозиція послуг, пов›язаних з використанням криптоактивів, підпадає під визначення «надання послуг, пов›язаних з використанням криптовалют» відповідно до статті 1, параграф 2, літера (ff) Регламенту про ПВК/ФТ.

Цей же регламент також регулює пропозицію діяльності зі зберігання криптовалют через запровадження визначення компаній, що «надають послуги зберігача гаманця» відповідно до статті 1, параграф 2, літера (ff) bis Регламенту про ПВК/ФТ.

Компетентні органи Італії розглядають можливість запровадження дозволів або ліцензійних вимог для надання таких послуг, як зазначені вище, проте остаточних пропозицій поки що не висунуто. Це також пов›язано з тим, що паралельну ініціативу було розглянуто на рівні ЄС (пропоноване регулювання ринків криптоактивів, відоме як MiCA).

371 Директива (ЄС) 2018/843 від 30 травня 2018 року, яка змінює Директиву (ЄС) 2015/849 про запобігання використанню фінансової системи з метою відмивання грошей або фінансування тероризму (П'ята директива щодо боротьби з відмиванням грошей). Електронний ресурс: https://bit.ly/3rau7Hy

372 Дійсно, П'ята директива щодо боротьби з відмиванням грошей визначає віртуальні валюти як «цифрове представлення вартості, яке не випускається чи не гарантується центральним банком чи державним органом, не обов'язково прив'язане до законно встановленої валюти та не має правового статусу валюти або грошей, але приймається фізичними або юридичними особами як засіб обміну і який можна передавати, зберігати та торгувати в електронному вигляді».

Це означає, що надання послуг, пов›язаних з криптоактивами, вимагає реєстрації тільки відповідно до процедур, передбачених Регламентом про ПВК/ФТ, що буде викладено у регламенті, який має бути виданий Міністерством економіки та фінансів Італії (MEF). (Оскільки регламент ще не виданий, вимоги до реєстрації поки не застосовуються).

Зокрема, згідно зі статтею 17 bis Законодавчого декрету від 13 серпня 2010 року № 141 (про кредитно-брокерські послуги, згадані в Регламенті про ПВК/ФТ, відомі як Правила кредитного брокера), для надання послуг, пов›язаних з використанням криптовалют (як брокерських послуг), компанія має створити зареєстрований чи адміністративний офіс або постійне представництво в Італії, а також зареєструватися у спеціальному розділі Реєстру постачальників валютних послуг, який веде Асоціація кредитних агентів та кредитних брокерів, відповідно до процедур, встановлених у правилах, які будуть видані MEF.

Проєкт вищезгаданого регламенту було опубліковано ще у 2018 році, проте остаточний варіант досі не оприлюднений. У зв›язку з цим немає можливості надати остаточні деталі процедури реєстрації, включаючи терміни, винятки для паспортизованої діяльності та підтверджувальні документи.

Важливо наголосити, що у статті 17 bis Правил кредитного брокера зазначено, що вищезазначене повідомлення є «істотною умовою для законного провадження діяльності». Однак, з огляду на неможливість дотримання регламенту, який буде виданий MEF, можна стверджувати, що відповідна діяльність може здійснюватися компанією, яка дотримуватиметься регламенту, як тільки він буде опублікований. Саме такого підходу дотримуються деякі компанії на сьогодні.

V. РЕГУЛЮВАННЯ БІРЖ

Крім застосування Регламенту про ПВК/ФТ, італійське законодавство не передбачає спеціального режиму для бірж або інших постачальників послуг криптоактивів (наприклад, постачальників послуг гаманців). Це означає, що на біржі криптоактивів поширюються правила, що застосовуються до регульованих ринків, багатосторонніх торгових майданчиків (MTFs) або організованих торгових майданчиків (OTFs), залежно від бізнес-моделі, прийнятої біржею, та типу криптоактивів, що торгуються на ній.

Щодо бізнес-моделі, прийнятої на біржі, то насамперед необхідно пояснити, що нещодавній розвиток децентралізованих фінансів призвів до появи нових протоколів, які потенційно можуть зробити революцію у багатьох галузях традиційної фінансової екосистеми. За останні два роки ми стали свідками насамперед значного поширення децентралізованих бірж (DEXs), що функціонують як автоматизо-

вані маркет-мейкери (AMMs). AMMs – це комп›ютерні протоколи, які дозволяють користувачам торгувати криптоактивами без дозволу та децентралізовано, без необхідності участі центральної організації, яка виступає у ролі маркет-мейкера. Відсутність центрального суб›єкта забезпечується внаслідок спрямування ліквідності, що надається користувачами відповідно до певних математичних формул, до пулів криптоактивів, а не до традиційної книги ордерів.

Децентралізована природа DEXs перешкоджає застосуванню традиційних правил регульованих ринків, MTFs або OTFs. Однак це не означає, що в майбутньому для їхнього регулювання будуть прийняті спеціальні нормативні акти. Незважаючи на їхню відмінність від централізованих бізнес-моделей, на думку CONSOB, невирішені та децентралізовані бізнес-моделі не мають бути виключені з запропонованого регулювання, оскільки це «суперечило б розвитку ринку»[373].

Якщо біржі, дотримуючись різних торгових моделей (що називаються багатосторонніми системами), працюють із криптоактивами, які кваліфікуються як фінансові інструменти, вони підпадають під правовий режим, встановлений Зведеним фінансовим законом[374]. Як наслідок, коли біржі працюють як регульовані ринки (RMs), вони підпадають під дію статей 64 quater та 65 Зведеного фінансового закону[375]; коли вони працюють як MTFs, вони регулюються статтями 65 bis та 65 ter Зведеного фінансового закону; коли вони працюють як OTFs, вони регулюються статтями 65 quater і 65 quinquies Зведеного фінансового закону.[376] Нарешті, в разі, коли біржі працюють як систематичні інтерналізатори, застосовується стаття 71 FLCA.

Незважаючи на свій децентралізований характер, криптобіржа, яка працює з фінансовими криптоактивами, може вважатися RMs, MTFs або OTFs, і в цьому випадку вона має керуватися оператором ринку (MTFs та OTFs можуть також керуватися інвестиційними компаніями), який, зі свого боку, зобов'язаний мати дозвіл CONSOB і має відповідати вимогам, викладеним у статті 64 Зведеного фінансового закону.

373 CONSOB, Остаточний звіт про первинні пропозиції монет і обмін криптоактивами, 2 січня 2020 р., стор. 11. Електронний ресурс: https://bit.ly/3MTeGxh

374 Див. Розділ II.ii про цінні папери та інвестиційне законодавство для опису криптоактивів, які кваліфікуються як фінансові інструменти.

375 Відповідно до статті 1, параграф 1, буква (w) ter Консолідованого фінансового закону, регульований ринок визначається як: «багатостороння система, що керується та/або управляється оператором ринку, яка об'єднує або сприяє об'єднанню кількох інтересів третіх сторін, які купують та продають фінансові інструменти – у системі та відповідно до її недискреційних правил – у певний спосіб що призводить до укладення контракту щодо фінансових інструментів, допущених до торгівлі згідно з його правилами та/або системами, і який уповноважений і функціонує регулярно та відповідно до частини III [Зведеного фінансового закону]»

376 Відповідно до пункту 5 статті 1, букв (a) і (b) Зведеного фінансового закону: (1) «багатостороння торгова система» визначається як: «багатостороння система, що керується інвестиційною фірмою або оператором ринку, яка об'єднує багато інтересів третіх сторін щодо купівлі та продажу фінансових інструментів – у системі та відповідно до недискреційних правил – таким чином, що призводить до укладення контракту відповідно до частин II і III [Зведеного фінансового закону] і (2) «організована торгова установа» визначається як: «багатостороння система, яка не є регульованим ринком чи MTF, і в якій численні сторонні купівлі та продажі облігацій, структурованих фінансових продуктів, дозволів на емісію або похідних інструментів можуть взаємодіяти в системі таким чином, що призводить до укладення контракту відповідно до частин II і III [Зведеного фінансового закону]»

Якщо біржі працюють з нефінансовими криптоактивами, то наразі в Італії не існує законодавчої бази, яка б це регулювала.[377] Однак у своєму документі для обговорення ICO від березня 2019 року CONSOB надав деякі рекомендації та пропозиції щодо регулювання цих видів бірж без будь-яких заходів, вжитих законодавцем.

Зокрема, рамки, передбачені CONSOB, є механізмом opt-in, і системи торгівлі криптоактивами, які мають намір потрапити під пропоноване CONSOB регулювання, мають відповідати певним вимогам. По-перше, криптоактиви, що обмінюються, повинні бути запропоновані через одну або кілька спеціалізованих платформ для пропозиції криптоактивів, які відповідають вимогам, викладеним CONSOB у його дискусійному документі з ICO. Крім того, оператор системи торгівлі криптоактивами має зареєструвати систему у реєстрі, який веде CONSOB.

Щодо вимог до системи оператора, оператор має прийняти набір прозорих та недискримінаційних правил та процедур для торгівлі, вибору криптоактивів та визначення того, хто може отримати доступ до системи.

Крім того, оператор системи має переконатися в тому, що інформація про криптоактиви, що надається емітентами та доступна інвесторам, є актуальною та повною; має встановити ефективні процедури ідентифікації та управління ризиками; має бути здатний сприяти бездоганному розрахунку угод та мати організаційні та операційні гарантії, такі як безперервність роботи та безпека IT; операторам системи необхідно встановити процедури управління конфліктами інтересів та мати відповідні правила та процедури для інвестування фінансових ресурсів та зберігання криптовалют та криптоактивів.

CONSOB уточнює, що до типу системних операторів, які можуть подати запит на реєстрацію, належать оператори торгових майданчиків, менеджери краудфандингових порталів, спрямованих на фінансування малих та середніх підприємств, соціальних підприємств та менеджери платформ з розміщення криптоактивів.

Що стосується постачальників послуг, не пов›язаних із біржами, то наразі в Італії не існує законодавчої бази, і CONSOB у своєму документі для обговорення ICO не виклав жодних запропонованих положень.

377 Це типи активів, крім фінансових інструментів, зазначених у статті 1, параграф 2 Консолідованого фінансового закону, та інвестиційні продукти, зазначені в параграфі 1, буква (w) bis.1, (w) bis.2 і (w)) bis.3 Консолідованого фінансового закону, що складається з цифрового представлення прав, пов'язаних з інвестиціями в бізнес-проєкти, що видаються, зберігаються та передаються з допомогою технологій на основі розподіленого реєстру, а також продаються або призначені для торгівлі в одній або кількох торгових центрах платформи, як підкреслив CONSOB у своєму остаточному звіті за січень 2020 року.

VI. РЕГУЛЮВАННЯ МАЙНЕРІВ

Майнери криптовалют в Італії не підпадають під особливий режим регулювання. Крім того, особливий характер майнингової діяльності не підпадає під будь-яке інше регулювання.

VII. РЕГУЛЮВАННЯ ЕМІТЕНТІВ ТА СПОНСОРІВ

Правова база, застосовна до емітентів, залежить від криптоактивів, що випускаються. Якщо емісія стосується криптоактивів, які кваліфікуються як фінансові інструменти (наприклад, інвестиційні токени та, в деяких випадках, токени корисності), може застосовуватися стаття 94 та наступні статті Зведеного фінансового закону.

На відміну від цього, коли емісія стосується криптоактивів, які не мають фінансового характеру (тобто активів, що не є фінансовими інструментами чи фінансовими продуктами), жодних спеціальних норм не застосовується.

На сьогодні CONSOB запропонував запровадити спеціальний режим лише у своєму документі для обговорення ICO у березні 2019 року.[378] Згідно з цими правилами, які ще не набрали чинності, емітенти нефінансових криптоактивів будуть звільнені від правил, встановлених у Зведеному фінансовому законі, а також може застосовуватись режим «opt-in».

Згідно з запропонованим CONSOB режимом, емітентами можуть бути компанії, фізичні особи або мережі розробників комп›ютерних протоколів. Якщо емітент створюється як корпоративна структура, він організовує інструменти адміністрування та контролю управління та публікує бухгалтерську звітність, яка потім піддається аудиту відповідно до статті 2409 bis Цивільного кодексу. І навпаки, якби емітентом була фізична особа чи мережа розробників, то на неї не поширювалися б ці положення.

Щоб захистити інтереси інвесторів, CONSOB виходить з того, що не потрібно пред›являти жорсткі організаційні вимоги або вимоги до капіталу, а необхідно наголосити на важливості вимог до прозорості. Наслідуючи цей підхід, CONSOB сформулював список мінімальних вимог, яким мають відповідати емітенти. Емітенти зобов›язані щорічно публікувати та оновлювати документ, що містить інформацію про транзакції, загальну інформацію про криптоактиви, таку як їх кількість та оцінка, а також про біржову платформу, обрану для початку торгів. Емітенти також мають оновлювати цей первинний документ, якщо відбуваються виняткові події, які можуть змінити пропозицію.

378 Стверджується, що впровадження запропонованого режиму було уповільнено пропозицією ЄС щодо Положення про ринки криптоактивів (MiCA).

Крім того, згідно з цією концепцією, має існувати механізм непрямого контролю, при якому менеджери платформ з розміщення криптоактивів можуть встановлювати додаткові вимоги до емітентів, необхідні інвесторам для оцінки інвестицій, а також стежити за тим, щоб емітенти виконували свої зобов›язання.

Тим не менше, при реалізації вищезгаданих вимог необхідно враховувати принцип пропорційності (тобто масштабність випуску токенів).

VIII. КРИМІНАЛЬНЕ ТА ЦИВІЛЬНЕ ШАХРАЙСТВО І ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

На сьогодні основні кримінальні або цивільні дії щодо криптоактивів стосувалися того, як послуги криптоактивів пропонувалися громадськості. Як зазначалося вище, пропозиція та розповсюдження криптоактивів відповідно до італійського законодавства досі не регулюється. Це означає, що емітент може вільно публічно поширювати ці криптоактиви й має лише дотримуватись вимог ПВК/ФТ.

Однак ми також бачили, що спосіб, яким криптоактиви пропонуються ринку, може змінити їхню природу. Нефінансовий криптоактив (наприклад, криптовалюта, така як Bitcoin) може стати фінансовим продуктом і, отже, мати фінансову природу.

Згідно з наведеним вище визначенням фінансового продукту, діяльність з поширення нефінансових криптоактивів разом із обіцянкою конкретних фінансових доходів є пропозицією фінансового продукту. Така пропозиція є кримінальним злочином відповідно до статті 166, пункт 1, літера (c) Зведеного фінансового закону.

У цьому контексті варто згадати рішення Верховного касаційного суду з кримінального права № 26807 від 2020 року, яке стосувалося публічного продажу Bitcoin через вебсайт. Незважаючи на те, що Bitcoin не має фінансової природи, у своєму рішенні Верховний суд ухвалив, що мало місце порушення статті 166, пункт 1, літера (c) Зведеного фінансового закону про зловживання фінансовою діяльністю (що карається позбавленням волі на строк від одного до восьми) років та штрафом у розмірі від 4 000 до 10 000 євро).

Причиною такого рішення стало те, що Bitcoin публічно пропонувався через рекламу, що обіцяє конкретний прибуток від цієї форми «інвестицій».

IX. ОПОДАТКУВАННЯ

Зважаючи на брак спеціальних правил, італійський фіскальний орган, також у світлі того, що було зазначено Європейським судом у рішенні № C-264/14 від 22 жовтня 2015 року (Skatteverket проти Hedqvist), вирішив прирівняти фіскальний режим криптоактивів до режиму іноземних валют.[379] Такий підхід загалом здається розумним, хоча деякі невизначеності залишаються, оскільки криптовалюти були змушені віднести до певної категорії активів, до якої вони належать лише частково.

i. РЕЖИМ ПОДАТКУ НА ДОХОДИ ДЛЯ ІНДИВІДУАЛЬНИХ ІНВЕСТОРІВ

На сьогодні Італія є однією з найсприятливіших європейських юрисдикцій для дрібних індивідуальних інвесторів у криптовалюті. Справді, приріст капіталу вважається фіскально значущим лише у тому випадку, якщо загальна вартість криптоактивів, якими володіє індивідуальний інвестор, перевищила поріг 51 645,69 євро протягом як мінімум семи послідовних робочих днів протягом календарного року[380].

Крім того, як було роз›яснено фіскальним органом, обмінним курсом, який має розглядатися для оцінки суб›єкта криптодепозитів у певний момент, є курс, наданий станом на 1 січня відповідного року біржею, використаною для придбання криптовалюти, або, якщо це недоступно, на біржі, на якій інвестор здійснив більшість своїх операцій протягом року[381].

Більше того, хоча італійський фіскальний орган не роз›яснив свою позицію з цього питання, загально прийнято, що операції між криптовалютами не мають вважатися фіскально значущими, тому приріст капіталу має бути реалізований лише за зворотного обміну криптовалют на фіатні гроші.

Як і у випадку з іноземними валютами, відповідний приріст капіталу обкладається субституутивним податком за єдиною ставкою 26 відсотків і, отже, не бере участі у визначенні оподатковуваного доходу індивідуальних інвесторів.

Нарешті, треба зазначити, що італійський фіскальний орган заявив, що криптоактиви, придбані під час ICO, також мають розглядатися як іноземна валюта, тому податковий режим, який застосовується до них, має відповідати податковому режиму криптовалют, придбаних з допомогою бірж.

379 Агентство доходів, Постанова 72 / E – 12 вересня 2016 року.

380 Стаття 67, параграф 1 ter, Зведеного закону Італії про податок на прибуток.

381 Податкове агентство, Interpello No 956-39 / 2018 та Interpello 903-47 / 2018.

ii. КОРПОРАТИВНИЙ ПОДАТОК НА ДОХОДИ

З погляду підприємства, дохід, отриманий від операцій із криптоактивами, підлягає оподаткуванню, як і будь-який інший корпоративний дохід. Однак специфічний характер цих активів може спричинити сумніви щодо правил бухгалтерського обліку, що застосовуються для точного складання балансу компанії, що тягне за собою низку потенційних фіскальних наслідків.

iii. РЕЖИМ ПОДАТКУ НА ДОДАНУ ВАРТІСТЬ

Італійський фіскальний орган, посилаючись на рішення Skatteverket проти Hedqvist від 2015 року, підтвердив, що купівля та продаж криптоактивів загалом звільняється від податку на додану вартість (ПДВ)[382].

Проте італійський фіскальний орган підкреслив, що випуск токенів корисності після ICO підпадає під звичайні правила ПДВ[383] за умови, що випущені токени надають їхнім власникам право на певну послугу, яку пропонує емітент, і не виконують функції цифрової валюти або інвестиційного продукту.

X. ПЛАНИ НА МАЙБУТНЄ

На відміну від інших європейських країн, Італія не має повної правової бази для емітентів та посередників криптоактивів. Як зазначено вище, пропозиція CONSOB щодо створення правової бази може бути зупинена запропонованим Європейським регламентом щодо ринків криптоактивів.

Наразі це означає, що Італія може стати потенційним центром для стартапів, пов'язаних з криптоактивами, тому що немає жодного конкретного регулювання, яке могло б заблокувати або утруднити такий розвиток.

Однак так буде лише в тому випадку, якщо брак нормативних положень розглядатиметься інвесторами як можливість, а не як джерело невизначеності (що зазвичай не подобається деяким операторам ринку).

Щоб запобігти невизначеності такого роду, італійський регулятор може врегулювати положення з допомогою «м›якого права», наприклад, конкретних публічних думок відповідних органів про те, як чинні правила застосовуватимуться до послуг криптоактивів.

382 На європейському рівні див. Суд Європейського Союзу, 22 жовтня 2015 р., C-264/14, справа Skatteverket v. David Hedqvist, підтверджена органом влади Італії в Agenzia delle Entrate, резолюція 72/E – 12 вересня 2016 р.

383 Податкове управління, Відповідь No110/2020.

КАЙМАНОВІ ОСТРОВИ

I. ОЗНАЙОМЛЕННЯ З НОРМАТИВНО-ПРАВОВОЮ БАЗОЮ

Завдяки нейтральному податковому режиму, політичній стабільності та поважаному правовому режиму, Кайманові острови є юрисдикцією, яку обирають для створення інвестиційних фондів, які все більше інвестують у віртуальні активи та користуються перевагами інвестиційних можливостей у цьому просторі. Кайманові острови були і залишаються провідним місцем знаходження інвестиційних фондів віртуальних активів у всьому світі.[384] Установи Кайманових островів запустили низку бірж віртуальних активів.

Спеціальна економічна зона Кайманових островів забезпечує спрощений шлях для забезпечення фізичної присутності та найму персоналу на Кайманових островах.

У середині 2020 року уряд Кайманових островів запровадив нову базу регулювання бізнесів із віртуальних активів, відомих як постачальники послуг із віртуальних активів (VASPs). Ця база імплементує рекомендації Групи з розробки фінансових заходів боротьби з відмиванням коштів (FATF) щодо міжнародних стандартів з протидії відмиванню коштів, фінансуванню тероризму та розповсюдженню зброї масового знищення, що застосовуються до VASPs (включно з емісією віртуальних активів, послугами з обміну, передачею та зберіганням, а також фінансовими послугами, пов'язаними з емісією віртуальних активів); надає визначення віртуальним активам та визначає, які віртуальні активи є цінними паперами; дає можливість фондам використовувати віртуальні активи як вираження акціонерного капіталу; визнає торгові біржі з віртуальних активів; і вводить ліцензування. У судовій практиці ще не розглядалися питання, що виникають у просторі віртуальних активів.

384 Згідно з 3-м щорічним звітом PwC щодо криптовалютних хедж-фондів (2021 рік), 34 відсотки інвестиційних фондів віртуальних активів розташовані на Кайманових островах.

i. СТРУКТУРА БІЗНЕСУ З ВІРТУАЛЬНИХ ВАЛЮТ

Немає прямого оподаткування суб'єктів господарювання на Кайманових островах, а структурування здебільшого зумовлено міркуваннями оншорного оподаткування, нормативними вимогами Кайманових островів та потребами самого бізнесу.

Exempted companies[385]

Найпоширенішим типом юридичних осіб, які використовуються VASPs для формування інвестиційних фондів, що інвестують у віртуальні активи, емісію віртуальних активів (широко відому як первинне розміщення монет (ICO) та розміщення інвестиційних токенів) і біржі віртуальних активів на Кайманових островах, є exempted company. Вони ведуть бізнес на підставі заяви установчого підписанта про те, що діяльність компанії буде здійснюватися переважно за межами Кайманових островів.

Exempted company повинна мати мінімум одного акціонера та одного директора. Призначення посадових осіб не є обов'язковим. Немає жодних вимог, аби директори або посадові особи були резидентами Кайманових островів.

Обмежені партнерства

Обмежені партнерства частіше використовуються для формування закритих фондів, які інвестують у віртуальні активи, які можуть інвестувати в емісії неліквідних віртуальних активів, а не в більш поширені віртуальні активи. Закон про обмежені партнерства (ELP Act)[386] регулює створення обмежених партнерств.

ELP Act також містить положення, що стосуються справ обмежених партнерств, оскільки є основним законодавством, яке регулює партнерства в цілому. Обмежене партнерство — це товариство, що складається принаймні з одного генерального партнера (який відповідає за ділові справи товариства) та будь-якої кількості партнерів з обмеженою відповідальністю, зареєстрованих відповідно до ELP Act.

Обмежене партнерство не є окремою юридичною особою. Натомість це набір договірних зобов'язань, що впливають на відносини партнерів між собою, в той час як генеральний партнер наділяється певними повноваженнями та зобов'язаннями щодо бізнесу та активів.

Обмежені партнерства часто розглядаються інакше, ніж компанії в цілях оншорного оподаткування, зазвичай розглядаються як фінансово транспарентні.

385 Юридична особа, яка має окрему правосуб'єктність, здатна виконувати всі функції фізичної особи незалежно від будь-якого питання корпоративної вигоди та має безстрокове правонаступництво.

386 https://bit.ly/3vweSL8

Генеральний партнер утримує активи партнерства в статутному трасті для партнерів і на нього покладена задача з управління бізнесом та справами обмеженого партнерства.

Якщо активів партнерства недостатньо для задоволення вимог кредиторів, генеральний партнер несе відповідальність за заборгованості та зобов'язання, які залишилися непогашеними.

Фондові компанії

Фондова компанія має багато ознак exempted company. Фондова компанія є юридичною особою з обмеженою відповідальністю та самостійною правосуб›єктністю від своїх учасників та директорів, а також інших посадових осіб. Вона може подавати в суд і бути відповідачем, а також володіти майном від свого імені.

Ключова особливість фондової компанії, яка часто робить її привабливим механізмом для емісії віртуальних активів, полягає в тому, що після її реєстрації не потрібна наявність учасників. Це особливо корисна структура для тих проєктів, які в кінцевому підсумку будуть децентралізовані та керовані спільнотою.

Водночас, фондова компанія, на відміну від exempted company, має призначити кваліфіковану особу на позицію секретаря, а саме особу, яка має ліцензію або дозвіл, відповідно до Закону про управління компаніями[387], на надання послуг з управління компанією на Кайманових островах, і цей секретар має вести повний і належний облік своєї діяльності та запитів, зроблених для повідомлення, а також гарантувати, що компанія дотримується вимог Кайманових островів щодо протидії відмиванню коштів, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення, коли підтверджує переказ віртуальних активів.

Трасти

Якщо питання власності та автономії викликають занепокоєння, які можуть бути актуальними, зокрема, для емісії віртуальних активів, їх можна певною мірою вирішити, якщо благодійний фонд Кайманових островів або STAR траст (запроваджений Законом про спеціальні трасти (альтернативний режим)) володіє усіма акціями, які емітувала exempted company.

STAR траст є трастом, який не несе благодійної цілі, і який може зберігати активи для якоїсь спеціальної мети. Довірений власник повинен бути ліцензованим на Кайманових островах.

387 https://bit.ly/3uTEaUF

i. КОРОТКИЙ ВИКЛАД ЗАКОНІВ КАЙМАНОВИХ ОСТРОВІВ, ЯКІ ТРЕБА РОЗГЛЯНУТИ В КОНТЕКСТІ ВІРТУАЛЬНИХ ВАЛЮТ

Під час створення бізнесу з віртуальних валют на Кайманових островах необхідно враховувати такі статутні та регуляторні режими Кайманових островів:

a. Закон про віртуальні активи (та постачальників послуг) (VASPA)[388];
b. Закон про інвестування в цінні папери (SIBA)[389];
c. Закон про взаємні фонди (MFA)[390];
d. Закон про приватні фонди (PFA)[391];
e. Закон про грошові послуги (MSA)[392];
f. Закон про банки та трастові компанії[393];
g. Закон про кошти, одержані злочинним шляхом (PCA)[394], Закон про фінансування розповсюдження зброї масового знищення (Prohibition)[395], Нормативно-правові акти про протидію відмиванню коштів (AML) та чинні керівні настанови, а також Закон про тероризм;
h. Закон про компанії, що котируються на фондових біржах[396];
i. Закон США про податкову звітність щодо закордонних рахунків (FATCA)[397] та Загальний стандарт звітності (CRS)[398] Організації економічного співробітництва та розвитку;
j. режим щодо бенефіціарної власності; та
k. Закон про міжнародне податкове співробітництво (ESA)[399].

II. РЕГУЛЮВАННЯ ПОСТАЧАЛЬНИКІВ ПОСЛУГ З ВІРТУАЛЬНИХ АКТИВІВ

VASPA набув чинності 31 жовтня 2020 року. На момент написання, реєстраційні зобов'язання згідно з VASPA є чинними; проте, режим ліцензування, пісочниці та режим повідомлень для існуючих ліцензованих осіб ще не діють, але очікується, що

388 https://bit.ly/3rBZyM4
389 https://bit.ly/3L1pWGP
390 https://bit.ly/3L8DBvC
391 https://bit.ly/3K8eEzv
392 https://bit.ly/392QE3R
393 https://bit.ly/3rEDJeL
394 https://bit.ly/3vvA1Fk
395 https://bit.ly/382xwSN
396 https://bit.ly/382xVVj
397 https://bit.ly/3OlzGxL
398 https://bit.ly/3Ojf6hx
399 https://bit.ly/3rAzosS

набудуть чинності до кінця 2021 року. Тим часом усі VASPs повинні подати заявку на реєстрацію в Фінансове Управління Кайманових островів (CIMA) і ця заявка має бути прийнятою до того, як вони почнуть здійснювати операції з віртуальними активами, незалежно від того, чи будуть вони отримувати ліцензію згодом чи вже мають її (вже ліцензовані особи повинні повідомити CIMA про послуги з віртуальних активів, які вони пропонують).

i. ВИЗНАЧЕННЯ VASP

VASPA визначає VASP як: юридичну особу на Кайманових островах, яка, в якості своєї ділової діяльності, надає послуги з віртуальних активів на Кайманових островах або з їхньої території, і яка зареєстрована відповідно до VASPA, або є ліцензованою особою, якій надали виключення.

Послуга з віртуальних активів — це емісія віртуальних активів (тобто продаж нещодавно створених віртуальних активів на публічній біржі віртуальних активів (в обмін на фіат чи інші віртуальні активи)) та будь-який із наведених нижче видів діяльності:

a. обмін між віртуальними активами та фіатними валютами чи іншими віртуальними активами;
b. переказ віртуальних активів (що включає й сприяння таким переказам);
c. послуги зберігання (тобто, зберігання та адміністрування віртуальних активів); або
d. участь в та надання фінансових послуг, пов'язаних з випуском або продажом віртуального активу.

VASPA ліцензує та регулює тих, хто займається наданням послуг з віртуальних активів для або від імені третьої сторони. Самі віртуальні активи та ті, хто використовує віртуальні активи або VASPs для власних приватних цілей або в якості принципалів, не підпадають під дію цього Закону.

ii. ВИЗНАЧЕННЯ ВІРТУАЛЬНИХ АКТИВІВ

У VASPA імплементовано визначення FATF щодо віртуального активу – «цифрове представлення вартості, якою можна торгувати, або яку можна переказувати цифровим способом, і може бути використана для оплати чи інвестиційних цілей, але не включає цифрове вираження фіатних валют». Центральними елементами визначення є можливість передавання та обміну, які мають на меті охопити діяльність, а не види активів. Це визначення не включає цифрові вираження фіатних валют, які призначені для охоплення цифрових валют центрального банку, які можуть бути випущені національними центральними банками в майбутньому.

VASPA виключає «токени віртуальних сервісів» з визначення віртуального активу. Токени віртуальних сервісів — це цифрове вираження вартості, яке не підлягає переказу чи обміну, включно з цифровими токенами, єдиною функцією яких є надання доступу до програми чи послуги або надання послуги чи виконання певної функції безпосередньо для свого власника.

iii. ВИМОГИ ЩОДО РЕЄСТРАЦІЇ ТА ЛІЦЕНЗУВАННЯ

Усі VASPs, включно з підприємствами, які діють як VASP на періодичній або обмеженій основі, повинні бути зареєстровані або ліцензовані в CIMA перед здійсненням будь-яких операцій із віртуальними активами (включно з емісією). Якщо VASP є зберігачем віртуальних активів або біржою, перед початком операцій вона має отримати ліцензію CIMA (незалежно від того, чи то відповідно до режиму пісочниці, VASPA або за вже наявною ліцензією, на яку CIMA розповсюджує виключення з VASPA, залежно від обставин). Порушення цієї вимоги є кримінальним правопорушенням, яке може призвести до штрафу або позбавлення волі.

VASP, які вже ліцензовані згідно з будь-яким іншим законодавством, можуть не потребувати окремої реєстрації або ліцензії відповідно до VASPA; однак їм потрібно буде повідомити CIMA про деталі своєї діяльності. CIMA може звільнити від необхідності окремого ліцензування або реєстрації на власний розсуд. Повідомлення до CIMA не потрібне, якщо вже ліцензована особа здійснює діяльність, яка включає лише токени віртуальних послуг.

Інвестиційні фонди, які бажають приймати внески у віртуальних активах або вилучати інвестиції в аналогічній формі, повинні скористатися рекомендаціями щодо визначення того, чи можуть вони або їхні постачальники послуг на Кайманових островах підпадати під законодавчі рамки. Наприклад, якщо інвестиційний менеджер або адміністратор на Кайманових островах володіє та керує гаманцем віртуальних активів від імені інвестиційного фонду, він може здійснювати діяльність зберігача чи переказу віртуальних активів і може потребувати ліцензії або реєстрації відповідно до VASPA. Більшість нетокенізованих інвестиційних фондів, які інвестують у віртуальні активи, навряд чи є VASP. Фонди, що випускають токенізовані частки акцій або договірні права на прибуток фонду, імовірно будуть визнані як VASP, оскільки вони здійснюватимуть емісію віртуальних активів. Розгляд необхідності реєстрації як VASP для інвестиційного фонду є додатковими до зобов'язань фонду, які накладаються відповідно до PFA, MFA та зобов›язань із протидії відмиванню коштів. Усі VASP будуть об›єктами постійних вимог, включно з регуляторними перевірками CIMA, підготовкою фінансових звітів, призначенням відповідальних осіб і отриманням письмового схвалення CIMA для випуску або передачі частки в капіталі, що становить 10 або більше відсотків від загальної частки.

VASPA вимагає, щоби надавачі послуг зберігача віртуальних активів, у рамках своєї заявки на отримання ліцензії, продемонстрували, що вони відповідають стандартам щодо капіталу, розкриття інформації та надійного збереження даних. Біржі віртуальних активів мають відповідати не лише стандартам щодо капіталу та збереження даних, а й стандартам із розкриття інформації, започаткування ділових відносин, нагляду за торгівлею, а також операційним, кліринговим та розрахунковим стандартам. На момент написання, деталі цих стандартів ще не доступні.

iv. РЕГУЛЯТОРНА ПІСОЧНИЦЯ

VASPA запровадив обмежену за часом ліцензію регуляторної пісочниці, доступну як для постачальників послуг з віртуальних активів, так і для фінтех-бізнесів. Перша ліцензія може діяти до одного року та може бути переглянута, коли CIMA вважатиме за необхідне. Гнучка пісочниця в наданні ліцензій дає змогу CIMA накладати обмеження, моніторити угоди, накладати обмеження на пропозицію послуг або конкретні зобов'язання. Вона призначена для VASP, чия діяльність з віртуальними активами не контролюється належним чином чинним регуляторним законодавством або може становити значні ринкові чи системні ризики або ризики у сфері протидії відмиванню коштів (AML) і фінансуванню тероризму. Для фінтех-компаній, пісочниця надання ліцензій може допомогти прискорити прийняття інноваційної технології або каналу доставки, які вони розробили. На момент написання, деталі пісочниці надання ліцензій, відповідність вимогам та умови ще відсутні.

Ті, хто мають ліцензію регуляторної пісочниці повинні дотримуватися принципів пісочниці: чесність, прозорість, справедливе ставлення до клієнтів, захисту даних та активів клієнтів, а також інших принципів, які CIMA може вказати в нормативних актах та опублікувати на своєму вебсайті.

III. ЗАКОНОДАВСТВО ПРО ЦІННІ ПАПЕРИ ТА ІНВЕСТИЦІЇ

i. SIBA

SIBA регулює інвестування в цінні папери на Кайманових островах. Бізнес з інвестицій у цінні папери – це операції з цінними паперами, організація угод із цінними паперами, управління цінними паперами та консультування щодо цінних паперів.

Визначення цінного паперу викладено в SIBA і містить перелік інструментів, які є поширеними на сьогоднішніх фінансових ринках (цінні папери; інструменти, що створюють або визнають заборгованість; інструменти, що дають право на цінні папери; сертифікати, що представляють певні цінні папери; опціони; ф›ючерси та контракти на різницю цін).

Віртуальні активи, які можна продати або обміняти в будь-який час і які представляють собою або можуть бути конвертовані в будь-який з інструментів, перерахованих у SIBA, або є похідними від будь-яких подібних інструментів, самі є цінними паперами. Якщо організація на Кайманових островах емітує цінні папери, вона буде звільнена від будь-якої форми ліцензування відповідно до SIBA, якщо за характером цінного паперу він є часткою в акціонерному капіталі, борговому відсотку, варранті.

Якщо організація на Кайманових островах емітувала або торгувала цифровими активами, які були цінними паперами, вона мала підлягати реєстрації або ліцензуванню відповідно до VASPA.

ii. MFA ТА PFA

MFA надає CIMA повноваження регулювати певні категорії взаємних фондів, що діють на Кайманових островах та з їхньої території. PFA надає CIMA повноваження регулювати певні категорії приватних фондів, що діють на Кайманових островах та з їхньої території.

Щоби бути віднесеним до категорії взаємних фондів відповідно до MFA, фонд має:

a. випускати акції, а не боргові цінні папери чи частки за контрактами: іншими словами, акції, паї обмеженого товариства, частки в ТОВ або трастові паї (тому з цього переліку виключаються емітенти токенів, але частки капіталу фонду можуть бути представлені токенами);
b. бути інструментом колективного інвестування, що здійснює об›єднання коштів інвестора;
c. випускати частки капіталу, які підлягають погашенню або викупу на вибір інвесторів; і
d. бути створеним на Кайманових островах або бути іноземним фондом, який прагне зробити пропозицію чи запрошення громадськості Кайманових островів підписатися на свої пакети акцій.

Взаємні фонди, які є основними фондами, також підпадають під MFA. Щоби бути віднесеним до категорії приватного фонду згідно з PFA, фонд повинен відповідати тим самим вимогам, які перераховані вище, за винятком пункту (c): PFA повинен випускати частки акцій, які не підлягають погашенню або викупу на вибір інвесторів. Усі взаємні та приватні фонди повинні бути зареєстровані в CIMA. Єдині фонди, які не регулюються, а отже, не повинні бути зареєстровані або ліцензовані CIMA, це:

a. у випадку взаємних фондів, ті, які є фондами одного інвестора – вони не є основними фондами і не є взаємними фондами, оскільки немає об’єднання коштів інвестора;

b. у випадку приватних фондів, ті, які є «нефондовими утвореннями», які включають створення спільних венчурних механізмів, пропрієтарних засобів, емісію боргових цінних паперів, а також інструменти фінансування за рахунок акціонерного капіталу; та

c. як для взаємних фондів, так і для приватних фондів, ті фонди, які пройшли лістинг або іншим чином регулюються, які не зареєстровані або не створені на Кайманових островах, і які запрошують громадськість Кайманових островів підписатися на участь у капіталі фонду через особу, яка має ліцензію відповідно до SIBA, за умови, що відповідний фонд або котирується на фондовій біржі, що визнана для цієї мети з боку CIMA, або регулюється в тій категорії та регулятором, які визнані з боку CIMA для цієї мети.

IV. БАНКІВСЬКІ ТА ГРОШОВІ ПЕРЕКАЗИ

i. MSA

MSA регулює діяльність грошово-кредитних компаній на Кайманових островах. Такі підприємства включають діяльність із надання (як основний вид діяльності) послуг із переказу грошей та обміну валют. Застосування цього закону буде залежати від особливостей будь-якої емісії віртуальних активів, обміну віртуальних активів або діяльності у сфері децентралізованих фінансів. Хоча будь-яка конкретна емісія віртуальних активів за своєю природою може належати до компетенції MSA, MSA навряд чи буде застосовуватися до більшості емісій віртуальних активів.

MSA передбачає, що суб'єкт господарювання, який здійснює, серед іншого (як основний вид діяльності), переказ грошей або обмін валют, потребує ліцензії. Поняття обміну валюти законом не визначено; водночас, Кримінальний кодекс визначає грошові знаки як законний платіжний засіб у тій країні, в якій вони емітовані. Якщо грошово-кредитна компанія має намір пропонувати послуги, пов'язані з цифровим вираженням фіатних валют, які не є віртуальними активами згідно з VASPA, вони підлягатимуть регулюванню відповідно до MSA, а не VASPA. Проте, якщо грошово-кредитна компанія також має намір пропонувати послуги довкола віртуальних активів, їй потрібно розглянути питання, чи необхідна реєстрація або надання виключення відповідно до VASPA для здійснення такої діяльності.

ii. ЗАКОН ПРО БАНКИ І ТРАСТОВІ КОМПАНІЇ

Підприємства на Кайманових островах потребують ліцензії для здійснення банківської або трастової діяльності. Банківська діяльність означає «діяльність з отримання (окрім як від банку чи трастової компанії) та утримання на поточних, ощадних, депозитних чи інших подібних рахунках коштів, які підлягають погашенню за

чеком або дорученням і можуть бути інвестовані у вигляді авансів клієнтам або іншим чином». Трастовий бізнес означає «діяльність із виконання функцій довіреної особи, виконавця або адміністратора».

Після запровадження VASPA види діяльності, які раніше мали отримати ліцензію як трастова компанія, відповідно до Закону про банки та трастові компанії, через здійснення діяльності зі зберігання, повинні будуть отримати ліцензію як VASP відповідно до VASPA.

V. ПРОТИДІЯ ВІДМИВАННЮ КОШТІВ

i. PCA

PCA має загальне застосування до всіх установ, які діють на Кайманових островах. Відповідно до PCA, укладання або причетність до домовленості, щодо якої особа знає або підозрює, що вона сприяє (будь-якими засобами) придбанню, утриманню, використанню або контролю за злочинним майном іншою особою або від її імені (широко відоме як відмивання коштів), є правопорушенням. Крім того, PCA передбачає супутні відмиванню коштів злочини, включно з посібництвом, підбурюванням, консультуванням або сприянням відмиванню коштів.

Додаток 6 до PCA передбачає, що певні види діяльності, які вважаються такими, що ведуть відповідний фінансовий бізнес (RFB), також повинні відповідати положенням щодо ПВК. CIMA опублікувала спеціальні настанови щодо застосування Положення з ПВК для VASPs. Послуги з віртуальних активів, що надаються VASPs, відповідно до PCA, включені у визначення RFB разом із послугами з переказу грошових цінностей, і це визначення зокрема включає переказ віртуальних активів. Здійснення діяльності із токенами, які представляють або становлять діяльність з інвестування, адміністрування чи управління коштами або грошима від імені інших осіб, також буде вважатися RFB.

ii. ПОЛОЖЕННЯ З ПВК

Якщо установа здійснює RFB, що означає, що вона підпадає під дію Положення з ПВК, вона зобов'язана імплементувати політику «знай свого клієнта» (KYC) та процедури з ПВК, які відповідають Положенню з ПВК.

Окрім моніторингу ділової активності установи та подальшої інвестиційної діяльності, Положення з ПВК вимагають, щоб установа збирала інформацію щодо належної перевірки клієнта, у тому числі стосовно джерела коштів та інформацію про бенефіціарних власників клієнтів.

Положення з ПВК вимагає, щоб установа, яка здійснює RFB (або її представник, тобто постачальник послуг):

a. призначала уповноважену особу з питань ПВК (AMLCO) на управлінському рівні: роль AMLCO полягає в тому, щоби гарантувати, що установа вживає заходів, визначених у Положенні з ПВК, і контактує, за необхідності, із CIMA;
b. призначала уповноважену особу з питань звітності щодо ПВК (MLRO), який може бути тією ж особою, що і AMLCO, та заступника MLRO: установа повинна підтримувати процедури щодо внутрішнього звітування про підозрілу діяльність до MLRO або заступника MLRO, а MLRO та заступник MLRO відповідальні за звітування до Органу влади з фінансової звітності;
c. підтримувала та дотримувалася процедур ідентифікації та верифікації відповідно до Положення з ПВК: це стосується здійснення процедур належної перевірки клієнтів, які детально описані в Розділі V.iv;
d. запроваджувала ризик-орієнтований підхід до моніторингу фінансової діяльності, включно з виявленням високоризикової діяльності, що вимагає від установи виявляти ризики та імплементувати політики, контролем та процедурами для пом'якшення цих ризиків;
e. забезпечувала ведення відповідних записів та інформації, отриманої для відповідності вимогам з ПВК;
f. підтримувала належні системи для виявлення ризиків щодо осіб, країн і видів діяльності, включаючи перевірку всіх чинних санкційних списків;
g. впроваджувала процедури управління ризиками щодо умов, за яких клієнт може використовувати ділові відносини до проходження верифікації;
h. спостерігала за списком країн, опублікованого будь-яким компетентним органом, які не відповідають або недостатньо відповідають рекомендаціям FATF;
i. імплементувала такі інші процедури внутрішнього контролю, як відповідні, ефективні та незалежні ризик-орієнтовані аудит та комунікаційні функції, які можуть бути доречними для постійного моніторингу ділових відносин; nf
j. проводила навчання працівників щодо ризиків та процедур ВК.

iii. ОЦІНКА РИЗИКУ

Суб'єкт господарювання (або його уповноважений представник) зобов'язаний провести оцінку ризиків відмивання коштів та фінансування тероризму на основі своєї клієнтської бази, країни, в якій клієнти проживають або діють, пропонованих продуктів і послуг та їхні канали постачання, а також визначити відповідний рівень і тип пом›якшення таких ризиків.

Можна стверджувати, що, оскільки більшість бізнесу з використанням віртуальної валюти ведеться в Інтернеті, це надає каналу постачання більш високий ризик відмивання коштів, і тому його треба враховувати при оцінюванні ризику, що проводиться суб›єктом господарювання.

iv. НАЛЕЖНА ПЕРЕВІРКА КЛІЄНТА

Якщо спрощену належну перевірку неможливо застосувати (див. нижче), а клієнт є юридичною особою чи правовим утворенням, процедури ідентифікації та верифікації необхідно застосовувати не лише до самої юридичної особи чи утворення, але й до її/його бенефіціарного власника.

Інформація та документація, які вимагаються відповідно до належної перевірки, залежать від того, чи є клієнт юридичною або фізичною особою. Воджночас, оригінал або засвідчена копія документу, що посвідчує особу (тобто завірена копія паспорта), адреса (тобто завірена копія рахунка за комунальні послуги) та джерело коштів або багатства щодо фізичної особи чи корпоративні документи стосовно юридичних осіб, як правило, необхідні.

Процедури спрощеної належної перевірки

У певних випадках установа, яка здійснює RFB, може покладатися на процедури спрощеної належної перевірки.

Якщо спрощена належна перевірка дозволена, а оплата перераховується з рахунку, відкритого на ім'я клієнта в банку на Кайманових островах або банку, що регулюється в еквівалентній юрисдикції[400], детальна перевірка може не вимагатися (хоча дані, що ідентифікують філію або відділення банку, з якого були перераховані гроші, та перевірка того, що рахунок відкрито на ім'я заявника, а також збереження письмового запису цих даних є необхідним). Проте, перед будь-якою виплатою надходжень необхідно буде провести перевірку особи клієнта.

Якщо спрощену належну перевірку неможливо застосувати, а клієнт є юридичною особою чи правовим утворенням, процедури ідентифікації та верифікації необхідно застосовувати не лише до юридичної особи чи правового утворення, а й до її/його бенефіціарного власника.

Спрощена належна перевірка не може застосовуватися до будь-яких ділових відносин або одноразових операцій, які, як вважається, представляють вищий ризик відмивання коштів або фінансування тероризму з боку установи.

400 Еквівалентна юрисдикція означає юрисдикцію, яка має такі стандарти, які органами влади визнаються як еквівалентні стандартам, встановленим місцевим Законом

Однак, якщо клієнт був оцінений як низькоризиковий, суб'єкту господарювання дозволяється застосовувати спрощену належну перевірку. Будь-яка оцінка низького ризику має відповідати висновкам CIMA або будь-якій оцінці ризику, проведеній Керівною групою з протидії відмиванню коштів на Кайманових островах.

Залежно від обставин, спрощену належну перевірку можна застосувати, коли:

a. клієнт здійснює RFB і зобов'язаний дотримуватися Положення з ПВК, або є дочірньою компанією, що належить до такого бізнесу;
b. клієнт діє в рамках господарської діяльності, щодо якої регуляторний орган виконує регуляторні функції, і який знаходиться в еквівалентній юрисдикції або є дочірньою компанією, що належить такому клієнту;
c. клієнтом є центральна або місцева державна організація, статутний орган чи урядове агентство на Кайманових островах або в еквівалентній юрисдикції;
d. клієнтом є компанія, яка котирується на визнаній фондовій біржі та на яку поширюються вимоги до розкриття інформації, що накладають вимоги щодо забезпечення належної прозорості бенефіціарної власності, або є дочірнім підприємством, що належить подібній компанії;
e. клієнтом є пенсійний фонд професійного об›єднання чи профспілки, або який діє від імені працівників зазначеної вище установи; або
f. заявка подається через посередника, який підпадає під одну з вищенаведених категорій і надається письмова гарантія цього посередника відповідно до Положення з ПВК.

Посилена належна перевірка

Якщо установа оцінила відносини з клієнтом як високоризикові, особи, які здійснюють RFB, повинні застосувати посилену належну перевірку. Посилену належну перевірку також треба застосовувати до політично значущих осіб (членів їхніх сімей та найближчого оточення); а також тоді, коли клієнт або компанія з країни, яка була визначена надійними джерелами як така, що має серйозні недоліки в системі з ПВК/ФТ або має широко поширену корупцію.

Особа, яка здійснює RFB, зобов'язана розробляти та впроваджувати відповідні процедури в тих обставинах, коли необхідна посилена належна перевірка, наприклад, отримання додаткової інформації від клієнтів та її частіше оновлення, посилений моніторинг або запит додаткової інформації щодо джерела походження коштів.

Інформація грошових переказів

Будь-який VASP, який здійснює переказ віртуальних активів отримувачу, повинен збирати, перевіряти та записувати інформацію про кожну транзакцію, таку як ім'я відправника та отримувача, номери рахунків або номери транзакції, адресу відправника та ідентифікаційний номер, виданий державою, або ідентифікаційний номер клієнта, а також дата та місце народження.

Ця інформація повинна бути надана VASP отримувача одночасно з переказом віртуальних активів. VASPs отримувачі повинні виконувати аналогічні зобов'язання.

Для пов›язаних переказів інформація про відправника може супроводжувати пакетний файл, а не кожну поодиноку транзакцію. У пакетному файлі також має бути ім›я/назва особи, номер рахунку або унікальний ідентифікатор отримувача, який можна простежити в країні отримувача.

Як VASP відправник, так і VASP отримувач повинні надати інформацію про операцію компетентному органу, якщо це вимагається в письмовому повідомленні.

v. ШТРАФИ

Будь-яка особа, яка порушує певні норми Положення з ПВК, вчиняє правопорушення і карається штрафом в порядку спрощеного провадження в розмірі до 500 000 доларів Кайманових островів або, в порядку кримінального провадження, засудженням до необмеженого штрафу та позбавлення волі на два роки.

Якщо правопорушення вчинено суб'єктом господарювання за згодою чи потуранням або через недбалість із боку директора, члена ради, партнера, менеджера, секретаря чи іншої подібної посадової особи, ця особа несе відповідальність, як і суб›єкт господарювання.

Крім того, відповідно до поправок до Закону про валютно-фінансове Управління (від 2020 року) та Положення про валютно-фінансове Управління (адміністративні штрафи) від 2019 року, CIMA матиме повноваження накладати адміністративні штрафи за недотримання деяких норм Положення з ПВК та VASPA.

Штрафи відповідно до PCA за злочини, описані в Розділі IV, в порядку спрощеного провадження передбачають штраф у розмірі 15 000 доларів Кайманових островів або ув›язнення на термін до двох років, або й те, й інше; чи, в порядку кримінального провадження, позбавлення волі на строк до 14 років або штраф, або і те, і інше.

vi. ЗАКОН ПРО ТЕРОРИЗМ

Розділ 19 Закону про тероризм (ТА) визначає злочином вимагання, отримання або надання майна з наміром використати його, або за достатніх підстав підозрювати, що воно може бути використане, для тероризму.

Відповідно до Розділу 20 ТА, використання особою майна з метою тероризму або володіння майном із наміром його використання, або за достатніх підстав підозрювати, що воно може бути використане, з метою фінансування терористичних актів, терористів або терористичних організацій, є злочином.

У Розділі 21 ТА зазначено, що правопорушенням є ситуація, якщо особа уклала угоду або займалась укладанням угоди, в результаті якої майно стало доступним іншій особі й відомо, або є достатні підстави підозрювати, що воно буде або може бути використане з метою тероризму.

Відповідно до Розділу 22 ТА, особа вчиняє злочин відмивання коштів, якщо він або вона «укладає угоду, або займається укладанням угоди, яка сприяє утриманню чи контролю іншою особою, або від її імені, терористичного майна через приховування, переміщення з юрисдикції або через передачу номінальним власникам».

VI. РЕГУЛЮВАННЯ БІРЖ

i. ЗАКОН ПРО КОМПАНІЇ, ЩО КОТИРУЮТЬСЯ НА ФОНДОВИХ БІРЖАХ

Закон про компанії, що котируються на фондових біржах, було введено в дію для регулювання традиційних фондових бірж.

Відповідно до Закону про компанії, що котируються на фондових біржах, Фондова біржа Кайманових островів не має єдиного та виключного права керувати ринками цінних паперів на Кайманових островах, які торгують цінними паперами, які є віртуальними активами. Ринок цінних паперів визначається широко і включає пропозицію місця, де (або об'єкта чи механізму, з допомогою яких) цінні папери котируються або регулярно пропонуються для купівлі чи продажу.

Цінні папери визначаються так, аби включати цінні папери всіх характеристик, включно з віртуальними активами, які наділені властивостями цінних паперів. Оскільки в Законі про компанії, що котируються на фондових біржах, немає додаткового визначення цінних паперів, необхідно зробити посилання на список цінних паперів у SIBA. Характеристики кожного пропонованого віртуального активу необхідно враховувати, щоби визначити, чи є він цінним папером. Чи працює фондова біржа на Кайманових островах, потрібно буде визначити на основі діяльності біржі: наприклад, де знаходяться її співробітники та сервери.

ii. PCA

PCA застосовується до всіх платформ для торгівлі віртуальними активами на Кайманових островах, які повинні забезпечити впровадження відповідних політик та процедур для уникнення порушення PCA.

Біржа, що здійснює діяльність, яка вважається RFB, повинна відповідати Положенню з ПВК. Як зазначалося раніше, RFB включає послуги з віртуальних активів.

Вимоги, що застосовуються до компаній, які здійснюють RFB, детально описані в Розділі IV і включають отримання інформації KYC та щодо ПВК як відносно початкових покупців, так і подальших покупців токенів.

iii. MCA

Оскільки віртуальні активи (за дуже рідкісними потенційними винятками) не є законним платіжним засобом у жодній країні, навряд чи обмін віртуальних активів буде вважатися обміном валют, а отже, для здійснення такої діяльності не потрібна ліцензія.

Біржа віртуальних активів, яка дає змогу здійснювати лише обмін віртуального активу на віртуальний актив, навряд чи буде розглядатися як така, що пропонує, в якості основного виду діяльності, послуги з переказу грошей. Водночас, чи буде вважатися біржа віртуальних активів грошово-кредитною компанією, потрібно буде визначати в кожному окремому випадку, залежно від послуг, що пропонуються на платформі.

iv. VASPA

Відповідно до VASPA, біржа віртуальних активів вважається «платформою для торгівлі віртуальними активами» а, отже, сервісом віртуальних активів, якщо вона: (1) є централізованою або децентралізованою цифровою платформою, яка сприяє обміну віртуальних активів на фіатну валюту або інші віртуальні активи від імені третіх осіб за винагороду, комісію, спред чи іншу вигоду; (2) виступає зберігачем або контролює віртуальні активи від імені своїх клієнтів для полегшення обміну; або (3) купує віртуальні активи в продавця, коли операції чи ставки та пропозиції збігаються, щоби продати їх покупцеві.

Для децентралізованих платформ, на яких неможливо ідентифікувати жодну особу чи групу, VAPL вважає оператора платформи, особа або група осіб, які здійснюють контроль, власником організації, під якою працює платформа.

Платформи для торгівлі віртуальними активами повинні мати ліцензію CIMA. CIMA може встановлювати низку умов до ліцензії VASP, зокрема:

a. тип клієнта, якому він може продавати свої послуги;
b. типи віртуальних активів, які можуть або не можуть торгуватися на платформі для торгівлі віртуальними активами;
c. вимоги до лістингу віртуальних активів;
d. чистий капітал і вимоги щодо звітності;
e. розкриття інформації клієнтам щодо операційної прозорості;
f. механізми зберігання та страхування;
g. процес клірингу та розрахунків; та
h. надання фінансування для придбання віртуальних активів.

Ліцензовані VASP, які діють як платформа для торгівлі віртуальними активами, підпадають під прямі та умовні обмеження, зокрема:

a. надання фінансування своїм клієнтам для придбання віртуальних активів, за винятком випадків, коли розкривається інформація щодо умов фінансування та ризиків, торгівлі або маркет-мейкінгу за їхній власний рахунок, якщо це конфліктує з інтересами клієнта, окрім випадків, коли це є життєво важливим для функціонування платформи та розкривається для клієнти;
b. заборона на торгівлю віртуальними активами, які не були об›єктом належної перевірки з боку платформи, обмеження доступу до торгівлі, доки клієнт не розкриє своє розуміння ризиків, пов'язаних із віртуальними активами; та
c. категорична заборона на послуги з обміну фіатних валют на інші фіатні валюти.

Ліцензований VASP, який керує платформою для торгівлі віртуальними активами, повинен звернутися до CIMA для окремого дозволу, перш ніж брати участь у діяльності з інвестування в цінні папери, які стосуються віртуальних активів. Це може включати необхідність отримання окремої ліцензії згідно з SIBA.

Якщо VASP здійснює послуги зберігання, відповідно до діяльності в якості платформи для торгівлі віртуальними активами, це автоматично не вимагає отримання окремої ліцензії для надання такої послуги. Проте, якщо VASP також здійснює послуги зберігання, як відокремлену ділову діяльність, це може вимагати отримання додаткової ліцензії.

VII. РЕГУЛЮВАННЯ ЗБЕРІГАЧІВ ВІРТУАЛЬНИХ АКТИВІВ

Послуга зберігання віртуальних активів – це діяльність зі збереження або адміністрування віртуальних активів чи інструментів, які дають змогу утримувачу здійснювати контроль над віртуальними активами. Це послуга з віртуальними активами, яка підпадає під дію VASPA. Особа, яка надає послуги зі зберігання віртуальних активів на Кайманових островах або з них, повинна мати ліцензію CIMA.

CIMA може встановлювати вимоги для отримання ліцензії на послуги зі зберігання віртуальних активів, що стосуються чистого капіталу; звітності; розкриття клієнтам інформації щодо прозорості операцій, включно з ризиками, пов'язаними з механізмами зберігання; внутрішніх захисних заходів; методів доступу до утримуваних віртуальних активів; механізмів страхування; і збереження активів клієнта, включно з сегрегацію активів, вимогами до страхування та заходами кібербезпеки.

Угода про зберігання має бути укладена між зберігачем віртуальних активів і кожним клієнтом, і повинна містити мінімальні положення щодо обсягу угоди, захисних заходів, комісій та доступу клієнта до активів, що зберігаються. Зберігачі мають звітувати перед клієнтом щодо всіх додаткових доходів, пов'язаних з віртуальними активами, що зберігаються, а також їм заборонено надавати або давати змогу третій стороні надавати забезпечувальні інтереси щодо віртуальних активів, які зберігаються.

VIII. РЕГУЛЮВАННЯ ЕМІТЕНТІВ ТА СПОНСОРІВ

Емісія віртуальних активів — це продаж новостворених віртуальних активів громадськості на Кайманових островах в обмін на фіатну валюту, інші віртуальні активи чи інше вираження вартості. Продаж токенів віртуальних послуг не вважається емісією віртуальних активів. Сама емісія віртуальних активів, разом із участю в та наданням фінансових послуг, пов'язаних із емісією віртуальних активів або продажем віртуального активу, відноситься до послуг з віртуальними активами відповідно до VASPA.

Як VASP, емітенти та відповідні постачальники фінансових послуг повинні зареєструватися в CIMA. Зареєстрована особа не може емітувати віртуальні активи безпосередньо представникам громадськості в кількості, що перевищує поріг, встановлений CIMA. Будь-яка кількість емітованих віртуальних активів, що перевищує порогове значення, або вся емісія віртуального активу, має бути випущена через ліцензовану біржу віртуальних активів на Кайманових островах.

Коли Розділ 12 VASPA набуде чинності, VASP має запитати та отримати дозвіл від CIMA перед будь-якою емісією, незалежно від того чи буде вона відбуватися для громадськості безпосередньо, чи через біржу віртуальних активів. CIMA може встановлювати вимоги до будь-якого дозволу, що пов›язані з: маркетингом; розкриттям суттєвих ризиків, пов›язаних із віртуальним активом; використанням коштів; умовами емісії; інформацією, яку емітент має збирати від громадськості; та вимогами CIMA до звітності, а також строками, які належать до емісії.

Ліцензована біржа віртуальних активів може, якщо це дозволено відповідно до її ліцензії та за умови попереднього дозволу від CIMA, емітувати віртуальні активи від свого імені на пряму громадськості понад встановлене порогове значення. CIMA може встановлювати умови для дозволу, подібні до тих, що встановлюються для безпосередніх емітентів.

IX. ОПОДАТКУВАННЯ

З підприємств на Кайманових островах не стягується жодних податків. Водночас, сторонам, зацікавленим у діяльності з віртуальними активами на Кайманових островах, потрібно буде отримати консультацію з оподаткування у своїй власній юрисдикції. Підприємствам на Кайманових островах потрібно буде розглянути свої зобов'язання щодо звітності (якщо такі є) відповідно до FATCA та CRS, як детально описано нижче.

X. FATCA, МІЖУРЯДОВА УГОДА США ТА КАЙМАНОВИХ ОСТРОВІВ ТА ІМПЛЕМЕНТУЮЧЕ ЗАКОНОДАВСТВО, А ТАКОЖ CRS

FATCA вимагає від іноземних фінансових установ та деяких інших нефінансових іноземних організацій звітувати про іноземні активи, які належать власникам рахунків у США, або підлягати оподаткуванню 30-відсотковим податком на виплати з доходів із джерел США та доходів від продажу майна, яке може спричинити відсотки або дивіденди з джерел у Сполучених Штатах. Кайманові острови уклали міжурядову угоду зі Сполученими Штатами щодо FATCA і прийняли законодавство для імплементації FATCA на Кайманових островах.

CRS є світовим стандартом для автоматичного обміну інформацією про фінансові рахунки щодо власників фінансових рахунків, і вимагає від юрисдикцій, що беруть участь, отримувати та надавати певну інформацію. Кайманові острови є юрисдикцією-учасником CRS.

Юрисдикція прийняла законодавство, що імплементує як FATCA, так і CRS (законодавство про автоматичний обмін інформацією (AEOI), яке накладає зобов'язання щодо звітності на установи Кайманових островів, які вважаються підзвітними фінансовими установами).

Визначення фінансових установ у цілях AEOI включає інвестиційні компанії, які є суб'єктами, «що в якості своєї ділової діяльності (або керуються суб'єктом, який здійснює ділову діяльність)» з «інвестування, адміністрування або управління фінансовими активами або грошима від імені інших осіб». Визначення інвестиційної компанії включатиме інвестиційні фонди, що інвестують у віртуальні активи, та токенізовані фонди. Визначення фінансових активів є дуже широким і включає цінні папери та фінансові інструменти; проте, воно спеціально виключає безборгові прямі відсотки на нерухоме майно.

Установа, яка вважається інвестиційною компанією, буде зобов'язана запровадити програму відповідності та належності, щоби дати змогу компанії ідентифікувати та звітувати про підзвітні рахунки. Підзвітний рахунок – це рахунок, який утримується однією чи кількома підзвітними особами, або пасивною нефінансовою установою з однією чи декількома контролюючими особами, яка є підзвітним суб›єктом.

Визначення рахунку інвестиційної компанії — це «будь-який акціонерний або борговий капітал в інвестиційній компанії, крім часток, які регулярно торгуються на ринках цінних паперів».

Можна стверджувати, що токени, випущені інвестиційною компанією, не становлять ні акціонерного, ні боргового капіталу, які додатково не мають визначення стосовно інвестиційної компанії. Однак, у законодавстві Кайманських островів щодо FATCA та CRS є положення проти уникнення оподаткування, які, можливо, стосуються цих капіталів.

Кастодіальні та депозитарні установи також вважаються фінансовими установами в цілях AEOI.

Термін кастодіальна установа означає будь-яку юридичну особу, яка , в якості значної частки своєї ділової діяльності, утримує фінансові активи інших осіб. Установа утримує фінансові активи для інших осіб, в якості значної частки своєї ділової діяльності, тоді, коли валовий дохід установи, що відноситься до утримання фінансових активів та пов›язаних фінансових послуг, дорівнює або перевищує 20 відсотків від загального валового доходу установи упродовж коротшого трьохрічного періоду, що закінчується 31 грудня (або останнього дня некалендарного року звітного періоду) перед роком, у якому здійснюється розрахунок; або періоду, протягом якого існує установа.

Термін депозитарна установа означає будь-яку юридичну особу, яка приймає депозити під час звичайної банківської чи аналогічної діяльності.

Установа вважається такою, що займається банківською або аналогічною діяльністю, якщо під час звичайної діяльності з клієнтами вона приймає депозити або інші подібні інвестиції коштів і регулярно займається однією або кількома з таких видів діяльності:

a. надає особисті, іпотечні, промислові чи інші позики або надає інші кредити;
b. купує, продає, знижує або узгоджує дебіторську заборгованість, зобов'язання по розстрочці, векселі, тратти, чеки, переказні векселі, акцепти або інші докази заборгованості;
c. видає акредитиви та веде переговори про тратти, оформлені за ними;
d. надає довірчі чи фідуціарні послуги;
e. фінансує операції з обміну валюти; або
f. укладає, купує чи розпоряджається фінансовим лізингом чи лізинговими активами.

Біржа віртуальних активів може підпадати під наведені вище визначення залежно від операцій біржі.

Фінансові установи повинні зареєструватися в Службі внутрішніх доходів США для отримання глобального ідентифікаційного номера посередника, призначити головну контактну особу та уповноважену особу, а також зареєструватися в Податковій службі Кайманових островів.

Фінансові установи зобов'язані подавати звітність, до 31 травня кожного року, щодо імен/назв, адрес, ідентифікаційних номерів платників податків, дат народження (якщо доречно), номерів рахунків, залишків на рахунках на кінець періоду та щодо будь-яких рахунків, закритих протягом звітного періоду.

Фінансові установи, що емітують токени, повинні будуть отримати форми самооцінки щодо початкових покупців і наступних отримувачів токенів.

XI. ІНШІ ПИТАННЯ

i. ЗАКОНОДАВСТВО КАЙМАНОВИХ ОСТРОВІВ ПРО БЕНЕФІЦІАРНУ ВЛАСНІСТЬ

Законодавство про бенефіціарну власність вимагає від певних компаній вносити детальну інформацію про своїх бенефіціарних власників та пов'язаних юридичних осіб до реєстру бенефіціарної власності.

Якщо бізнес із віртуальними активами заснований як компанія на Кайманових островах, компанія повинна буде надати повне ім'я/назву, адресу проживання та дані документа, що посвідчує особу, будь-якої юридичної чи фізичної особи, що володіє більш ніж 25% акцій або контролює компанію.

Якщо компанія є емітентом та виходить на ICO, чи буде компанія зобов'язана розкривати будь-які дані щодо власників токенів відповідно до законодавства про бенефіціарну власність, залежатиме від прав, які надають токени.

ii. ESA

ESA набув чинності 1 січня 2019 року, а 30 квітня 2019 року Податкова служба Кайманових островів опублікувала детальні Керівні Настанови.

Згідно з ESA будь-яка відповідна установа, яка здійснює відповідну діяльність і одержує відповідний дохід за певний фінансовий період, має задовольняти тесту на економічну сутність щодо цієї діяльності (тест ES) та подавати щорічну звітність до Податкового органу.

Окрім основних вимог щодо подання звітності, відповідна установа, яка не здійснює жодної відповідної діяльності, не зобов'язана задовольняти тест ES.

Відповідно до ESA, усі компанії Кайманових островів, що створені відповідно до Закону про компанії або Закону про товариства з обмеженою відповідальністю, усі обмежені партнерства, зареєстровані відповідно до Закону про ELP, партнерства з обмеженою відповідальністю, зареєстровані відповідно до Закону про партнерства з обмеженою відповідальністю та всі закордонні компанії, зареєстровані на Кайманових островах відповідно до Закону про компанії є відповідними установами, крім тих установ, які є: інвестиційним фондом; податковим резидентом за межами Кайманових островів; або вітчизняною компанією[401].

Відповідний дохід — це «весь валовий дохід установи від її відповідної діяльності, який записаний у його бухгалтерських записах відповідно до застосовних стандартів бухгалтерського обліку». Будь-який дохід, отриманий не від відповідної діяльності, не враховується при визначенні належної сутності.

Відповідна діяльність включає утримання, використання або отримання доходу від «активів інтелектуальної власності», що є будь-яким правом інтелектуальної власності (включно з авторським правом, правом на проєктування, патент або торгову марку), яке може мати відношення до VASP.

401 Вітчизняна компанія – установа, яка здійснює свою діяльність виключно в межах Кайманових островів або є неприбутковою організацією)

Оскільки прибуток, отриманий від активів інтелектуальної власності, вважається таким, що піддається підвищеному ризику переміщення прибутку з юрисдикцій із високими ставками податку до юрисдикцій з нижчими (або нульовими) ставками, до певних установ, які здійснюють діяльність у сфері інтелектуальної власності, застосовуються більш суворі вимоги. Віртуальні активи, випущені юридичними особами, розташованими на Кайманових островах, мають враховувати потенційні вимоги щодо збереження фізичної присутності на Кайманових островах, залежно від того, де зберігається інтелектуальна власність.

XII. ПЛАНИ НА МАЙБУТНЄ

Елемент VASPA щодо реєстрації є чинним на момент написання. Елементи ліцензування та сповіщення існуючих ліцензованих осіб ще не набули чинності, але очікується, що вони набудуть чинності до кінця 2021 року. Очікується, що CIMA випустить нормативний гайденс щодо процесу ліцензування, комісій та мінімальних вимог для VASP.

КАНАДА

I. ЗАКОНОДАВСТВО ПРО ЦІННІ ПАПЕРИ ТА ІНВЕСТИЦІЇ

У Канаді наразі немає всеохопної системи регулювання цифрових активів. Регулювання цінних паперів стало основним регуляторним інструментом у Канаді і насамперед належить до компетенції провінцій. Хоча кожна провінція та територія мають свої власні правила та регуляторів цінних паперів, нормативна база щодо цінних паперів значною мірою впорядкована та гармонізована в усій Канаді з певними відмінностями в залежності від провінції чи регіону. Водночас, законодавча юрисдикція у сфері деривативів поділена між федеральним і провінційними урядами, а гармонізація нормотворчості в цій сфері є більш складною.[402]

Як правило, основні цілі законів про цінні папери полягають у тому, щоби забезпечити захист від несправедливих, неналежних або шахрайських дій, сприяти розвитку справедливих та ефективних ринків капіталу, а також довіри до цих ринків капіталу та стабільності фінансової системи й зменшенню системного ризику.[403] Регулювання цінних паперів у Канаді загалом регулює розподіл та торгівлю як цінними паперами, так і деривативами.

Ця діяльність в основному регулюється через встановлення вимог щодо проспектів емісії, вимог реєстрації дилерів, консультантів та менеджерів інвестиційних фондів, а також певних вимог, що покладаються на діючі біржі, альтернативні торговельні установи або інші ринки, які сприяють їхній торгівлі, та відповідних вимог щодо звітності та розкриття інформації.

402 У той час як у провінції Квебек діє окремий Закон про деривативи (https://bit.ly/3vjH6sv), який регулює деривативи, що торгуються на позабіржовому та біржовому ринку, регулювання деривативів в інших провінціях здійснюється відповідно до законодавства про цінні папери, а в деяких провінціях – законодавством про товарні ф'ючерси.

403 Закон про цінні папери від 1990 року, розділ 1.1.: https://bit.ly/36jyyto

Канадський Адміністратор із Цінних Паперів (CSA) є парасольковою організацією для провінційних та територіальних регуляторів цінних паперів Канади, метою якої є покращення, координація та гармонізація регулювання канадських ринків капіталу. Хоча немає спеціальних правил чи положень щодо цифрових активів, CSA опублікувала керівні настанови у вигляді низки повідомлень для співробітників щодо віртуальних валют із метою вирішення швидкого розвитку, пов'язаного з віртуальними валютами. CSA та саморегулівна організація інвестиційної галузі, яка відома як Регуляторна Організація Інвестиційної Галузі Канади (IIROC), нещодавно встановили структурну основу та запропонували підхід до регулювання цього класу активів у Повідомленні для персоналу 21-329 – Керівництво щодо Торгових Платформ з Криптоактивів: Відповідність Нормативним Вимогам.[404] Повідомлення для персоналу 21-329 пропонує дієву дорожню карту, що ґрунтується на попередніх керівних настановах, включно з Консультаційним Документом 21-402 від 2019 року – Пропонована Структура для Торгових Платформ з Криптоактивів (Консультаційний Документ)[405], Повідомленням для персоналу 46-307 – Розміщення Криптовалют[406], Повідомленням для персоналу 46-308 – Вплив Закону про Цінні Папери на Розміщення Токенів[407], Повідомленням для персоналу 21-327 – Інструкція щодо Застосування Законодавства про Цінні Папери до Установ, які Сприяють Торгівлі Криптоактивами[408], а також Повідомленням для персоналу 51-363 – Спостереження за Розкриттям Інформації Емітентами Криптоактивів, що Звітують.[409]

i. МОЖЛИВІСТЬ ЗАСТОСУВАННЯ КАНАДСЬКОГО ЗАКОНУ ПРО ЦІННІ ПАПЕРИ ДО ВІРТУАЛЬНИХ ВАЛЮТ

Віртуальні валюти можуть підпадати під дію канадських провінційних законів про цінні папери тією мірою, коли віртуальна валюта може вважатися цінним папером або деривативом у цілях цих законів, наприклад, Закону про цінні папери (Онтаріо) (далі – Закон про цінні папери). Закон про цінні папери визначає, що цінний папір включає, серед іншого, інвестиційний контракт.

404 Канадський Адміністратор Цінних Паперів, Повідомлення для персоналу 21-329 – Керівництво щодо Торгових Платформ з Криптоактивів: Відповідність Нормативним Вимогам (Канадський Адміністратор Цінних Паперів, 2021) (Повідомлення для персоналу 21-329): https://bit.ly/3jJEr62

405 Канадський адміністратор цінних паперів та Регулююча Організація Інвестиційної Галузі Канади, Консультаційний Документ 21-402 – Пропонована Структура для Торгових Платформ з Криптоактивів (Канадський адміністратор цінних паперів та Регулююча Організація Інвестиційної Галузі Канади, 2019) (Консультаційний документ): https://bit.ly/3xzkF5o

406 Канадський Адміністратор Цінних Паперів, Повідомлення для персоналу 46-307 – Розміщення криптовалют (Канадський Адміністратор Цінних Паперів, 2017): https://bit.ly/3rskqp2

407 Канадський Адміністратор Цінних Паперів, Повідомлення для персоналу 46-308 – Вплив Закону про Цінні Папери на Розміщення Токенів (Канадський Адміністратор Цінних Паперів, 2018): https://bit.ly/37Udx8P

408 Канадський Адміністратор Цінних Паперів, Повідомлення для персоналу 21-327 – Інструкція щодо Застосування Законодавства про Цінні Папери до Установ, які Сприяють Торгівлі Криптоактивами (Канадський Адміністратор Цінних Паперів, 2020) (Повідомлення для персоналу 21-327): https://bit.ly/3jExhQA

409 Канадський Адміністратор Цінних Паперів, Повідомлення для персоналу 51-363 – Спостереження за Розкриттям Інформації Емітентами Криптоактивів, що Звітують (Канадський Адміністратор Цінних Паперів, 2021) (Повідомлення для персоналу 51-363): https://bit.ly/3roBOuP

Первісним прецедентом для визначення того, чи існує інвестиційний контракт, є справа Pacific Coast Coin Exchange проти Онтаріо (Комісія з цінних паперів)[410], де Верховний суд Канади визначив чотири основні атрибути інвестиційного контракту, а саме:

a. інвестування грошей;
b. у спільному підприємстві;
c. з очікуванням прибутку; і
d. цей прибуток має бути отриманий значною мірою за рахунок зусиль інших суб›єктів.

Якщо інструмент відповідає перевірці на основі справи Pacific Coin, він буде вважатися інвестиційним контрактом і, отже, цінним папером відповідно до канадського законодавства про цінні папери.

Проте, застосування перевірки на основі справи Pacific Coin до віртуальних валют не завжди є простим. Учасники галузі зайняли позицію, згідно з якою токени корисності, які мають конкретну функцію або корисність за межами простого очікування прибутку (наприклад, надання їхнім власникам можливості придбати продукти чи послуги), не мають вважатися цінними паперами.[411] Здається, CSA та IIROC погодились із цією позицією у своєму Консультаційному Документі, в якому було визнано, що належні токени корисності можуть не бути цінними паперами. Однак, CSA також зазначив, що більшість пропозицій віртуальних валют, які нібито є токенами корисності, відповідно до перевірок його співробітників, включали й розповсюдження цінного паперу, як правило, у формі інвестиційного контракту.[412]

CSA та IIROC також визнали, що це є загально прийнятим, що деякі усталені віртуальні валюти, які функціонують як форма платежу або засіб обміну в децентралізованій мережі, такі як біткоїн, наразі не є самі по собі цінним папером або деривативом та мають характеристики, аналогічні таким товарам, як валюти та дорогоцінні метали.[413] Оцінюючи, чи буде конкретна віртуальна валюта вважатися цінним папером, що підпадає під дію канадського законодавства про цінні папери, CSA розглядатиме сутність віртуальної валюти, а не її форму.[414] CSA окреслив ряд міркувань під час визначення того, чи існує інвестиційний контракт.

410 Pacific Coast Coin Exchange проти Онтаріо (Комісія з цінних паперів), [1978], 2 SCR 112, яка сама ґрунтується на більш відомому «Howey test», встановленому Верховним судом Сполучених Штатів у справі SEC (Комісія з цінних паперів США) проти W.J. Howey Co. 1946 року.

411 Ibid., виноска 407.

412 Ibid., виноска 405.

413 Ibid.

414 Ibid., виноска 407.

Хоча жоден чинник не є визначальним, CSA заявив, що наявність деяких або всіх з наступних обставин може спричинити ставлення до віртуальної валюти як до інвестиційного контракту:[415]

a. базова технологія або платформа блокчейн не була повністю розроблена;
b. токен негайно доставляється кожному покупцю;
c. заявлена мета розміщення – залучення капіталу, який буде використаний для виконання ключових дій, які будуть підтримувати вартість токена або бізнес емітента;
d. емітент пропонує переваги особам, які рекламують розміщення;
e. менеджмент емітента утримує значну кількість непроданих токенів;
f. токен продається в кількості, набагато більшій, ніж будь-який покупець зможе використати;
g. емітент припускає, що токени будуть використовуватися як валюта або мати корисність за межами власної платформи, але жодна з цих речей не відбувається в момент, коли робиться заява;
h. менеджмент робить інші заяви, які припускають, що токени зростуть у вартості;
i. токен не має фіксованої вартості на платформі;
j. кількість токенів, що випускаються, обмежена або є обґрунтовані очікування, що доступ до нових токенів буде обмежено в майбутньому;
k. токен є взаємозамінним;
l. токени розповсюджуються за ціну в грошовому вираженні; і
m. можна обґрунтовано очікувати, що токен буде торгуватися на торговій платформі або торгуватися іншим чином на вторинному ринку.

Конкретна віртуальна валюта, яка відповідає критеріям перевірки на основі справи Pacific Coin або має певні характеристики, описані в керівництві CSA, розглянутому в цьому розділі, може належним чином вважатися інвестиційним контрактом, а отже цінним папером, відповідно до канадського законодавства про цінні папери.

Положення також застосовуватиметься, якщо інвестиція або контракт є «криптоконтрактом», як визначено в Повідомленні для персоналу 21-327 та як це розглядається нижче.[416]

415 Ibid.
416 Ibid., виноска 408.

ii. РОЗМІЩЕННЯ ВІРТУАЛЬНИХ ВАЛЮТ У КАНАДІ

Канадське законодавство про цінні папери, як правило, вимагає подання проспекту емісії, щоби розпочати будь-яке «розповсюдження» цінних паперів. Жодна особа або компанія не може торгувати цінними паперами, коли торгівля представляє собою розповсюдження, якщо не було подано проспект емісії або торгівля не здійснюється на основі виключень з проспекту (prospectus exemption – коли цінні папери емітуються тільки для акредитованих інвесторів). Цінні папери, які спочатку розповсюджувалися відповідно до виключень з проспекту емісії, зазвичай підпадають під обмеження перепродажу, які вимагають, щоб емітент був підзвітним емітентом (тобто публічною компанією) протягом певного періоду, а в деяких випадках — утримання цінних паперів протягом певного періоду. У тій мірі, в якій віртуальна валюта вважається цінним папером або деривативом, емісія або розповсюдження серед населення підпадають під вимоги проспекту емісії, кваліфікації або подібним вимогам, чи мають здійснюватися відповідно до застосовних виключень з проспекту емісії або вимог із кваліфікації деривативів.

Є ряд доступних варіантів розповсюдження цінних паперів у Канаді на основі виключень з проспекту, які зазвичай називаються звільненим розподіленням або приватним розміщенням. Більшість із них узгоджені з Національним Інструментом 45-106 – Виключення з Проспекту Емісії.[417] CSA вказав, що особи, які бажають розповсюджувати віртуальні валюти, можуть робити це відповідно до цих виключень.[418] Зокрема, розподіл може здійснюватися відповідно до виключень для акредитованих інвесторів, що забезпечує виключення з проспекту емісії для торгівлі цінними паперами юридичним і фізичним особам, які є кваліфікованими акредитованими інвесторами, за умови дотримання вимог щодо приватного розміщення.[419]

Ряд галузевих учасників успішно здійснили розміщення віртуальних валют відповідно до вимог чинного законодавства про цінні папери та на основі індивідуальних виключень із цих вимог. У 2017 році Impak Finance Inc (Impak), що базується в Монреалі, була першою канадською компанією, яка здійснила розміщення віртуальної валюти з дозволу канадських регуляторів із цінних паперів. Impak випустив Impak Coin, віртуальну валюту на базі блокчейн-платформи Waves, за валовий дохід понад 1 мільйон канадських доларів за допомогою приватного розміщення, спираючись на виключення з меморандуму про розміщення.[420]

417 Комісія з цінних паперів Онтаріо, Національний інструмент 45-106 – Виключення з Проспекту Емісії (2018): https://bit.ly/3JL3obO

418 Ibid., виноска 406.

419 Ibid.

420 Комісія з цінних паперів Онтаріо, рішення AMF про Impak Finance, 16 серпня 2017 р.

Через кілька місяців Token Funder Inc (Token Funder) здійснила своє перше розміщення віртуальної валюти – FNDR, під наглядом Комісії з цінних паперів Онтаріо (OSC). Token Funder спиралася на виключення з меморандуму про розміщення та виключення з вимоги про реєстрацію дилера, наданого OSC на період 12 місяців з дати прийняття рішення, з урахуванням низки умов.[421]

У травні 2019 року ZED Network Inc (ZED) стала першою компанією, яка отримала звільнення від вимог проспекту емісії та реєстрації дилера (розглянуто нижче), згідно з канадськими законами про цінні папери, для розповсюдження своїх токенів цифрових грошових переказів ZED та блокчейну іноземної біржі до (1) операторів грошових переказів (MTO), які зареєстровані як грошово-кредитні компанії в Канадському центрі аналізу фінансових операцій та звітів (FINTRAC) (MTO зареєстровані в Канаді), і (2) MTO, які належним чином зареєстровані або уповноважені діяти як грошово-кредитні компанії, або подібні установи, відповідно до законодавства іноземних юрисдикцій (MTO зареєстровані за кордоном), якщо подібні установи передбачені в іноземній юрисдикції.[422]

27 березня 2020 року OSC надала обмежене в часі звільнення для компанії B2C2 OTC Ltd (B2C2) від вимог щодо реєстрації дилера та проспекту емісії, які в іншому випадку були б застосовні до торгівлі або розповсюдження позабіржових (OTC) деривативів між B2C2 та «дозволеними контрагентами» в Онтаріо, Нью-Брансвік, Ньюфаундленд і Лабрадор, острів Принца Едварда, Північно-Західні території, Юкон і Нунавут.[423]

В іншому важливому рішенні OSC надав TokenGX Inc (TGX), філії Token Funder Inc., обмежене у часі звільнення для полегшення вторинної торгівлі на платформі, відомій як Freedom (FRX). TGX отримала реєстрацію як вільний ринковий дилер до 16 квітня 2021 року з урахуванням певних обмежувальних умов, що надало змогу кваліфікованим інвесторам в Онтаріо купувати та продавати певні токени на платформі FRX.

7 серпня 2020 року OSC надала Wealth Digital Assets Inc (WDA) обмежене в часі звільнення від певних зобов'язань реєстранта, звільнення від вимог проспекту емісії та вимог звітності щодо даних про торгівлю деривативами, щоби надати змогу WDA торгувати віртуальними валютами та працювати на платформі, яка полегшує покупку, продаж і зберігання віртуальних валют.[424] WDA є дочірньою компанією Wealthsimple Financial Corp (WFC). WFC також володіє Wealthsimple Inc, зареєстрованою в Канаді консультаційною компанією, і Canadian ShareOwner Investments Inc (ShareOwner), зареєстрованою як дилер.

421 Комісія з цінних паперів Онтаріо, рішення OSC про фінансування Token Funder, 17 жовтня 2017 р.

422 Комісія з цінних паперів Онтаріо, рішення OSC про ZED Network, 21 травня 2019 р.

423 Комісія з цінних паперів Онтаріо, рішення OSC про B2C2 OTC Ltd., 27 березня 2020 р.

424 Комісія з цінних паперів Онтаріо, Відносно справи Wealthsimple Digital Assets Inc, 7 серпня 2020 р.

Це рішення стало першим дозволом такого роду для платформи з торгівлі віртуальними валютами (VCTP), яка сприяє торгівлі віртуальними валютами з допомогою спеціальних виключень та звільнень.

Рішення підлягало умовам, що стосуються насамперед торговельних обмежень, належної перевірки третьої сторони, операцій на платформі та вимог зі звітності, зокрема:

a. торгівля лише біткоїнами та ефіром через «контракти про права на криптовалюту» з використанням віртуальних валют або канадських доларів;
b. ліміт інвестицій у 30 000 канадських доларів на 12 місячний період; і
c. забезпечення зберігання компанією Gemini Trust Company, LLC, нью-йоркською трастовою компанією, яка регулюється Департаментом фінансових послуг штату Нью-Йорк і є «кваліфікованим зберігачем» відповідно до законодавства Канади про цінні папери.

Від WDA також вимагалося «активно та старанно співпрацювати з IIROC», щоби забезпечити перехід від платформи WDA до ShareOwner. Важливо, що WDA не працюватиме як маркетплейс чи клірингове агентство.

OSC видала наступне рішення щодо WDA 18 червня 2021 року (Рішення 2021 року)[425], яке замінило умови, викладені в рішенні OSC від серпня 2020 року.[426] Проте, OSC чітко зазначила, що умови виключення, передбачені в Рішенні 2021 року, були по суті подібними до умов, які раніше застосовувалися до WDA. Рішення 2021 року розширює класи віртуальних валют, які пропонуються WDA, і знімає ліміти на інвестиції для певних типів віртуальних валют.[427] Важливо, як і у випадку з попереднім виключенням, OSC застерігає, що Рішення 2021 року не має прецедентної ваги, відображаючи індивідуальний характер виключень, що надані WDA.[428]

iii. РОЗМІЩЕННЯ ВІРТУАЛЬНИХ ВАЛЮТ У КАНАДІ

Спільне повідомлення для співробітників від CSA/IIROC – 21-329 Керівництво торгових платформ криптоактивами: комплаєнс нормативним вимогам не вводить нові правила для VCTP, але забезпечує шлях до переходу до канадської нормативної бази як для внутрішніх канадських VCTP, так і для глобальних VCTP, які надають змогу користувачам резидентам Канади торгувати віртуальними валютами. Керівництво застосовується до VCTP, які сприяють торгівлі віртуальними валютами, які є цінними паперами (інвестиційними токенами), і VCTP, які полегшують торгівлю віртуальними валютами, які не є цінними паперами (такими як біткоїн), але які CSA

425 Комісія з цінних паперів Онтаріо, Відносно справи Wealthsimple Digital Assets Inc, 18 червня 2021 р.
426 Ibid., виноска 424.
427 Ibid., виноски 424 та 425.
428 Ibid., виноска 424.

розглядає як інструменти або контракти, що є об›єктом канадських нормативно-правових актів щодо цінних паперів або деривативів, через їхні торгові процеси та структури (криптоконтракти).

Структура, викладена в Повідомленні для персоналу 21-329, містить рекомендації щодо регулювання як «дилерських платформ», так і «ринкових платформ» (кожна з яких також обговорюється нижче).

Відповідна категорія реєстрації дилерської платформи буде залежати від характеру діяльності платформи.[429] Наприклад, дилерські платформи, які пропонують маржу або кредитне плече, повинні будуть зареєструватися як інвестиційні дилери та стати членами IIROC. Дилерські платформи, які лише сприяють розповсюдженню чи торгівлі інвестиційними токенами, спираючись на виключення з проспекту емісії, і не пропонують маржу або кредитне плече, можуть розглядати реєстрацію як виняткових ринкових дилерів або, за деяких обставин, як обмежені дилери.[430]

Загалом очікується, що дилерські платформи, які торгують криптоконтрактами та торгують або сприяють торгівлі роздрібних інвесторів, які є фізичними особами, будуть зареєстровані як інвестиційні дилери та стануть членами IIROC.[431] Водночас, вони зможуть отримати доступ до процесу перехідного «проміжного періоду», запитавши дозвіл на реєстрацію як обмеженого дилера (за умови, що вони не пропонують кредитне плече або маржинальну торгівлю), до того часу, доки вони зможуть дорости до реєстрації в якості інвестиційного дилера та повного дотримання відповідних вимог. Наразі очікується, що проміжний період становитиме два роки.[432]

Також треба враховувати чинники, що залежать від юрисдикції. Дилерські платформи, що працюють у Нью-Брансвіку, Новій Шотландії, Онтаріо чи Квебеку, мають подавати заявки на реєстрацію інвестиційного дилера та на членство в IROC упродовж проміжного періоду. Проте, регуляторні органи з цінних паперів в Альберті, Британській Колумбії, Манітобі та Саскачевані запевняють, що розглянуть інші підходи до регулювання упродовж проміжного періоду. Очікується, що дилерські платформи, що працюють у цих юрисдикціях, або розпочнуть процес реєстрації в якості інвестиційного дилера та членства в IIROC упродовж проміжного періоду, або зроблять інші кроки упродовж проміжного періоду, в результаті консультацій зі своїм головним регулятором, для переходу до прийнятної довгострокової нормативної бази.[433]

429 Ibid., виноска 404.
430 Ibid.
431 Ibid.
432 Ibid.
433 Ibid.

Особливості такого типу альтернативної структури наразі неясні.

До того ж, дилерські платформи, які займаються торгівлею криптоконтрактами, які є деривативами, з користувачами резидентами Квебеку, мають будуть зареєструватися як дилери деривативів відповідно до Закону Квебеку про деривативи (QDA), знову ж таки, зі звільненням від вимоги членства в IIROC на певний обмежений час.[434] Дилерські платформи, які також створюють і продають деривативи, мають бути кваліфіковані Управлінням із нагляду за фінансовими ринками (AMF) перед тим, як пропонувати деривативи громадськості.[435]

Повідомлення для персоналу 21-329 визначає сфери, у яких CSA може застосовувати гнучкість до чинних нормативних вимог до дилерських платформ, які збираються пройти реєстрацію.[436] Тому дилерські платформи заохочуються до співпраці, щоб обговорити їхні бізнес-моделі, відповідну категорію реєстрації та те, як вимоги можуть бути адаптовані, у тому числі через застосування винятків.[437]

Платформа, яка є «маркетплейсом» (ринковою платформою), що обговорюється нижче, і яка не пропонує кредитне плече або маржу, і не є біржою, може запитувати реєстрацію як виняткового ринкового дилера або обмеженого дилера протягом обмеженого періоду.[438] Подібно до концепції «проміжного періоду», описаної вище (загалом також очікується, що вона становитиме два роки), очікується, що ринкові платформи, що працюють у Нью-Брансвіку, Новій Шотландії, Онтаріо та Квебеку, розпочнуть процес реєстрації або надання виключень упродовж проміжного періоду.[439] Регуляторні органи з цінних паперів в Альберті, Британській Колумбії, Манітобі та Саскачевані розглянуть інші регуляторні підходи та можуть дозволити вжити інших заходів упродовж проміжного періоду для переходу до прийнятної довгострокової нормативної бази.[440]

iv. РЕГУЛЯТОРНІ МІРКУВАННЯ ЩОДО ПОСЕРЕДНИКІВ

Будь-яка особа або компанія, яка займається торгівлею цінними паперами чи консультує щодо них, а в деяких канадських юрисдикціях – деривативами, має зареєструватися як дилер чи консультант або, якщо це можливо, здійснювати цю діяльність відповідно до виключень із вимог щодо реєстрації дилера або, залежно від випадку, консультанта згідно з чинним законодавством про цінні папери.

434 Ibid.
435 Ibid.
436 Ibid.
437 Ibid.
438 Ibid.
439 Ibid.
440 Ibid.

Фізична або юридична особа, яка керує діяльністю, операціями та справами «інвестиційного фонду», повинна відповідати вимогам щодо реєстрації менеджера інвестиційного фонду або отримати виключення з цих вимог. Реєстраційні вимоги, як правило, узгоджені з Національним інструментом 31-103 – Реєстраційні вимоги, виключення та поточні зобов'язання реєстрантів (NI 31-103),[441] який встановлює вимоги до дилерів і консультантів, які займаються капіталом, професійними навичками, страхуванням, фінансовою звітністю, процесом KYC, розкриттям інформації про клієнта, збереженням активів, веденням обліку, звітністю про активність на рахунку, розглядом скарг та іншими питаннями з дотримання вимог.

У Канаді вимога зареєструватися як дилер або консультант виникає, коли особа чи компанія провадить торгову чи консультаційну діяльність щодо цінних паперів або деривативів із комерційною метою.[442] Вже сам факт наявності бажання, прямо чи опосередковано, займатися торгівлею цінними паперами може спричинити вимогу зареєструватися як дилер; однак, при визначенні того, чи потрібна реєстрація, необхідно враховувати низку чинників, у тому числі чи бізнес:

a. займається діяльністю, подібною до реєстранта;
b. здійснює посередницькі операції або виступає в ролі маркет-мейкера;
c. здійснює свою діяльність із повторюваністю, регулярністю або безперервністю;
d. очікує на винагороду або компенсацію; та
e. прямо чи опосередковано робить відповідний запит.[443]

У контексті розповсюдження віртуальних валют CSA звернув увагу на такі додаткові чинники, які визначають, чи можна вважати компанію такою, що торгує цінними паперами з комерційною метою:[444]

a. залучення широкого кола інвесторів, включно з роздрібними інвесторами;
b. використання Інтернету для охоплення великої кількості потенційних інвесторів;
c. відвідування публічних заходів для активної реклами продажу віртуальної валюти; та
d. залучення значної суми капіталу від великої кількості інвесторів.

441 Комісія з цінних паперів Онтаріо, Національний інструмент 31-103 – Реєстраційні вимоги, виключення та поточні зобов'язання реєстрантів.: https://bit.ly/3vofUZR

442 Комісія з цінних паперів Онтаріо, Супутні положення 31-103 – Реєстраційні вимоги, виключення та поточні зобов'язання реєстрантів.: https://bit.ly/3M8yITs

443 Ibid.

444 Ibid., виноска 406.

Дилерські платформи також можуть займатися іншими видами діяльності або функціями, які можуть підпадати під вимогу реєстрації дилера або вказувати на іншу діяльність, яка також має реєструватися, таку як підключення роздрібних клієнтів, здійснення діяльності в якості агента клієнтів для торгівлі інвестиційними токенами або криптоконтрактами, а також пропонування послуг зберігання активів, прямо або через третю сторону.[445]

Якщо починається процес реєстрації дилера, CSA заявляє, що особи або компанії, які підлягають реєстрації, повинні зібрати інформацію про KYC та провести оцінку придатності, щоби переконатися, що покупки віртуальних валют є слушними, в тому числі із врахуванням інвестиційних потреб та цілей, фінансових обставин та прийнятності ризику.[446]

Створення та маркетинг продуктів, що підлягають реєстрації, також регулюються нормативними вимогами, пов'язаними з деривативами, в тому числі щодо кваліфікації, реєстрації та звітності про торгові дані, у низці канадських юрисдикцій, зокрема, у Квебеку, де правила торгівлі деривативами на позабіржових та біржових ринках розвинені більш повно.[447]

CSA також оприлюднив пропозиції щодо встановлення гармонізованої системи вимог до реєстрації та ведення бізнесу для позабіржових учасників ринку деривативів.[448] У пропозиціях чітко визначено товар, який включає віртуальні валюти.

v. БІРЖІ ТА ІНШІ ПЛАТФОРМИ

Як і маркетплейси, біржі регулюються відповідно до чинних уставів провінцій щодо цінних паперів, а також Національного інструменту 21-101 – Функціонування маркетплейсу (NI 21-101),[449] Національного інструменту 23-101 – Правила торгівлі (NI 23-101)[450] та пов›язаними з ними методиками. NI 21-101 визначає маркетплейс як установу, яка об'єднує покупців і продавців цінних паперів, об'єднує ордери на цінні папери кількох покупців і продавців та використовує встановлені недискреційні методи, згідно з якими замовлення взаємодіють один з одним.[451]

445 Ibid., виноска 404.

446 Ibid., виноска 406.

447 Управління з фінансових ринків, Повідомлення про публічне розміщення деривативів на криптовалюти та інші інноваційні активи (22 травня 2018 р.).

448 Канадський адміністратор цінних паперів, Повідомлення та Запит на Коментар – Запропонований Національний Інструмент 93-102 Деривативи: Реєстрація та Запропоновані супутні положення 93-102CP Деривативи: Реєстрація (опубліковано 19 квітня 2018 р. для коментарів до 17 вересня 2018 р.), а також Повідомлення та другий Запит на Коментар – Запропонований Національний Інструмент 93-101 Деривативи: Ділова поведінка та Запропоновані супутні положення 93-101CP Деривативи: Ділова поведінка (опубліковано 14 червня 2018 р. для коментарів до 17 вересня 2018 р.)

449 Комісія з цінних паперів Онтаріо, Національний інструмент 21-101 – Функціонування маркетплейсу (2018): https://bit.ly/3Ej5HSp

450 Комісія з цінних паперів Онтаріо, Національний інструмент 23-101 – Правила торгівлі: https://bit.ly/3vgfNzo

451 Ibid., виноска 449.

Біржа – це маркетплейс, який може:

a. здійснювати лістинг цінних паперів емітентів;
b. гарантувати двосторонній ринок для цінних паперів на постійній або розумно безперервній основі;
c. встановлювати вимоги, що регулюють поведінку учасників ринку; або
d. санкціонувати учасників ринку.[452]

Щоби працювати як біржа в Канаді, особа або компанія повинні спочатку подати заявку на визнання себе як біржі або на отримання виключення з вимоги визнання.[453] Як й інший тип маркетплейсу, альтернативні торгові системи, які забезпечують автоматизовані торгові системи, що з›єднують ордери покупця та продавця, також регулюються відповідно до NI 21-101 і NI 23-101. Звідси випливає, що VCTP, яка сприяє купівлі, переказу або обміну віртуальних валют, які вважаються цінними паперами або деривативами, може підпадати під вимоги з визнання біржею цінних паперів або деривативів чи маркетплейсом, що детальніше обговорюється нижче.

Вимоги, що застосовуються, залежатимуть від того, як працює VCTP та які види діяльності вона здійснює. Як правило, VCTP поділяють на дві категорії: платформи дилерів і платформи маркетплейсу, хоча певні VCTP можуть регулюватися як обидва типи.[454]

Платформи дилерів

VCTP можна вважати дилерською платформою, коли:[455]

a. вона лише сприяє первинному розподілу інвестиційних токенів; та
b. для кожної угоди є контрагент і ордера клієнта не взаємодіють іншим чином один з одним на VCTP.

Платформи маркетплейсу

VCTP вважається платформою маркетплейсу, якщо вона:[456]

a. створює, підтримує або забезпечує ринок для об’єднання кількох покупців і продавців або сторін для торгівлі інвестиційними токенами або криптоконтрактами;
b. об’єднує ордера на інвестиційні токени або криптоконтракти кількох покупців і продавців або сторін контрактів; та

452 Ibid., виноска 447.
453 Ibid., виноска 406.
454 Ibid., виноска 404.
455 Ibid.
456 Ibid.

c. використовує встановлені, недискреційні методи, згідно з якими ордера на інвестиційні токени або криптоконтракти взаємодіють один з одним, а покупці і продавці чи сторони, які вносять ордери, погоджуються з умовами торгівлі.

Очікується, що платформи маркетплейсу працюватимуть на основі, схожої на альтернативні торгові системи (ATS), а також підпорядковуються правилам ринку, включно з NI 21-101, NI 23-101 і Національним Інструментом 23-103 – Електронна торгівля та прямий електронний доступ до маркетплейсів.[457] Крім того, торгова діяльність на платформах маркетплейсу може підлягати вимогам цілісності ринку.[458] Водночас, CSA передбачає, що ці вимоги будуть адаптовані до нових аспектів VCTP на основі певних основних вимог цілісності ринку, які вважаються релевантними для торгівлі на платформах маркетплейсу.[459]

Якщо платформа маркетплейсу виконує функції дилера, до неї також застосовуватимуться відповідні вимоги до дилерів, і, залежно від обставин і бізнес-моделі VCTP, ця дилерська діяльність може здійснюватися через окрему організацію або підрозділ, який повинен відповідати чинним нормативним вимогам або бути відділений етичною стіною (процес уникнення конфлікту інтересів).[460]

Зрештою, платформа маркетплейсу, яка торгує інвестиційними токенами й регулює емітентів цих цінних паперів, або регулює та санкціонує своїх торгових учасників, крім того, що просто забороняє їм доступ до платформи, може вести бізнес як біржа і, як очікується, буде прагнути отримання статусу біржі або, якщо це необхідно, винятків із процесу визнання біржею.[461]

vi. УПРАВЛІННЯ АКТИВАМИ ТА ІНВЕСТИЦІЙНІ ФОНДИ

У Канаді зріс як роздрібний, так і інституціональний попит на економічну доступність віртуальних валют, і інвестиційні фонди стали новим популярним механізмом для отримання цього доступу. Особи, які керують або адмініструють колективні інвестиційні структури, які володіють віртуальними валютами чи інвестують у них, також можуть підпадати під вимоги щодо реєстрації менеджерів інвестиційних фондів на додаток до вимог щодо дилерів, консультантів та проспектів емісії або приватних розміщень. На самі структури також можуть поширюватися вимоги щодо звітності та поведінки, які застосовуються до інвестиційних фондів.

457 Комісія з цінних паперів Онтаріо, Національний інструмент 23-103 – Електронна торгівля та прямий електронний доступ до маркетплейсів (2012): https://bit.ly/3M5nMpM

458 Ibid., виноска 404.

459 Ibid.

460 Ibid.

461 Ibid.

Канада була в авангарді глобальної активності, пов'язаної з біржовими інвестиційними фондами (ETF), що оперують віртуальними валютами. Зростання ETF віртуальних валют у Канаді було викликано рішенням OSC видати свідоцтво для остаточного проспекту емісії інвестиційного фонду закритого типу (3iQ Fund), поданого 3iQ Corp,[462] більш детально розглянуто нижче. У 2021 році Purpose Investments отримала схвалення OSC на запуск перших у світі Біткоїн та Ефір ETF-платформ прямого зберігання.[463] Подібно до фізично забезпечених золотих товарів, ці ETF забезпечуються активами в Bitcoin та Ether, що наражає інвесторів на менший ризик, ніж використання альтернативних способів, як самозберігання та використання цифрового гаманця.[464]

Повідомлення для персоналу 51-363 надає більше роз'яснень щодо того, коли вимоги щодо інвестиційних фондів застосовуються до емітентів, які займаються інвестуванням у віртуальну валюту.[465] Навіть за обставин, коли емітент не відповідає технічному визначенню «інвестиційного фонду», він все одно може бути об›єктом відповідних нормативних актів, якщо інвестування у віртуальні валюти є суттєвим для бізнесу емітента, а сам емітент не здійснює інших суттєвих операцій.[466] Регулятори цінних паперів вирішують у кожному окремому випадку, чи видавати свідоцтва на проспекти, щоби забезпечити чи дотримуються необхідні належні процедури, що застосовуються до інвестиційних фондів. У попередніх випадках, OSC встановлювала певні обмеження щодо концентрації інвестицій та вимогу використовувати кваліфікованого зберігача, як описано в Частині 6 Національного інструменту 81-102 – Інвестиційні фонди (NI 81-102).[467] Повноваження щодо надання свідоцтва для проспекту емісії відповідають повноваженням OSC, що стосуються громадських інтересів.

У вересні 2017 року First Block Capital Inc стала першим зареєстрованим менеджером інвестиційного фонду (IFM) у Канаді для фонду, призначеного виключно для інвестицій у віртуальні валюти.[468] Комісія з цінних паперів Британської Колумбії (BCSC) надала First Block Capital реєстрацію як IFM та виняткового ринкового дилера для управління інвестиційним фондом у біткоїнах, за умови певних індивідуальних винятків із застосовного режиму.[469]

462 Рішення комісії з цінних паперів Онтаріо щодо 3iQ Corp., 15 лютого 2019 р.

463 Джулі Собовейл, «Нова ера криптовалют», журнал CBA National, 28 травня 2021 р.

464 Ibid.

465 Ibid., виноска 409.

466 Ibid.

467 Комісія з цінних паперів Онтаріо, Національний інструмент 81-102 – Інвестиційні фонди: https://bit.ly/3M6oseG

468 Комісія з цінних паперів Британської Колумбії проводить історичну реєстрацію менеджера інвестиційного фонду біткоїн (6 вересня 2017 р.)

469 Ibid.

У жовтні 2018 року 3iQ подала попередній проспект емісії без розміщення від імені Bitcoin Fund (3iQ Fund), інвестиційного фонду закритого типу, створеного як траст відповідно до законодавства провінції Онтаріо, як менеджер інвестиційного фонду. Фонду.[470] У лютому 2019 року Директор з інвестиційних фондів та структурних продуктів OSC (Директор) вирішив, що надання свідоцтва попереднього проспекту для 3iQ Fund буде суперечити суспільним інтересам.

Після спірного процесу перед комісією OSC, 3iQ в кінцевому підсумку отримала свідоцтво OSC, пов'язану з її попереднім проспектом емісії, у листопаді 2019 року. Занепокоєння щодо маніпулювання ринком та його вартістю були заспокоєні інвестиціями 3iQ Fund у біткоїн, а не в необмежений кошик віртуальних валют; його прагненням до стратегії «купи та тримай»; й обмеженням на торгівлю біткоїнами лише на регульованих ринках. Комісія також знайшла достатні докази торгівлі біткоїнами, у тому числі на регульованих біржах, щоби його можна було вважати ліквідним активом. Рішення також свідчило про те, що основні регуляторні цілі можуть бути краще досягнуті, через заохочення учасників ринку входити через «передні двері» ринку та залученням регуляторного нагляду із самого початку, а не через операції, такі як зворотне поглинання. Важливо, що рішення щодо 3iQ кидає виклик недавній тенденції розширеного тлумачення «суспільних інтересів» відповідно до законодавства про цінні папери, пропонуючи більш обмежене тлумачення.

II. ПРОТИДІЯ ВІДМИВАННЮ КОШТІВ

Центр аналізу фінансових операцій та звітів (FINTRAC) — це підрозділ фінансової розвідки Канади. FINTRAC відповідає за виконання Закону про доходи, одержані злочинним шляхом (відмивання грошей), і фінансування тероризму (PCMLTFA)[471] та пов'язаних із ним нормативно-правових актів, а також допомагає у виявленні, запобіганні та стримуванні діяльності з відмивання коштів та фінансування тероризму.[472] PCMLTFA застосовується до широкого спектру підзвітних суб'єктів, у тому числі грошово-кредитних компаній (MSB). Він вимагає, щоби підзвітні суб›єкти розробили ризик-орієнтовану програму комплаєнсу, щоб ідентифікувати клієнтів, відстежувати ділові відносини, вести облік та звітувати про певні види фінансових операцій.[473]

470 Рішення комісії з цінних паперів Онтаріо щодо 3iQ Corp., 15 лютого 2019 р.

471 Закон про доходи, одержані злочинним шляхом (відмивання грошей), і фінансування тероризму, 2000 р.: https://bit.ly/3xAIdqN

472 Канадський центр аналізу фінансових операцій та звітів, річний звіт FINTRAC, максимізуючи результати завдяки співпраці, 2017 р.:

473 Ibid., виноска 472.

З 1 червня 2020 року в PCMLTFA було внесено поправки, які чітко регулюють діяльність компаній, що здійснюють операції з віртуальними валютами.[474]

Щоби пом'якшити вразливість віртуальних валют до відмивання коштів та фінансування тероризму, але не перешкоджати інноваціям, остаточні поправки стосуються не самих віртуальних валют, а осіб чи організацій, які провадять діяльність, що пов›язана з віртуальними валютами. До таких видів діяльності належать послуги з обміну віртуальної валюти та послуги з переказу вартості. Фізичні та юридичні особи, які здійснюють операції з віртуальною валютою, включають фінансові установи або вітчизняні чи іноземні MSB (FMSB).

Відповідно до вимог до всіх MSB, фізичні та юридичні особи, які здійснюють операції з віртуальними валютами, мають запровадити програму повної відповідності та зареєструватися в FINTRAC. FMSB є об›єктом тих самих зобов'язань (напр., реєструватися в FINTRAC, здійснювати належну перевірку клієнтів, звітувати про операції та вести облік) у разі здійснені цього виду діяльності.

FMSB, яка не відповідає PCMLTFA та його положенням, може загрожувати адміністративний грошовий штраф, а в разі несплати — анулювання її реєстрації, що зробить її непридатною для ведення бізнесу в Канаді.

Остаточні поправки визначають термін «віртуальна валюта» як:[475]

a. цифрове вираження вартості, яке можна використовувати для платежів або інвестицій, яке не є фіатною валютою і яке можна легко обміняти на кошти або на іншу віртуальну валюту, яку можна легко обміняти на кошти; чи
b. приватний ключ криптографічної системи, який дає можливість фізичній або юридичній особі мати доступ до цифрового вираження вартості, згаданого вище.

У керівництві, опублікованому у зв'язку із запропонованими поправками від 9 червня 2018 року, зазначено, що здійснення операцій включатиме послуги з обміну віртуальної валюти та послуги з переказу віртуальної валюти.[476] Операція з обміну віртуальної валюти визначається як «обмін, на запит іншої фізичної чи юридичної особи, віртуальної валюти на кошти, коштів на віртуальну валюту або однієї віртуальної валюти на іншу».[477]

FINTRAC також надав керівні настанови щодо визначення того, коли надання послуг особам, які перебувають у Канаді, може зобов'язати юридичну особу зареєструватись як FMSB. Керівні настанови зосереджується, насамперед, на тому, чи

474 Ibid.
475 Ibid.
476 Ibid.
477 Ibid.

послуги «направлені» на фізичних чи юридичних осіб у Канаді, і зазначають, що організація буде вважатися такою, чиї послуги направлені на фізичних або юридичних осіб у Канаді, якщо:[478]

a. маркетинг або реклама компанії спрямовані на фізичних або юридичних осіб, які знаходяться в Канаді;
b. компанія використовує доменне ім'я «.ca»; або
c. підприємство внесено до канадського довідника підприємств

Проте, навіть якщо жоден із вищезазначених критеріїв не застосовується, FINTRAC заявив, що установа все ще може розглядатися як така, що надає послуги фізичним або юридичним особам у Канаді, на основі таких додаткових критеріїв:[479]

a. послуги установи пропонуються в Канаді;
b. вартість товарів або послуг вказується в канадських доларах;
c. служба з підтримки клієнтів доступна й для клієнтів у Канаді;
d. установа збирає відгуки від клієнтів у Канаді; та
e. є інший бізнес у Канаді, який просуває послуги клієнтам у Канаді.

На додаток до перегляду визначення віртуальної валюти, поправки поширюють важливі зобов'язання щодо ведення обліку, звітності та перевірки особи на MSB, включно з FMSB. Примітно, що тепер особу можна перевірити з допомогою технології, здатної оцінити справжність документа, що посвідчує особу. Крім того, хоча установа все ще має визначити, чи державний документ, що посвідчує особу, з фотографією, який подає особа, співпадає з іменем та обличчям особи, цей процес тепер може бути завершено з допомогою цифрових засобів, таких як відеочати в режимі реального часу.[480] Починаючи з 1 червня 2021 року, PCMLTFA та пов'язані з ним нормативно-правові акти зазнали другого етапу змін, які встановлюють додаткові вимоги до підзвітних установ (RE), які здійснюють операції з віртуальними валютами.[481] Тепер RE повинні подавати Звіт про великі операції з віртуальною валютою (LVCTR) до FINTRAC, коли вони одержують віртуальну валюту на суму еквівалентну 10 000 канадських доларів або більше, за одну транзакцію або за кілька транзакцій, здійснених протягом 24 годин.[482] Крім того, RE повинні:

a. вести облік усіх операцій, щодо яких подається звітність;
b. завершити впровадження системи LVCTR якомога швидше до 1 грудня 2021 року; та

478 Уряд Канади, Іноземні грошово-кредитні компанії (FMSB), 1 червня 2020 р.

479 Ibid.

480 Ibid.

481 Уряд Канади, Центр аналізу фінансових операцій та звітів Канади, «Повідомлення про оцінку зобов'язань, яка набуває чинності 1 червня 2021 року, з останніми змінами від 18 травня 2021 року.

482 Ibid.

c. якнайшвидше й не пізніше 31 березня 2022 року подати всі не прозвітовані до цього великі транзакції віртуальних валют за період з 1 червня 2021 року по 30 листопада 2021 року, використовуючи FINTRAC Upload або системи вебзвітності FINTRAC (F2R).[483]

Після 1 грудня 2021 року RE повинні подавати LVCTR протягом п'яти робочих днів після дати отримання віртуальної валюти.[484]

Крім того, RE також повинні подавати звіт про переказ електронних коштів (EFT) до FINTRAC, коли вони або ініціюють або одержують міжнародний EFT на суму 10 000 канадських доларів або більше за одну транзакцію або протягом 24-годинного періоду.[485] Також з 1 червня 2021 діє «travel rule», яке вимагає включати конкретну інформацію, коли надсилається або отримується переказ EFT або віртуальної валюти. Ця вимога поширюється на фінансові установи, національні та іноземні MSB, які ініціюють EFT або перекази віртуальної валюти.

Квебек прийняв окреме законодавство про MSB, яким керує AMF. Закон про грошово-кредитні компанії[486] вимагає, щоб будь-яка фізична або юридична особа, яка керує грошово-кредитною компанією за винагороду, була зареєстрована як MSB. Питання реєстрації MSB у Квебеку треба розглядати в поєднанні з будь-якими підприємствами, які працюють із віртуальними валютами, і які мають зв'язок із Квебеком.[487]

Федеральне законодавство Канади також передбачає економічні та політичні санкції, включно з додатковими зобов'язаннями з моніторингу та звітності, а також заборони. Ці правила включають такі правопорушення, як свідоме збирання чи надання коштів терористичним організаціям чи пов'язаним із ними особам, а також відносини з урядами, організаціями чи фізичними особами, які підпадають під санкції.

III. РЕГУЛЮВАННЯ МАЙНЕРІВ

Процес майнингу віртуальної валюти, який використовує спеціалізовані високошвидкісні комп'ютери, є енергомістким. Хоча майнинг віртуальної валюти, на цей час, спеціально не регулюється в Канаді, використання обладнання для майнингу віртуальної валюти може регулюватися вимогами провінції чи муніципалітету, або й тим, й іншим, щодо використання енергії.

483 Ibid.
484 Ibid.
485 Ibid.
486 Закон про грошово-кредитні компанії: https://bit.ly/37qHP38
487 Ibid.

Низька температура в Канаді та низькі витрати на електроенергію зробили її особливо привабливою для майнерів віртуальної валюти.[488] Сплеск попиту на електроенергію в цьому секторі змусив деякі провінційні та муніципальні органи влади переглянути, як обробляти запити від майнерів віртуальної валюти.

Енергетична рада Квебеку, 25 квітня 2019 року, випустила рішення[489] про схвалення створення нової категорії споживачів «блокчейн» і схвалила створення зарезервованого блоку потужністю 300 мегават (МВт) для цієї категорії, 50 МВт з яких має бути виділено на блокчейн-проєкти потужністю 5 МВт або менше. Hydro-Quebec відкрила запит пропозицій щодо виділення блоку потужністю 300 МВт, зарезервованого для категорії споживачів блокчейну, 5 червня 2019 року. Проєкти оцінюватимуться на основі економічних та екологічних критеріїв, включно з кількістю прямих робочих місць у Квебеку, загальним фондом заробітної плати прямих робочих місць у Квебеку, капітальними інвестиціями в Квебек та загальним споживанням електроенергії.

У січні 2021 року Енергетична рада Квебеку оприлюднила рішення, у якому вимагало, щоби клієнти віртуальних валют обмежили споживання енергії на 95 відсотків до 300 годин упродовж зимових місяців.[490] У відповідь на занепокоєння щодо споживання енергії, Hydro-Quebec опублікувала звіт у квітні 2021 року з розділом, який описує рівень та умови обслуговування, зосередившись саме на індустрії майнингу криптовалюти.[491]

У листопаді 2020 року Банк Канади визнав, що кліматична криза є джерелом системного ризику для економіки Канади.[492] У 2021 році великі корпорації, такі як Tesla, публічно висловили занепокоєння щодо потенційно шкідливого впливу галузі віртуальних валют на довкілля.[493] Посилена увага довкола зростаючих викидів вуглекислого газу, що є потенційним побічним продуктом процесу видобутку віртуальної валюти, породила рух за більшу обізнаність щодо екологічного, соціального й корпоративного управління та регулювання в цій галузі.[494]

У «Фінальному звіті» робочої групи з модернізації ринків капіталу, опублікованому в січні 2021 року, було визначено необхідність публічних компаній у Канаді покращити розкриття інформації про фінансові ризики, пов'язані зі зміною клімату.[495]

488 Наомі Пауелл, «Криптомайнери наповнюють Канаду, посилюючи надії малих міст, які в очікуванні прориву», Financial Post, 23 червня 2020 р.

489 Рішення Енергетичної Ради D-2019-052 (29 квітня 2019 р.).

490 Рішення Енергетичної Ради D-2021-007 (28 січня 2021 р.).

491 Звіт Hyrdro-Quebec 2021року про тарифи на електроенергію (станом на 1 квітня 2021 р.).

492 Шон МакКарті, «Канадські корпорації відсувають кліматичні звіти, узгоджені на міжнародному рівні», Corporate Knights, 19 січня 2021 р.

493 Кеті Мартін і Біллі Науман, «Це брудна валюта: зростаюча енергетична проблема біткоїна», Financial Post, 26 травня 2021 р.

494 Ibid., виноска 492.

495 Міністерство фінансів Онтаріо, Підсумковий звіт робочої групи з модернізації ринків капіталу, січень 2021 року.

Цей звіт містив рекомендацію щодо впровадження міжнародної структури, заснованої на Цільовій групі з розкриття фінансової інформації, пов'язаної з кліматом (TCFD), для розв›язання проблем, пов'язаних із кліматом.[496] TCFD – це робоча група приватного сектора, визнана низкою урядів і фінансових регуляторів у всьому світі (включно з урядом Великобританії)[497], яка видає авторитетні рекомендації щодо звітності фінансово суттєвої інформації, пов'язаної з кліматом.[498] Важливо зазначити, що рекомендація, викладена в цьому звіті, не вказує на те, як ці вказівки щодо розкриття інформації вплинуть на установи, що працюють із віртуальними валютами.

IV. КРИМІНАЛЬНЕ ТА ЦИВІЛЬНЕ ШАХРАЙСТВО І ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

З огляду на те, що ринок, за своєю суттю, знаходиться на етапі свого зародження, контроль та розміщення віртуальних валют у Канаді представляє собою унікальну правозастосовну проблему як для прокурорів із карних справ, так і для органів регулювання цінних паперів. Хоча більшість судових процесів на ринку віртуальних валют на сьогоднішній день відбувалися за межами канадських кордонів, кілька канадських справ вимагають обговорення.

6 травня 2019 року BCSC розпочала розслідування щодо Einstein Capital Partners Ltd, Einstein Exchange Inc, Einstein Law Corporation та Майкла Онгуна Гоктюрка (разом, Einstein Group), після того як дізналася, серед іншого, що кошти клієнтів можуть бути під загрозою, і звернулася до суду з проханням заморозити активи Einstein Group. Відповідно до заяви, поданої BCSC 1 листопада 2019 року, Верховний суд Британської Колумбії наказав призначити тимчасового управителя для збереження та захисту будь-яких активів Einstein Exchange.[499]

Grant Thornton Ltd. було призначено тимчасовим управителем, який надав свій перший звіт до Суду в тому ж місяці.[500] Після публікації цього звіту Grant Thornton було згодом звільнено від виконання обов'язків тимчасового управителя.[501]

496 Ibid.

497 Ibid.

498 Ibid.

499 Комісія з цінних паперів Британської Колумбії, BCSC діє для захисту клієнтів платформи для торгівлі криптоактивами біржі Einstein (4 листопада 2019 р.).

500 Комісія з цінних паперів Британської Колумбії та Грант Торнтон, Einstein Capital Partners Ltd. – Перша доповідь тимчасового керуючого суду, 14 листопада 2019 р.

501 Комісія з цінних паперів Британської Колумбії, призначений судом керуючий біржі Einstein, складає свої повноваження (21 листопада 2019 р.).

У грудні 2018 року раптово помер єдиний співробітник і директор оператора платформи QuadrigaCX (Quadriga), що сприяла купівлі-продажу віртуальних валют. Стверджувалося, що ця особа була єдиним співробітником Quadriga, який знає зашифровані паролі, необхідні для отримання доступу до холодних гаманців віртуальних валют у Quadriga, і, як наслідок, після його смерті, не вдалось знайти більшість активів Quadriga у віртуальній валюті.

14 квітня 2020 року OSC опублікувала звіт, у якому детально описується версія регулятора про крах Quadriga, і встановлюється, що крах платформи стався головним чином через шахрайство співзасновника та генерального директора Quadriga, яке включало шахрайську торгівлю, покриття нестачі з внесків клієнтів та неправомірне привласнення коштів.[502] У звіті встановлено, що активи клієнтів не були відокремлені від власних коштів платформи, клієнти не мали контролю над цими активами, а для зберігання цих активів використовувалася комбінація гарячих гаманців та інших платформ для торгівлі віртуальною валютою без відповідного повідомлення про це клієнтам. Інші недоліки, зазначені у звіті, включали неналежне ведення обліку та записів, а також злочинну торгівлю генерального директора й засновника із клієнтами платформи, із використанням підставних рахунків. Відповідно до вказівок, викладених у Повідомленні для персоналу 21-327, OSC також зазначила, що той факт, що платформа здійснювала зберігання, контроль та володіння активами клієнтів та доставляла ці активи лише після запитів на зняття, робило її об›єктом регулювання з цінних паперів, оскільки подібні права клієнта являти собою цінні папери або деривативи. OSC зазначила, що Quadriga покривала нестачу в активах із допомогою внесків інших клієнтів, і дійшла висновку, що Quadriga працювала як схема Понці, і що «те, що сталося в Quadriga, було старомодним шахрайством, оберненим у сучасні технології». Важливо, що OSC зазначила, що «належна торгівля віртуальною валютою є законним і важливим компонентом канадських ринків капіталу», і вона продовжує працювати з цією галуззю та сприяти інноваціям. Звіт OSC щодо Quadriga є важливим довідковим документом для виявлення ключових чинників ризику, які CSA оцінить у своєму огляді VCTPs, які отримують нормативне підтвердження в Канаді.

У липні 2020 року Coinsquare Ltd та її керівників зобов'язали виплатити санкції в розмірі понад 2,2 мільйона канадських доларів після того, як їх визнали винними в маніпулюванні ринком, через інформування про завищені обсяги торгів, введені в оману клієнтів щодо обсягу підозри та вжиття заходів у відповідь проти інформатора.[503] Це було першою виконавчою справою OSC проти VCTP.[504]

502 Комісія з цінних паперів Онтаріо, QuadrigaCX: Огляд співробітників Комісії з цінних паперів Онтаріо, 14 квітня 2020 року.

503 Комісія з цінних паперів Онтаріо, Щодо справи Coinsquare Ltd., Коул Даймонд, Вірджил Ростанд і Фелікс Мейзер, Угода про врегулювання, 16 липня 2020 року.

504 Ibid.

OSC, 29 березня 2021 року, опублікувала пресреліз одночасно з Повідомленням для персоналу 21-329, в якому наказала VCTP, які мають користувачів з Онтаріо, зв'язатися з персоналом OSC до 19 квітня 2021 року, щоб обговорити те, як привести їхню діяльність як дилера або маркетплейсу у відповідність із канадськими законами про цінні папери.[505]

Якщо VCTP, які мають користувачів з Онтаріо, не зроблять цього до вказаної дати, OSC попередила, що будуть вжиті заходи для забезпечення виконання вимог чинного законодавства про цінні папери.[506]

Після опублікування Повідомлення для персоналу 21-329, OSC розпочала правозастосовні дії щодо таких VCTP: Polo Digital Assets, Ltd (Poloniex)[507] Mek Global Limited та PhoenixFin Pte. Ltd (разом KuCoin)[508] і Bybit Fintech Limited (Bybit).[509]

Відповідно до звинувачень у цих справах, ці VCTP не змогли розпочати процес дотримання правил реєстрації та вимог щодо розкриття інформації до кінцевої дати – 19 квітня 2021 року, зазначеного в Повідомленні для персоналу 21-329. OSC вважає, що така поведінка суперечила підрозділу 25(1)[510] та розділу 53[511] Закону про цінні папери.

Відповідно до повноважень, наданих її юрисдикцією відповідно до підрозділу 127(1)[512], OSC вимагає вжити таких заходів:

a. призупинити дозвіл на торгівлю;
b. заборонити придбання цінних паперів;
c. забезпечити неможливість подання заявки на виключення;
d. заборонити діяти як реєстрант, менеджер інвестиційного фонду або промоутер;
e. накласти адміністративний штраф у розмірі до 1 мільйона канадських доларів за кожне недотримання вимог; та
f. вилучити суми, отримані внаслідок порушення Закону про цінні папери.

505 Ibid., виноска 404.
506 Ibid.
507 Комісія з цінних паперів Онтаріо, Заява про звинувачення, Polo Digital Assets, Ltd. (Poloniex), 25 травня 2021 року.
508 Комісія з цінних паперів Онтаріо, Заява про звинувачення, Mek Global Limited та PhoenixFin Pte Ltd. (разом KuCoin), 2 червня 2021 року.
509 Комісія з цінних паперів Онтаріо, Заява про звинувачення, Bybit Fintech Limited (Bybit), 21 червня 2021 року.
510 Ibid., виноска 2, p.25(1).
511 Ibid., p.53.
512 Ibid., p.127(1).

V. ОПОДАТКУВАННЯ

i. ОПОДАТКУВАННЯ ВІРТУАЛЬНИХ ВАЛЮТ

У цілях оподаткування, Податкове агентство Канади (CRA) зайняло позицію, що віртуальні валюти являють собою товар, а не валюту.[513] Так, прибутки або збитки, отримані від торгівлі віртуальними валютами, оподатковуються як прибуток або капітал для платника податку.[514] Чи є операція доходом або капіталом, це питанням факту і визначається CRA за допомогою вивчення природи такої операції.

Якщо операція розглядається як капітал, платник податку буде зобов'язаний включити до обчислення свого доходу за податковий рік половину суми будь-якого приросту капіталу (оподатковуваного приросту капіталу), реалізованого в цьому році. Відповідно до положень Закону про податок на прибуток[515], платник податку, як правило, зобов'язаний вирахувати половину суми будь-якої втрати капіталу (допустимої втрати капіталу), реалізованої за податковий рік відчуження під оподатковуваний дохід від приросту капіталу, який реалізовано в тому ж податковому році. Допустимі втрати капіталу, що перевищують оподатковуваний приріст капіталу за податковий рік відчуження, як правило, можуть бути повернені та вирахувані в будь-який із трьох попередніх податкових років або перенесені та вирахувані в будь-який наступний податковий рік із чистого прибутку від оподаткованого приросту капіталу, реалізованого в ці податкові роки, в обсязі та за обставин, зазначених у Податковому Законі. Якщо операція розглядається як прибуток, отриманий прибуток оподатковується як звичайний дохід, а збитки, як правило, підлягають вирахуванню.

ii. МАЙНИНГ ВІРТУАЛЬНИХ ВАЛЮТ

Податковий режим майнингу віртуальної валюти буде залежати від того, чи здійснюється ця діяльність із метою отримання прибутку чи як особисте починання.[516] Особисте починання— це діяльність, яка здійснюється задля власного задоволення й не є джерелом доходу в цілях оподаткування, тільки якщо вона не здійснюється в комерційний і діловий спосіб. Заразом, з огляду на складність діяльності з майнингу, CRA, ймовірно, вважатиме майнинг віртуальних валют діловою діяльністю. Отже, майнинг віртуальних валют вимагатиме від платника податків обчислення доходу та звітування про нього відповідно до Закону про податок на прибуток, включно з правилами щодо інвентаризації.

513 Канадське податкове агентство, Документ № 2013-0514701I7, 23 грудня 2013 року.: https://bit.ly/3KXU2Ll

514 Канадське податкове агентство, Інформаційні бюлетені та сповіщення платників податків, Що ви повинні знати про цифрову валюту, 17 березня 2015 року.

515 Закон про податок на прибуток, RSC 1985, c.1: https://bit.ly/3EpuvrX

516 Канадське податкове агентство, документ № 2014-0525191E5, 28 березня 2014 року.: https://bit.ly/3KTh1XY

Точніше, CRA зазначило, що біткоїн, отриманий майнером для підтвердження транзакцій, є компенсацією за послуги, надані майнером.[517] Якщо платник податків займається майнингом біткоїнів, отриманий біткоїн має бути включений до доходу платника податку в той момент, коли він зароблений. CRA підтвердила, що майнер повинен включити в дохід вартість наданих послуг або вартість отриманих біткоїнів, залежно від того, що легше оцінити, і в більшості випадків CRA очікує, що вартість отриманих біткоїнів буде більш легко оцінити та, відповідно, це та сума, яка має бути включена до доходу.[518]

iii. ЗДІЙСНЕННЯ ПЛАТЕЖІВ ВІРТУАЛЬНОЮ ВАЛЮТОЮ

Якщо віртуальна валюта використовується для виплати заробітної плати, ця сума має бути включена до доходу працівника, й обчислена в канадських доларах.[519] У результаті кваліфікації віртуальних валют як товару, використання віртуальних валют для придбання товарів або послуг підпорядковується правилам, що застосовуються до бартерних операцій. Так, якщо для придбання товарів або послуг використовуються віртуальні валюти, до доходу продавця, в цілях оподаткування, має бути включена вартість товару або послуги в канадських доларах, а не у віртуальній валюті.[520] Проте, CRA зазначило, що справедлива ринкова вартість віртуальної валюти на момент здійснення постачання має використовуватися для визначення податку на товари й послуги та уніфікованого податку з продажів, який підлягає сплаті при купівлі товару або послуги, що обкладається податком.[521]

iv. СПЕЦІАЛЬНО ВИЗНАЧЕНЕ ЗАКОРДОННЕ МАЙНО

CRA заявило, що віртуальні валюти, що розташовуються, депоновані або зберігаються за межами Канади, підпадають під визначення спеціально визначеного закордонного майна, як це прописано в Законі про податки.[522] Таким чином, резиденти Канади повинні звітувати в CRA, коли загальна вартість віртуальних валют, розташованих, депонованих або тих, що зберігаються за межами Канади, перевищує 100 000 канадських доларів у будь-який момент року, через подання форми T1135 разом із податковою декларацією за рік.

517 Канадське податкове агентство, документ № 2018-0776661I7, 8 серпня 2019 року.: https://bit.ly/3vj9pY0

518 Ibid.

519 Канадське податкове агентство, Комплаєнс, Віртуальна валюта, з останніми змінами від 26 червня 2019 року.: https://bit.ly/381io8w

520 Ibid., виноска 513.

521 Ibid.

522 Канадське податкове агентство, документ № 2014-0561061E5, 16 квітня 2015 року.: https://bit.ly/3ryERk6

v. СТЯГНЕННЯ ПОДАТКУ НА ТОВАРИ Й ПОСЛУГИ ТА УНІФІКОВАНОГО ПОДАТКУ З ПРОДАЖІВ ЩОДО ОПЕРАЦІЙ ІЗ ВІРТУАЛЬНОЮ ВАЛЮТОЮ

Наразі немає законодавчих актів, які б вказували на те, як вирішити питання стягнення податку на товари й послуги та уніфікованого податку з продажів (GST/HST) з операцій у віртуальних валютах. Позиція CRA щодо природи віртуальних валют у цілях GST/HST так само неясна. Міністерство фінансів намагалося прояснити це питання, оприлюднивши 17 травня 2019 року законопроєкт[523] про внесення змін до Закону про акцизний податок (ETA)[524], де чітко посилатися на віртуальні валюти. Запропонована поправка додає «віртуальні платіжні інструменти» до визначення «фінансових інструментів» у Розділі 123(1) ETA, таким чином звільняючи будь-який продаж віртуальної валюти або операцію з віртуальними валютами як формою платежу від GST/HST. Федеральний бюджет на 2021 рік підтвердив намір уряду продовжити роботу над законодавчими пропозиціями, оприлюдненими 17 травня 2019 року.[525] Зокрема, законопроєкт C-30 вніс вищезгадану зміну до визначення «фінансових інструментів»[526], коли отримав королівську згоду та був прийнятий у якості закону 29 червня 2021 року.[527] Зміна визначення поняття «фінансові інструменти» набрала чинності з 18 травня 2019 року.

VI. ПЛАНИ НА МАЙБУТНЄ

Як і в інших юрисдикціях з усього світу, спостерігається різке прискорення попиту на віртуальні активи, транзакційна активність в інтернеті та зниження використання готівки. У жовтні 2020 року Банк Канади опублікував звіт про основоположні принципи та основні характеристики цифрових валют центрального банку разом із сімома іншими центральними банками, включно з Банком Англії та Європейським Центральним Банком.[528] Конкурентна гонка між цифровими валютами центральних банків і приватними цифровими валютами, ймовірно, прискорять модернізацію та регулювання роздрібних платіжних систем у Канаді. Поява нових платформ зберігання віртуальної валюти та індустрії колекціонування, що ґрунтується на невзаємозамінних токенах, є іншими важливими етапами розвитку в просторі віртуальних валют.

523 Міністерство фінансів Канади, Проєкт Закону про акцизний податок, 17 травня 2019 року.: https://bit.ly/3Eps1Kf

524 Закон про акцизний податок, RSC 1985, c. E-15: https://bit.ly/3MbFAiZ

525 Міністерство фінансів Канади, Федеральний бюджет на 2021 рік, Додаток 6 Податкові заходи: додаткова інформація, раніше оголошені заходи, 19 квітня 2021 року.: https://bit.ly/37kmuZu

526 Закон про імплементацію окремих положень бюджету, поданий на розгляд до парламенту 19 квітня 2021 року, а також інші заходи, законопроєкт C-30, друга сесія, парламент Канади 43-го скликання, 2020–2021 роки.

527 Ibid., виноска 526.

528 Банк Канади та ін., «Цифрові валюти центрального банку: основоположні принципи та основні характеристики», 9 жовтня 2020 року.: https://bit.ly/3vnGphT

У липні 2021 року Tetra Trust Company (Tetra) стала першим регульованим зберігачем у Канаді, який має право зберігати цифрові активи.[529] Tetra пройшла процес погодження з Міністерством фінансів уряду Альберти протягом 18 місяців, щоб отримати дозвіл на діяльність у якості зберігача в цілях NI 81-102[530] і NI 31-103[531]. Водночас, виникаюче занепокоєння щодо негативних зовнішніх ефектів та впливу на довкілля через надмірне споживання енергії, пов'язаної з майнингом віртуальної валюти, може сприяти більшому регулюванню в цій сфері. Неспроможність належним чином врахувати критерії ESG може вплинути на подальше прийняття цифрових активів у Канаді.

Дорожня карта, створена згідно з Повідомленням для персоналу 21-329, має призвести до розвитку та регулювання нових платформ і бізнесу на канадському ринку та подальшого вдосконалення нормативно-правової бази. Правоохоронні дії, запроваджені проти невідповідних VCTP після прийняття цього Повідомлення для персоналу, схоже, свідчать про нову еру транскордонної правозастосовної діяльності проти глобальних VCTP, які приймають канадських користувачів і відмовляються співпрацювати з CSA. Заразом, у глобальній гонці за створенням дружніх до криптовалют регуляторних хабів, Канада може позиціонувати себе як жорстку, але прагматичну та надійну юрисдикцію для створення бізнесу з віртуальними валютами.

529 Ванмала Субраманіам, «Фінтех-стартап у Калгарі Tetra Trust стає першим регульованим зберігачем криптоактивів у Канаді», The Globe and Mail, 8 липня 2021 року.

530 Ibid., виноска 467.

531 Ibid., виноска 441.

ЛЮКСЕМБУРГ

I. ОЗНАЙОМЛЕННЯ З НОРМАТИВНО-ПРАВОВОЮ БАЗОЮ

Будучи всесвітньо визнаним фінансовим центром, що має міжнародне охоплення, Люксембург позиціонує себе як світовий лідер у сфері цифрових фінансових послуг і як центр фінансових технологій.[532] Він завжди розглядав інновації як найважливіший чинник розвитку фінансових послуг і фінансовий сектор загалом. Виходячи з цього, до 2019 року Люксембург вже прийняв закон, який чітко вказує, що цінні папери можна законно зберігати та передавати з допомогою технологій розподіленої мережі,[533] додавши ще один шар до своєї давньої традиції «інновації через закон», де однією з найважливіших засад є правова визначеність. У 2021 році законодавчий орган Люксембургу ввів подальші інновації, ухваливши закон, який чітко визнає можливість випуску дематеріалізованих цінних паперів з допомогою технології розподіленої мережі, такої як блокчейн.[534] Це також була перша країна в Європі, яка ліцензувала платформи обміну віртуальних валют як платіжні установи.

Якщо емісія віртуальних валют як така не потребує авторизації, послуга, яка надається посередником – отримання коштів від покупця біткоїнів для їх подальшого переведення продавцю – підпадає під дію авторизації як платіжна установа. Цей дозвіл повторює думку Комісії з нагляду за фінансовим сектором (CSSF), яка у 2014 році була першим регулятором фінансового сектору, який виступав за регулювання платформ для обміну віртуальних валют під час здійснення діяльності фінансового сектору.[535]

532 LFF FinTech: https://bit.ly/389z1zf.

533 Закон від 1 березня 2019 року про внесення змін до Закону від 1 серпня 2001 року «Про обіг цінних паперів», https://bit.ly/38OckRg.

534 Закон від 22 січня 2021 року про внесення змін до Закону від 5 квітня 1993 року «Про фінансовий сектор» (Закон про фінансовий сектор), https://bit.ly/3Ghr9rZ, та Закону від 6 квітня 2013 року «Про безматеріальні цінні папери», https://bit.ly/3LL4lCg.

535 Річний звіт CSSF за 2016 рік, https://bit.ly/3LxjTJC.

У прес-релізі від 14 лютого 2014 року CSSF вважає, що така діяльність, як випуск платіжних засобів у формі віртуальних або інших валют, надання платіжних послуг з використанням віртуальних або інших валют, а також створення ринку (платформи) для торгівлі віртуальними або іншими валютами має бути визначена як фінансова діяльність, і будь-яка особа, яка бажає влаштуватися у Люксембурзі для здійснення такої діяльності, має отримати дозвіл Міністра. 19 квітня 2016 року Міністр фінансів видав дозвіл Bitstamp Europe SA, платформі, яка дозволяє своїм клієнтам обмінювати біткоїни, євро та долари США. BitFlyer, японська платформа для обміну віртуальних валют, отримала ліцензію у січні 2018 року.

Попередження споживачів про віртуальні валюти, опубліковане CSSF 14 березня 2018 року, підтвердило цю позицію, стверджуючи, що, незважаючи на те, що наразі в Люксембурзі не існує законодавчої бази, яка б конкретно застосовувалася до віртуальних валют, слід мати на увазі, що будь-яке надання послуг у фінансовому секторі фізичною або юридичною особою потребує дозволу Міністра фінансів.

В іншому попередженні споживачів, опублікованому в ту саму дату, щодо первинних розміщень монет (ICO) і токенів, CSSF визнає, що залучення коштів громадськості через ICO не підлягає спеціальному регулюванню і не користується жодними гарантіями чи іншими формами регуляторного захисту.

Крім того, CSSF вважає, що, незважаючи на відсутність конкретних норм, діяльність, пов'язана з ICO або створенням токенів, а також збором і залученням коштів, може підпадати під дію певних законодавчих положень і, таким чином, низці вимог щодо нагляду, залежно від характеристик діяльності.[536]

CSSF вказує в попередженні, що він:

«оцінює таку діяльність зі збору коштів, поширюючи свій аналіз на цілі, щоб визначити, чи може це бути схемою обходу або ухилення від регулювання фінансового сектору, зокрема положень Закону від 10 липня 2005 року «Про проспекти цінних паперів»[537] та Закону від 5 квітня 1993 р. «Про фінансовий сектор».[538] CSSF вважає, що для будь-якого збору коштів ініціатори таких ICO повинні розробити процедури боротьби з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму».

Закон від 25 березня 2020 року Про внесення змін до Закону від 12 листопада 2004 року «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму» (Закон «Про ПВК/ФТ»)[539] запровадив нові вимоги до реєстрації та управління для постачальників послуг віртуальних активів (VASP) та надав юридичні визначення, пов'я-

536 Попередження CSSF щодо первинного розміщення монет («ICO») і токенів, видане 14 березня 2018 р, https://bit.ly/3yR3KMk.

537 https://bit.ly/3NwJIuQ.

538 https://bit.ly/3lARYOo.

539 https://bit.ly/3wLLWiT.

зані з VASP, віртуальними активами, віртуальними валютами, постачальниками послуг зберігання або адміністрування та постачальниками послуг кастодіальних гаманців. Таким чином, VASP — це організації, які надають своїм клієнтам або від імені своїх клієнтів одну або кілька з наступних послуг:

a. обмін між віртуальними активами та фіатними валютами, включаючи послуги обміну між віртуальними валютами та фіатними валютами;
b. обмін між однією або декількома формами віртуальних активів;
c. передача віртуальних активів;
d. зберігання або управління віртуальними активами або інструментами, що дозволяють контролювати віртуальні активи, включаючи послуги кастодіального гаманця; і
e. участь у наданні фінансових послуг, пов'язаних із пропозицією емітента або продажем віртуальних активів.[540]

Відповідно до Закону «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму», «віртуальний актив» означає цифрове представлення вартості, включаючи віртуальну валюту, яка може продаватися у цифровій формі або може передаватися та використовуватися для платежів або інвестицій, за винятком віртуальних активів, які відповідають умовам електронних грошей у значенні пункту 29 статті 1 Закону від 10 листопада 2009 року «Про платіжні послуги» зі змінами (Закон «Про платіжні послуги»), та віртуальних активів, які відповідають умовам фінансових інструментів у розумінні пункту 19 статті 1 Закону «Про фінансовий сектор» від 5 квітня 1993 року із змінами (Закон «Про фінансовий сектор»).[541]

Закон «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму» визначає «віртуальну валюту» як цифрове уявлення цінності, яка не випускається чи не гарантується центральним банком або державним органом; не обов'язково прив'язана до законно встановленої валюти та не має правового статусу валюти або грошей, але приймається особами як засіб обміну і може передаватися, зберігатися та продаватися у цифровому вигляді.[542]

Відповідно до Закону «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму», постачальник послуг із зберігання або адміністрування – це постачальник послуг зі зберігання або адміністрування віртуальних активів або інструментів, що дають змогу контролювати віртуальні активи, включаючи послуги кастодіального гаманця.[543]

540 Стаття 1 (20c) Закону «Про ПВК/ФТ».
541 Стаття 1 (20b) Закону «Про ПВК/ФТ».
542 Стаття 1 (20a) Закону «Про ПФК/ФТ».
543 Стаття 1 (20d) Закону «Про ПВК/ФТ».

«Послуга кастодіального гаманця» визначається як послуга зі збереження приватних криптографічних ключів від імені клієнтів, зберігання, збереження та передачі віртуальних валют.[544]

Відповідно до Закону «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму» CSSF – це компетентний наглядовий орган за віртуальними активами та VASP. Роль CSSF у цьому контексті обмежується реєстрацією, наглядом та забезпеченням дотримання лише з метою протидії відмиванню коштів та фінансуванню тероризму.[545]

У 2021 році в Люксембурзі в реєстрі, створеному CSSF, були зареєстровані перші VASP: це були bitFlyer і невдовзі Swissquote Bank Europe SA.

II. ЗАКОНИ ПРО ЦІННІ ПАПЕРИ ТА ІНВЕСТИЦІЇ

У своєму попередженні щодо ICO, CSSF не передбачила класифікацію токенів або криптовалют, що лежать в основі ICO, як фінансові інструменти або іншим чином. У той же час CSSF визнає, що цей вид діяльності може підпадати під дію наглядових вимог у Люксембурзі.

Попередження CSSF відповідає позиції Європейського управління з цінних паперів і ринків (ESMA) щодо ICO.[546] ESMA також вважає, що фірми, які беруть участь у ICO, повинні уважно розглянути питання про те, чи є їхня діяльність регульованою. Якщо це так, то фірми повинні дотримуватися відповідного законодавства, і будь-яке недотримання буде вважатися порушенням.

Суб›єктам, які хотіли б надавати послуги, пов›язані з токенами, будь то продаж токенів, або публічна пропозиція цих токенів у рамках регульованої фінансової системи, слід дозволити це робити, доки виконуються всі чинні вимоги законодавства.

Згідно з документом ESMA від листопада 2017 року, функції та призначення монет або токенів відрізняються в різних ICO. Деякі монети або токени служать для доступу або придбання послуги або продукту, які емітент розробляє, використовуючи кошти, отримані від ICO. Інші надають право голосу або частку в майбутніх доходах підприємства-емітента. Деякі не мають матеріальної цінності. Деякі монети або токени продаються або можуть бути обмінені, або те, й інше, на традиційні або віртуальні валюти на спеціалізованих біржах після випуску.[547]

544 Стаття 1 (20e) Закону «Про ПВК/ФТ».

545 Повідомлення CSSF від 9 квітня 2020 року щодо віртуальних активів, постачальників послуг віртуальних активів та відповідний процес реєстрації.

546 Заяви ESMA від 13 листопада 2017 року ESMA 50-157-828, https://bit.ly/3PCuaHv.

547 Ibid.

Кампанії ICO проводяться онлайн, з допомогою Інтернету та соціальних мереж. Монети або токени зазвичай створюються та розповсюджуються з допомогою технології розподіленої мережі або блокчейну. ICO використовуються для залучення коштів на різноманітні проєкти, включаючи, зокрема, підприємства, які використовують розподілену мережу. Практично кожен, хто має доступ до Інтернету, може взяти участь у ICO.[548]

Як правило, у контексті ICO можна визначити наступні три типи токенів:[549]

a. Платіжні токени або токени криптовалюти: вони призначені для використання, зараз або в майбутньому, як платіжний засіб для придбання товарів або послуг, а також як засіб переказу грошей або цінностей. Криптовалюти не дають підстав для пред'явлення претензій до їх емітента.[550] На платіжні токени поширюється дія Закону «Про платіжні послуги».[551]

b. Токени корисності: вони надають цифровий доступ до програми або послуги з допомогою інфраструктури на основі блокчейну.[552]

c. Токени активу: вони представляють такі активи, як боргові або акціонерні вимоги до емітента. Токени активу обіцяють, наприклад, частку в майбутніх прибутках компанії або майбутніх потоках капіталу. Таким чином, за своєю економічною функцією, ці токени аналогічні до акцій, облігацій або деривативів. До цієї категорії також належать токени, які дозволяють торгувати фізичними активами на блокчейні.[553]

Беручи за основу застереження CSSF щодо ICO, і, зокрема заяву про те, що токени активу можуть підлягати регуляторному нагляду відповідно до позиції кількох європейських країн щодо ICO,[554] ми вважаємо, що залежно від характеру токена, ICO може, зокрема, підпадати під дію Закону «Про фінансовий сектор», Закон із внесеними змінами «Про ринки фінансових інструментів» від 30 травня 2018 року (Закон «Про ринки фінансових інструментів»),[555] Закон із внесеними змінами «Про суб›єктів колективного інвестування» від 17 грудня 2010 року (Закон «Про суб›єк-

548 Ibid.

549 Рекомендації Швейцарського управління з нагляду за фінансовими ринками (FINMA) щодо запитів про нормативно-правову систему для первинного розміщення монет (ICO). Опубліковано 16 лютого 2018 року, https://bit.ly/3LREMQ1.

550 Ibid.

551 Закон від 10 листопада 2009 року «Про платіжні послуги», щодо діяльності установ електронних грошей та остаточність розрахунків у платіжних системах та системах розрахунків за цінними паперами – в редакції Закону від 20 липня 2018 року, https://bit.ly/3wGh6bv.

552 Рекомендації FINMA щодо запитів про нормативно-правову систему для первинного розміщення монет (ICO), https://bit.ly/3IFWivz.

553 Ibid.

554 Консультативний лист Німеччини «Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht» (BaFin) WA 11-QB 4100-2017/0010, https://bit.ly/3wBAQ13, Франція Проєкт Закону «Relatif à la croissance et la transformation des entreprises» від 19 червня 2018 року, https://bit.ly/3NsABv1; Рекомендації FINMA щодо запитів щодо нормативно-правової системи для первинного розміщення монет (ICO), https://bit.ly/3IxsFg2.

555 https://bit.ly/3MLTSb2.

тів колективного інвестування»)[556] та Закон із внесеними змінами «Про проспекти цінних паперів» від 10 липня 2005 року (Закон «Про проспекти цінних паперів»).

Тому ми вважаємо, що токени активів необхідно аналізувати з урахуванням концепції фінансових інструментів і застосованих до них законів та положень.[557] Залежно від своєї структури, токен може кваліфікуватися як цінний папір, що перебувають в обігу, або як одиниця в підприємстві колективного інвестування, або він може служити базовим активом для похідного контракту.

Токенізація цінних паперів у Люксембурзі отримала серйозний поштовх завдяки ухваленню Закону від 1 березня 2019 року Про внесення змін до Закону від 1 серпня 2001 року «Про обіг цінних паперів». У новій статті 18 bis Закону «Про обіг цінних паперів» передбачено, що цінні папери можуть зберігатися з використанням технологій розподіленої мережі, а також ці технології можуть використовуватися для реєстрації переказів. Цей Закон був доповнений Законом від 22 січня 2021 року Про внесення змін до Закону «Про фінансовий сектор» та Закону «Про дематеріалізовані цінні папери» від 6 квітня 2013 року, які прямо визнають можливість випуску дематеріалізованих цінних паперів з допомогою технології розподіленої мережі, такої як блокчейн.

i. ЦІННІ ПАПЕРИ, ЩО ПЕРЕБУВАЮТЬ В ОБІГУ

Закон «Про ринки фінансових інструментів»[558] визначає цінні папери, що перебувають в обігу, як ті категорії цінних паперів, які є оборотними на ринку капіталів (за винятком платіжних інструментів), таких як:

a. акції компаній та інші цінні папери, еквівалентні акціям компаній, товариств або інших суб'єктів, а також депозитарні розписки на акції;
b. облігації або інші форми сек›юритизованого боргу, включаючи депозитарні розписки щодо таких цінних паперів; та
c. будь-які інші цінні папери, що дають право на придбання або продаж будь-яких таких цінних паперів, що перебувають в обігу, або які дають право для розрахунку готівкою, що визначається з посиланням на цінні папери, що перебувають в обігу, валюти, процентні ставки або прибутковість, товари або інші індекси чи показники.

Згідно з цим визначенням, якщо токен перебуває в обігу, є оборотним і втілює у собі певні права, то, на перший погляд, його можна визначити як цінний папір у наступних ситуаціях.

556 https://bit.ly/3a52r1V.
557 Стаття 1 (19) Закону «Про фінансовий сектор» та Додаток II розділ «Б» цього ж закону.
558 Стаття 1 (55) реалізує статтю 4(1) (44) Директиви 2014/65/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 15 травня 2014 р.

a. Що стосується можливості передачі, то у своїй заяві,[559] Робоча група з питань фінансів «Blockchain Bundesverband» вважає, що можливість передачі означає, що одиниці можуть бути передані іншій особі, незалежно від наявності сертифіката, який реєструє або документує існування одиниць. Ці поняття можуть бути використані у Люксембурзі з відповідними змінами. Важливим моментом є те, що переказ можна здійснити та зареєструвати без наявності письмового документа.[560]

b. Питання в тому, чи є токен оборотним, необхідно проаналізувати в класичному контексті оборотності цінних паперів. Цінні папери є оборотними, зокрема, коли ними торгують на біржах або платформах.[561]

c. Що стосується прав, пов'язаних із токенами, то це мають бути акціонерні права, облігації або права, які дозволяють придбати або продати вищезгаданий тип цінного паперу або суміжні з ними права.

До токена можна застосувати трьохфакторне тестування, щоб визначити, чи він кваліфікується як цінний папір:[562]

a. Перший фактор пов'язаний з економічним обґрунтуванням випуску токена. Чому видається токен? Який проєкт за ним стоїть? Це бізнес або економічний проєкт? Яка мета емітента?

b. Другий фактор пов'язаний з правами власника токена. Це права типу акцій чи облігацій?

c. Третій фактор пов'язаний з метою покупця або продавця. Чому він або вона купує токен? Чи бере участь власник у отриманні прибутку? Чи зацікавлений він або вона в економічному та фінансовому розвитку компанії або проєкту?

Цей тест буде актуальним і допоможе визначити, чи є токен цінним папером. На практиці цілком може виявитися, що другий і третій фактори (пункти (b) і (c) вище) у багатьох випадках збігаються.

Необхідно враховувати суть інвестицій. Якщо по суті токен відповідає цінному паперу і має наслідки, подібні до наслідків з цінними паперами, то він повинен

559 Робоча група з питань фінансів «Blockchain Bundesverband», Заява про регулювання токенів з акцентом на продажі токенів.

560 Це відповідає законодавству Люксембургу, яке значною мірою визнає дематеріалізовані цінні папери: Закон «Про обіг цінних паперів» від 1 серпня 2001 року та Закон «Про дематеріалізовані цінні папери» від 6 квітня 2013 року.

561 Див. також рекомендаційний лист BaFin WA 11-QB 4100-2017/0010, в якому зазначено, що «торговельні платформи для криптовалют в принципі можна вважати фінансовими ринками або ринками капіталу у значенні визначення цінного паперу».

562 Подібно до тесту Хауі, створеного Верховним судом США для визначення того, чи кваліфікуються певні операції як інвестиційні контракти. Див. презентацію Жана-Луї Шільца на Люксембурзькій біржі 4 жовтня 2017 року та в Університеті Мюнстера 7 листопада 2017 року «ICO та фінансове регулювання», https://bit.ly/3MDs7kx.

регулюватися як цінний папір.[563] Не можна стверджувати, що через інноваційний характер токенів і через технології, що лежать в основі, вони будуть звільнені від дотримання фінансового регулювання, зокрема (але не виключно) щодо захисту інвесторів та аспектів ПВК/ФТ.[564] Це підтверджується проєктом пропозиції Європейської комісії з регулювання ринків криптоактивів (Положення MiCA),[565] який був прийнятий 24 вересня 2020 року і який прямо виключає зі сфери застосування криптоактиви, які кваліфікуються як фінансові інструменти за змістом MiFID II.[566]

ii. ОДИНИЦЯ В ІНСТИТУТІ СПІЛЬНОГО ІНВЕСТУВАННЯ

Токен також може бути структурований таким чином, щоб його можна було кваліфікувати як одиницю інвестиційного фонду, як це визначено у Законі «Про інститути спільного інвестування». Токен також може бути заснований або представляти одиницю в інституті спільного інвестування.

iii. БАЗОВИЙ АКТИВ ДЛЯ ДЕРИВАТИВУ

Токен також може використовуватися як базовий актив для деривативу.[567] У цьому випадку дериватив буде класифікуватися як фінансовий інструмент.[568]

Згідно з документом ESMA, один із висновків кваліфікації токенів як фінансових інструментів полягає в тому, що фірми, які беруть участь у ICO, здійснюють регульовану інвестиційну діяльність, таку як розміщення, торгівля фінансовими інструментами або консультування щодо них, а також управління або маркетинг схем спільного інвестування.[569]

Наприклад, платформи для обміну віртуальної валюти, які призначені для торгівлі токенами, що кваліфікуються як фінансові інструменти, на своїх платформах повинні бути авторизовані як багатосторонній торговий інструмент відповідно до Закону «Про фінансовий сектор».[570]

---

563 Це відповідає підходу FINMA, який розглядає економічну функцію та призначення випущених токенів: «Оцінюючи ICO, ми розглядаємо економічну функцію та призначення токенів, які випускаються. Іншими словами, якщо вона виглядає як качка, плаває як качка і крякає, як качка, то FINMA буде ставитися до неї як до качки… Таким чином, використовуючи тест з качкою: платіжні токени, такі як біткоїн або їх новіші родичі, виглядають як засоби платежу, і тому підлягають вимогам ПВК. А токени активів виглядають як цінні папери, і тому підпадають під дію Закону «Про цінні папери». (Марк Бренсон, головний виконавчий директор FINMA, основний виступ на діалозі Швейцарії та Великобританії, що відбувся 13 березня 2018 року в Лондоні)».

564 Див. Марка Бренсона, головного виконавчого директора FINMA, доповідача на діалозі Швейцарії та Великобританії, що відбувся 13 березня 2018 року в Лондоні.

565 https://bit.ly/38aktiJ.

566 Стаття 2, 2 (a) Пропозиції щодо положення Європейського парламенту та Ради про ринки криптоактивів та внесення змін до Директиви (ЄС) 2019/1937).

567 Пункт (4), (9) або (10) Додатка II розділу B Закону «Про фінансовий сектор».

568 Консультативний лист Німеччини BaFin WA 11-QB 4100-2017/0010.

569 Заяви ESMA від 13 листопада 2017 року.

570 Стаття 24-9 Закону «Про фінансовий сектор».

Підсумовуючи слід зазначити, що залежно від точної кваліфікації токена та фінансової послуги можуть застосовуватися наступні закони:

a. Закон «Про проспекти цінних паперів»;
b. Закон «Про фінансовий сектор»;
c. Закон «Про ринки фінансових інструментів»;
d. Закон «Про інститути спільного інвестування»;
e. Закон «Про розпорядників альтернативних інвестиційних фондів зі змінами» від 12 липня 2013 року;[571] і
f. Закон «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму».

III. БАНКІВСЬКІ ТА ГРОШОВІ ПЕРЕКАЗИ

Компанія з переказу грошей, еквівалентна компанії з грошових послуг (MSB) у Сполучених Штатах, регулюється в Люксембурзі Законом «Про платіжні послуги». На відміну від MSB у Сполучених Штатах, платіжні установи Люксембургу повністю регулюються.[572]

IV. ПРОТИДІЯ ВІДМИВАННЮ КОШТІВ

Закон «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму» застосовується до токенів, як тільки вони потрапляють у сферу регулювання фінансового сектору. Платформи обміну віртуальних валют також повинні відповідати Закону «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму» та, більш конкретно, вимогам, що пов'язані із зобов'язаннями щодо належної перевірки клієнтів, зобов'язань щодо належної внутрішньої організаційної структури та зобов'язань щодо співпраці з органами влади.[573]

У 2020 році відповідно до поправки до Закону «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму» VASP були включені до сфери дії Закону «Про протидію відмиванню коштів та фінансуванню тероризму».[574] Слід зазначити, що відповідно до Закону «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму» «віртуальний актив» означає цифрове представлення цінності, включаючи віртуальну валюту, якою можна торгувати у цифровому вигляді, передавати або використовувати її у платіжних та інвестиційних цілях, і яка не відповідає умовам

571 https://bit.ly/3PBB9AF.

572 Як ми розуміємо, платіжні установи в основному підпорядковуються вимогам Мережі боротьби з фінансовими злочинами (тобто, ПВК та ПФТ).

573 Див. Розділ V.

574 Стаття 2 (1) пункт 16 Закону «Про ПВК/ФТ».

кваліфікації електронних грошей за змістом Закону «Про платіжні послуги» або умовам кваліфікації фінансовий інструмент відповідно до Закону «Про фінансовий сектор».[575]

Відповідно до Закону «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму», VASP, які здійснюють діяльність, не пов'язану з наданням платіжних послуг, повинні бути зареєстровані як VASP у CSSF.

Вони повинні подати запит на реєстрацію до CSSF, який має містити таку інформацію, як: назва заявника; адреса його центрального управління; опис виконуваної діяльності, зокрема, перелік передбачених видів послуг віртуальних активів та їх відповідні кваліфікаційні вимоги; та опис ризиків відмивання грошей та фінансування тероризму, яким буде схильний заявник, а також механізмів внутрішнього контролю, створених заявником для зменшення цих ризиків та дотримання професійних зобов'язань, визначених у Законі «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму» та у Положенні (ЄС) 2015/847[576] про інформацію, що супроводжує перекази коштів.[577] Ця нова вимога застосовується до VASP, які або створені в Люксембурзі, або надають свої послуги в Люксембурзі.

У своєму повідомленні від 9 квітня 2020 року CSSF попросила, щоб будь-яка юридична особа, яка вже пропонує будь-яку з послуг віртуальних активів, описаних у Законі «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму», включаючи будь-яку юридичну особу, яка вже має ліцензію або зареєстрована компетентним органом, і, зокрема, будь-яку ліцензовану фінансову установу, яка повинна:

a. негайно повідомляти про це CSSF електронною поштою;
b. якнайшвидше і не пізніше 30 травня 2020 року подати реєстраційний файл до CSSF для спеціальної реєстрації як VASP; та
c. дотримуватись професійних зобов'язань та умов, описаних у зміненому Законі «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму».

Крім того, та сама юридична особа повинна бути попередньо зареєстрована як VASP і повинна дотримуватись професійних зобов'язань та умов, описаних у Законі «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму».

575 Пункт 20b статті 1 Закону «Про ПВК/ФТ».
576 https://bit.ly/3wCWwdh.
577 Стаття 7-1, п 2 Закону «Про ПВК/ФТ».

V. РЕГУЛЮВАННЯ БІРЖ

Платформи віртуального обміну валют, які хочуть створити в Люксембурзі, повинні отримати ліцензію як платіжна установа. Ця вимога застосовується до платформ, які допускають обмін віртуальних валют на готівку і навпаки. Важливо підкреслити, що регулювання поширюється лише на ті потоки коштів, які кваліфікуються як платіжні послуги.

Застосовуються всі вимоги, передбачені Законом «Про платіжні послуги», а це означає, що обмінні платформи повинні подати заявку до CSSF для авторизації як платіжної установи. Крім того, Закон «Про платіжні послуги» вимагає, щоб платіжні установи, які отримали дозвіл, на постійній основі дотримувались умов авторизації та відповідали вимогам щодо звітності перед CSSF.

Крім того, як уже згадувалося в Розділі IV, відповідно до Закону «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму»[578] та Повідомлення CSSF від 9 квітня 2020 року, платформи обміну повинні бути зареєстровані як VASP у CSSF.

i. ПРОЦЕДУРА АВТОРИЗАЦІЇ

Відповідно до Закону «Про платіжні послуги», жодна особа, крім постачальника платіжних послуг, не має права надавати платіжні послуги в Люксембурзі.

Як і будь-яка платіжна установа, біржові платформи, які забезпечують обмін віртуальної валюти на фіатну валюту (і навпаки), а також які бажають відкритися у Люксембурзі, повинні будуть надати CSSF всю інформацію, передбачену законодавством і зазначену у формі заявки на авторизацію, що опублікована на вебсайті CSSF та у впроваджених Керівних настановах Європейської служби банківського нагляду.[579]

У заявці на авторизацію заявники повинні зазначити:

a. ідентифікаційні дані;
b. програму операцій;
c. бізнес-план;
d. структурну організація бізнесу;
e. докази наявності початкового капіталу; та
f. заходи щодо захисту коштів користувачів платіжних послуг.

578 Стаття 7-1 Закону «Про ПВК/ФТ».

579 Керівні настанови щодо інформації, яка має надаватися для авторизації платіжних установ та для реєстрації операторів з надання інформації про рахунки відповідно до статті 5(5) Директиви (ЄС) 2015/2366, https://bit.ly/3lzBSo9.

Крім того, заявники повинні подати до CSSF:

a. механізми їх управління та внутрішнього контролю;
b. процедуру їх моніторингу, обробки та вжиття подальших заходів у зв'язку з інцидентами безпеки та скаргами клієнтів, пов'язаними з безпекою; та
c. процес реєстрації, моніторингу та відстеження конфіденційних платіжних даних та обмеження доступу до них, а також заходи щодо забезпечення безперервності бізнесу.

Форма також вимагає подання:

a. принципів та визначення, що застосовуються до збору статистичних даних про результати діяльності, операції та шахрайство;
b. документів політики безпеки; та
c. механізми внутрішнього контролю за дотриманням зобов'язань щодо ПВК/ФТ.

Крім того, CSSF має запитувати інформацію про осіб, які мають право власності, щоб CSSF могла розпочати оцінку особи та придатності директорів та осіб, відповідальних за управління платіжною установою. Також необхідно надати інформацію про аудиторів.

Форма заявки CSSF вимагає, щоб інформація, надана заявниками, була достовірною, повною, точною та актуальною, а також щоб заявники дотримувалися всіх положень форми заявки.

Рівень деталізації наданої інформації має бути пропорційним розміру та внутрішній організації заявника, а також характеру, обсягу, складності та ризикам, які заявник має намір надавати.

З практичної точки зору, необхідно наголосити, що у зв'язку з інноваційним характером послуг, які надаються через платформи обміну віртуальних валют (і зокрема, технологія розподіленої мережі, що лежить в основі віртуальних валют, і той факт, що перекази віртуальної валюти в даний час не контролюються державними органами Європейського Союзу), постачальники цих послуг повинні приділяти особливу увагу ризикам, що пов'язані з інформаційними технологіями (IT) та ПВК і ФТ, а також ризикам, пов'язаним з їхнім продуктом.

ii. ВИМОГИ ДО АВТОРИЗАЦІЇ ПІСЛЯ ВИДАЧІ ДОЗВОЛУ

Після отримання ліцензії, платформи для обміну віртуальних валют повинні на постійній основі відповідати вимогам, встановленим Законом «Про платіжні послуги». Стаття 11 цього Закону вимагає, щоб для забезпечення надійного та

розумного управління платіжною установою, вона розпоряджалася надійною системою внутрішнього управління для надання платіжних послуг, яка включає:

a. чітку організаційну структуру з чітко визначеними, прозорими та послідовними сферами відповідальності;
b. ефективні процеси виявлення, управління, моніторингу та звітності про ризики, яким вони наражаються або можуть наражатися; та
c. адекватні механізми внутрішнього контролю, включаючи надійні адміністративні процедури та процедури обліку, а також механізми контролю та безпеки для систем обробки інформації.

Організація, процеси та механізми мають бути всеосяжними та пропорційними характеру, масштабу та складності платіжних послуг, що надаються платіжною установою.

Кілька циркулярів CSSF додатково визначають зобов'язання платіжної установи під час роботи в Люксембурзі та за його межами.

Особливу увагу необхідно приділити вимогам щодо центрального управління організацій. Згідно з Циркуляром CSSF 95/120,[580] платіжна установа повинна мати не тільки зареєстрований офіс у Люксембурзі, але й також свою центральну адміністрацію, включаючи центр прийняття рішень та головний офіс, у Люксембурзі.

Циркуляр також вимагає, щоб особи, відповідальні за управління, та керівники різних ділових та адміністративних функцій або різних департаментів чи відділів, що існують в установі, в принципі повинні постійно перебувати на місці. 9 квітня 2021 року CSSF також випустив Циркуляр CSSF 21/769,[581] в якому викладені вимоги щодо управління та безпеки, яких необхідно дотримуватись під час впровадження рішень для дистанційної роботи. Що стосується вимог до управління, у Циркулярі вказано, що:

«Піднаглядні органи зобов'язані постійно підтримувати надійне центральне управління у Люксембурзі та зберігати достатню кількість матеріальних засобів у своїх приміщеннях, у тому числі, щоб дозволити їм своєчасно вирішувати надзвичайні ситуації та інші важливі питання».

Слід зазначити, що вимоги Циркуляру CSSF застосовуються у звичайних загальних умовах праці (тобто не в кризових ситуаціях, таких як пандемія Covid-19, та не в інших виняткових обставинах із порівняним впливом на загальні умови праці).

580 https://bit.ly/3yYAtQ5.

581 Циркуляр CSSF 21/769 Вимоги у галузі управління та безпеки для піднаглядних органів для виконання завдань або здійснення діяльності з допомогою дистанційної роботи, https://bit.ly/3GaHFKk.

У Циркулярах CSSF також пояснюються законодавчі вимоги щодо адміністративної та бухгалтерської організації платіжної установи, а також її функцій внутрішнього контролю та забезпечення дотримання вимог, а також вимоги аутсорсингу.[582]

Особливу увагу біржові платформи мають приділяти циркулярам, які стосуються безпеки IT та безпеки інтернет-платежів. Платіжні установи мають право використовувати ресурси для хмарних обчислень, що надаються зовнішнім постачальником хмарних послуг, для ведення свого бізнесу.[583] Для всіх практичних цілей це важливо, оскільки більшість, якщо не всі біржі покладаються на хмарні рішення.

Платіжні установи повинні надавати періодичні звіти до CSSF. Циркуляр 11/511 CSSF[584] стосується схеми періодичної звітності для платіжних установ.

Після закінчення фінансового року до CSSF має бути наданий короткий звіт, а також остаточний варіант таблиць періодичної звітності та звіти внутрішнього аудиту та контролю. Через місяць після проведення чергових загальних зборів акціонерів, до CSSF необхідно подати повний аудиторський звіт з низкою інших корпоративних документів. Дотримання платіжними установами усіх зазначених вище вимог оцінюється в контексті пруденційного нагляду та підлягає регулярним виїзним перевіркам.

VI. РЕГУЛЮВАННЯ МАЙНЕРІВ

Законодавство Люксембургу не передбачає жодних конкретних вимог щодо ліцензування майнерів. Однак, якщо майнер здійснює свою діяльність професійно, він або вона повинні подавати заявку на отримання ліцензії для звичайної підприємницької діяльності і, отже, вважатися постачальником професійних послуг.

VII. РЕГУЛЮВАННЯ ЕМІТЕНТІВ ТА СПОНСОРІВ

Як обговорювалося в Розділі II, якщо токени ICO кваліфікуються як фінансові інструменти, то фірми, які беруть участь у ICO, проводять регульовану фінансову діяльність у Люксембурзі, і тому повинні дотримуватися відповідних положень.

Емітент токена, що кваліфікується як фінансовий інструмент, повинен, наприклад, опублікувати проспект відповідно до Закону «Про проспекти цінних паперів».

582 Циркуляр IML 96/126, https://bit.ly/3wBIR6b, Циркуляр IML 98/143 (зі змінами, внесеними Циркуляром CSSF 04/155), https://bit.ly/39MXhaD, Циркуляр CSSF 04/155, https://bit.ly/3MHCpAh.

583 Циркуляр CSSF 17/654, https://bit.ly/3wCeP2a, роз'яснює нормативну базу, яка регулює IT-аутсорсинг, що на основі інфраструктури хмарних обчислень, що надається зовнішнім постачальником.

584 https://bit.ly/3PzE1xZ.

Крім того, застосовуватиметься Регламент ЄС «Про проспекти».[585]

У цьому контексті важливим є те, що станом на 21 липня 2018 року Регламент «Про проспекти» звільняє публічні пропозиції цінних паперів на загальну суму менше 1 мільйона євро в Європейському Союзі, розраховану на 12 місяців від зобов'язання опублікувати проспект,[586] оскільки європейські законодавчі органи вважають, що витрати на виготовлення проспекту, ймовірно, будуть неспівмірними доходам, які передбачаються від пропозиції.[587]

Також застосовується додатковий виняток, який було імплементовано до законодавства Люксембургу. Регламент «Про проспекти» надає державам-членам можливість не вимагати опублікування проспекту публічних пропозицій цінних паперів на суму, що не перевищує 8 мільйонів євро протягом 12 місяців, але лише в тому випадку, якщо пропозиція обмежена однією державою-членом, і на неї не поширюється режим паспортизації.[588]

З 21 липня 2019 року також застосовуються інші винятки; наприклад:

a. пропозиції, зроблені кваліфікованим інвесторам, або пропозиції, адресовані менше ніж 150 особам на одну державу-член (крім кваліфікованих інвесторів);
b. пропозиції цінних паперів, номінал одиниці яких становить не менше 100 000 євро; або
c. пропозиції, адресовані інвесторам, які купують цінні папери на загальну суму щонайменше 100 000 євро на одного інвестора за кожну окрему пропозицію.[589]

Емітенти повинні будуть дотримуватися Закону «Про ПВК/ФТ», а також звичайні положення цивільного та господарського права.

Якщо токени ICO не кваліфікуються як фінансові інструменти, фірми, які беруть участь у ICO, що підпадають під дію нової статті 1(20c) Закону «Про ПВК/ФТ», повинні відповідати новим вимогам, що застосовуються до VASP. Вони повинні зареєструватися в CSSF та дотримуватися всіх вимог Закону «Про ПВК/ФТ» та Постанови (ЄС) 2015/847 щодо інформації, яка супроводжує переказ коштів.

585 Регламент (ЄС) 2017/1129 Європейського парламенту та Ради від 14 червня 2017 року про проспекти, що підлягають публікації у випадку публічної пропозиції цінних паперів або їх допуску до торгів на регульованому ринку, та про скасування Директиви 2003/71/ЄС .

586 Стаття 1(3) Регламенту (ЄС) 2017/1129.

587 Виклад 13 Регламенту (ЄС) 2017/1129.

588 Стаття 1(3) Регламенту (ЄС) 2017/1129 – це рішення держави-члена. Пункт 5 статті 18(2) Закону від 16 липня 2019 року «Про проспекти цінних паперів» запровадив це рішення у законодавство Люксембургу.

589 Стаття 1(4) Регламенту (ЄС) 2017/1129.

Для реєстрації, VASP також повинні дотримуватись вимог пункту 3 статті 7-1 Закону «Про ПВК/ФТ» щодо осіб, які виконують управлінські функції, а також кінцевих бенефіціарних власників (КБВ) самих провайдерів. Особи, які виконують управлінські функції, та КБВ мають подати до CSSF докази своєї професійної кваліфікації. Професійний статус оцінюється на основі поліцейських досьє та будь-яких інших елементів, які свідчать про те, що відповідні особи мають гарну репутацію та дають усі гарантії бездоганної поведінки.

Закон «Про ПВК/ФТ» також вимагає, щоб принаймні дві особи мали відповідати за управління юридичною особою та були уповноважені ефективно визначати напрямок діяльності підприємства, а будь-яка зміна членів керівництва або КБВ повинна бути попередньою схвалена CSSF. Ці особи повинні мати відповідний професійний досвід і надати докази своєї професійної кваліфікації.[590]

VIII. КРИМІНАЛЬНЕ ТА ЦИВІЛЬНЕ ШАХРАЙСТВО І ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

Більшість, якщо не всі закони, про які йдеться у цьому розділі, містять положення про правозастосування, які передбачають як адміністративні, так і кримінальні санкції. Звичайне цивільне право, право захисту прав споживачів, господарське та кримінальне право також можуть застосовуватися в контексті шахрайства та примусового виконання.

IX. ОПОДАТКУВАННЯ

Щодо прямого оподаткування, то 26 липня 2018 року податкова адміністрація видала циркуляр,[591] основні частини якого можна узагальнити таким чином:

a. віртуальні валюти – це нематеріальні активи для цілей бухгалтерського обліку та оподаткування;

b. професіонали, які займаються майнингом або продажем віртуальних валют, підлягають звичайному оподаткуванню; і

c. у непрофесійному середовищі прибуток, отриманий від операцій, за якими віртуальна валюта обмінюється на іншу валюту (фіатну або віртуальну), або коли віртуальна валюта використовується для оплати товарів або послуг, це підлягає оподаткуванню відповідно до правил, що застосовуються до спекулятивних доходів, якщо передана віртуальна валюта зберігалася менше шести місяців.

590 Пункт 3 статті 7-1 Закону «Про ПВК/ФТ».

591 Circulaire du directeur des contributions L.I.R. № 14/5 – 99/3 – 99 bis/3 від 26.07.2018р.

Що стосується непрямих податків, а також відповідно до загальновизнаних принципів законодавства ЄС, фінансові послуги не обкладаються податком на додану вартість (ПДВ). Обмін фіатної валюти на віртуальну валюту не оподатковується ПДВ згідно з рішенням Європейського Суду Справедливості у справі Гедвікста.[592]

X. ІНШІ ПИТАННЯ

Якщо токен відповідає визначенню електронних грошей, тобто по суті це грошова вартість, представлена претензією до емітента, що зберігається в електронному вигляді та видається при отриманні коштів з метою здійснення платіжних операцій та приймається фізичною або юридичною особою, яка відрізняється від емітента – емітент повинен подати заявку на отримання ліцензії на електронні гроші.[593]

Токени, забезпечені фіатними валютами і розроблені виключно для використання як платіжний інструмент, підпадають під це визначення.

Процес ліцензування, що застосовується до емітентів електронних грошей, аналогічний процесу, який застосовується до заявників на отримання ліцензії платіжної установи.[594] Так само, як і платіжні установи, установи електронних грошей повинні відповідати вимогам законодавства, встановленим Законом «Про платіжні послуги» на постійній основі. Циркуляри CSSF роз'яснюють юридичні вимоги.

XI. ПЛАНИ НА МАЙБУТНЄ

Завдяки технологіям розподіленого реєстру та криптовалютам, які тут залишаться,[595] з 2014 року Люксембург продемонстрував свою здатність впроваджувати інновації у сфері фінтеху. Ми твердо віримо, що Люксембург також стане центром ЄС для регульованих пропозицій токенів у майбутньому.

592 Прес-реліз Суду Європейського Союзу № 128/15 Люксембург, 22 жовтня 2015 року, справа C 264/14 Скеттеверкет проти Девіда Гедквіста. Це підтверджено циркуляром № 787 від 11 червня 2018 року Директоратом з питань адміністрування та управління доменів.

593 Стаття 1(29) Закону «Про платіжні послуги».

594 Стаття 24-1 та наступні Закону «Про платіжні послуги».

595 Виступ міністра фінансів Люксембургу в Гонконзі від 16 січня 2018 року.

НІГЕРІЯ

I. ОЗНАЙОМЛЕННЯ З НОРМАТИВНО-ПРАВОВОЮ БАЗОЮ

Нині в Нігерії відсутня узгоджена нормативно-правова база, яка регулює статус та поводження віртуальних валют та активів. Центральний банк Нігерії (ЦБН) і Комісія з цінних паперів та бірж Нігерії (SEC) стверджують, що щодо учасників ринку, які здійснюють операції з віртуальними валютами або іншими цифровими активами, діють юрисдикції, які дублюють одна одну.

ЦБН вказав, що використання в Нігерії віртуальних валют, випущених нерегульованими та неліцензованими організаціями, суперечить його повноваженням як законного емітента законного платіжного засобу в Нігерії.[596] Визначивши криптовалюти як «цифрові або віртуальні валюти, які випущені переважно анонімними організаціями та захищені з допомогою криптографії», і визначивши криптографію як «метод шифрування та приховування кодів, які перешкоджають нагляду, звітності та регулюванню», ЦБН заявив, що використання криптовалют у Нігерії є прямим порушенням чинного законодавства.[597] ЦБН також розпорядився закрити всі рахунки, що належать фізичним або юридичним особам, які здійснюють операції на криптовалютних біржах в Нігерії.[598]

На відміну від цього, SEC у своєму Звіті «Про цифрові активи та їх класифікацію та обробку» (Звіт)[599] від 14 вересня 2020 року заявила, що віртуальні криптоактиви є цінними паперами, які підпадають під сферу регулювання SEC, і повторила цю

596 Закон «Про Центральний банк Нігерії» 2007 S2(b).

597 Центральний банк Нігерії (ЦБН), «Відповідь на регуляторну директиву щодо криптовалют» (прес-реліз, 7 лютого 2021 року), Центральний банк Нігерії (ЦБН), «Відповідь на регуляторну директиву щодо криптовалют» (прес-реліз, 7 лютого 2021 року), https://www.cbn.gov.ng/Out/2021/CCD/CBN%20Press%20Release%20Crypto%2007022021.pdf.

598 ЦБН, «Лист до всіх депозитних банків, небанківських фінансових установ та інших фінансових установ» (циркуляр, 5 лютого 2021 р.), https://www.cbn.gov.ng/Out/2021/CCD/Letter%20on%20Crypto.pdf.

599 Комісія з цінних паперів і бірж, Нігерія (SEC), Звіт «Про цифрові активи та їх класифікацію і обробку» (циркуляр, 14 вересня 2020 р.), https://sec.gov.ng/statement-on-digital-assets-and-their-classification-and-treatment.

позицію у прес-релізі 11 лютого 2021 року.[600] Крім того, згідно з SEC, усі пропозиції токенів цифрових активів (DATO), первинне розміщення монет (ICO), ICO інвестиційних токенів та інші пропозиції цифрових активів на основі блокчейну в Нігерії або нігерійські емітенти чи спонсори, або іноземні емітенти, які орієнтовані на нігерійських інвесторів, підлягають регулюванню SEC.

Проте, відповідно до позиції ЦБН щодо криптовалют,[601] SEC призупинила допуск до своєї програми Регуляторної Інкубації (PI)[602] всіх осіб, на яких поширюється дія директиви ЦБН, доки вони не зможуть управляти банківськими рахунками в рамках нігерійської банківської і фінансової системи.

II. ЗАКОНИ ПРО ЦІННІ ПАПЕРИ ТА ІНВЕСТИЦІЇ

Основним законодавчим актом, що регулює ринки капіталу в Нігерії, є Закон «Про інвестиції та цінні папери» 2007 року (ISA). Закон «Про інвестиції та цінні папери» визначає SEC як основний регулюючий орган на ринку капіталу Нігерії.[603] Відповідно до своїх повноважень щодо розробки правил та норм для ринку, серед іншого,[604] SEC випустила Правила та положення Комісії з цінних паперів та бірж 2013 року (Правила SEC), які доповнюють Закон «Про інвестиції та цінні папери». SEC регулярно публікує нові нормативні документи, які доповнюють правила SEC.

Закон Нігерії (включаючи Закон «Про інвестиції та цінні папери» та Правила SEC) не передбачає регулювання віртуальних валют у Нігерії. Комісія з цінних паперів і бірж у своїй Заяві підтверджує свою позицію, що вона буде використовувати тристоронній підхід до регулювання інновацій у секторі криптовалют; цей підхід включає в себе безпеку, поглиблення ринку та надання рішень проблем, які будуть визначати регулювання, стратегією та взаємодією з новаторами, які прагнуть легітимності та актуальності в цій галузі, що розвивається.

У тій же Заяві SEC вказала, що регулюватиме віртуальні активи, якщо характер інвестицій буде кваліфікуватися як цінні папери.[605] Позиція SEC полягає в тому, що, якщо інше не доведено емітентом або спонсором, віртуальні криптоактиви є цінними паперами.

600 SEC, Прес-реліз «Про криптовалюти» (прес-реліз, 11 лютого 2021 р.), https://sec.gov.ng/press-release-on-crypto currencies

601 SEC, Прес-реліз «Про криптовалюти» (див. примітку 5).

602 Програма Регуляторної Інкубації встановлює основні вимоги до фінтех-фірм щодо роботи відповідно до встановлених, але обмежених положень протягом певного періоду.

603 Розділ 13 Закону «Про інвестиції та цінні папери» (ISA) надає SEC повноваження регулювати інвестиції та бізнес з цінними паперами в Нігерії.

604 Розділ 4 Закону «Про інвестиції та цінні папери».

605 SEC, Заява «Про цифрові активи та їх класифікацію і обробка» (див. примітку 4).

Крім того, усі DATO, ICO, ICO із інвестиційними токенами та інші пропозиції цифрових активів на основі блокчейну в Нігерії або нігерійських емітентів, спонсорів чи іноземних емітентів, які орієнтовані на нігерійських інвесторів, підлягають регулюванню SEC.

Відповідно до Заяви, будь-яка особа (фізична або юридична), діяльність якої пов'язана з будь-яким аспектом послуг, пов'язаних із блокчейном та віртуальними цифровими активами, включаючи, але не обмежуючись, отриманням, передачею та виконанням замовлень від імені інших осіб, у SEC повинні бути зареєстровані посередники, які діють самостійно, управління інвестиціями, інвестиційні консультації, послуги зберігача або номінального власника.

Наразі SEC визнає наступні категорії віртуальних активів та інструментів і забезпечує їх обробку відповідно до Правил SEC.

i. КРИПТОАКТИВИ

SEC прийняла опис криптоактивів, який описує їх як «цифрове представлення вартості, яким можна торгувати в цифровому вигляді та функціонує як: засіб обміну; та/або розрахункова одиниця; та/або запас цінності, але який не має статусу законного платіжного засобу в жодній юрисдикції».

Згідно з SEC, криптоактив і не випускається, і не гарантується жодною юрисдикцією і виконує перераховані вище функції лише за згодою в межах спільноти користувачів криптоактивів, і він відрізняється від фіатної валюти та «електронних грошей».[606]

Криптоактиви розглядаються як товари, якими торгують на визнаній інвестиційній біржі або випущені як інвестиції, відповідно до частини «E» Правил SEC та будь-яких інших відповідних розділів і наступних правил.

ii. ТОКЕНИ КОРИСНОСТІ АБО «НЕ ІНВЕСТИЦІЙНІ ТОКЕНИ»

Токени корисності просто надають користувачам продукт або послугу (наприклад, віртуальні токени). Вони сприймаються як товари. Однак спотова торгівля та операції з токенами корисності не підпадають під компетенцію SEC, якщо вони не проводяться на визнаній інвестиційній біржі, де на них поширюються Частина «E» Правил SEC та будь-які інші відповідні розділи та правила.

606 Ibid.

iii. ІНВЕСТИЦІЙНІ ТОКЕНИ

У Заяві SEC описує інвестиційні токени як віртуальні токени, які мають функції та характеристики цінних паперів, що представляють активи, такі як участь у реальних фізичних базових активах, компаніях або потоках прибутків, або право на виплату дивідендів чи відсотків. За своїми економічними функціями ці токени аналогічні акціям, облігаціям тощо.

Інвестиційні токени вважаються цінними паперами, як це визначено у Законі «Про інвестиції та цінні папери».[607] Уся діяльність у сфері фінансових послуг, пов'язана з інвестиційними токенами, як-от: (1) робота на первинних або вторинних ринках; і (2) укладання угод, торгівля або управління інвестиціями в інвестиційному токені або консультування щодо них залежатимуть від відповідних нормативних вимог. Крім того, ринкові посередники та учасники ринку, які займаються інвестиціями в інвестиційні токени або керують ними, повинні бути зареєстровані та затверджені SEC як учасники ринку капіталу, визнані інвестиційні біржі або розрахункові палати, залежно від обставин.

iv. ДЕРИВАТИВИ ТА КОЛЕКТИВНІ ІНВЕСТИЦІЙНІ ФОНДИ КРИПТОАКТИВІВ, ІНВЕСТИЦІЙНІ ТОКЕНИ ТА ТОКЕНИ КОРИСНОСТІ

Деривативи — це контракт між двома або більше сторонами, вартість якого заснована на узгодженому базовому фінансовому активі, тоді як колективний інвестиційний фонд (також відомий як колективний інвестиційний траст) — це група об'єднаних рахунків, що знаходяться у розпорядженні банку або трастової компанії для інвесторів. Вони будуть регулюватися як певні інвестиції згідно з Законом «Про інвестиції та цінні папери» та Правилами SEC, тоді як ринкові посередники та підприємства, що займаються операціями з деривативами та колективними інвестиційними фондами криптоактивів, інвестиційними токенами та токенами корисності, повинні бути зареєстровані та затверджені SEC.

607 Відповідно до розділу 315 Закону «Про інвестиції та цінні папери»:
«цінні папери» означає –
(a боргові зобов'язання, фонди або облігації, випущені або запропоновані до випуску урядом;
(b боргові зобов'язання, фонди, акції, облігації або векселі, випущені або запропоновані до випуску юридичною особою;
(c) будь-які права або можливості щодо будь-яких таких боргових зобов'язань, фондів, акцій, облігацій або векселей; або
(d) товарні ф'ючерси, контракти, опціони та інші похідні інструменти, а також термін цінні папери в цьому Законі включає ті цінні папери в категорії цінних паперів, перерахованих у (a)–(d), вище, які можуть передаватися з допомогою будь-якого електронного засобу затвердженого Комісією і які можуть передаватися, зберігатися або утримуватися в будь-якому ліцензованому депозитарії або кастодіальній компанії, як це передбачено цим Законом.

III. БАНКІВСЬКІ ТА ГРОШОВІ ПЕРЕКАЗИ

Банківський сектор в основному регулюється ЦБН.[608] Згідно з ЦБН, криптовалюти випускаються нерегульованими та неліцензованими організаціями, та їх використання в Нігерії суперечить повноваженням ЦБН як емітента законного платіжного засобу в Нігерії відповідно до Закону «Про Центральний банк Нігерії» 2007 року.[609]

ЦБН у своєму циркулярі від 12 січня 2017 року (Циркуляр ЦБН) заявив, що за відсутності основних положень або рішення ЦБН всі банки та інші фінансові установи в Нігерії повинні забезпечити, щоб вони не використовували, не тримали, не торгували або здійснювати будь-які операції у віртуальних валютах.[610] ЦБН також зазначив у Циркулярі ЦБН, що віртуальні валюти не є законним платіжним засобом у Нігерії, тому будь-який банк або фінансова установа, що здійснює операції з віртуальною валютою, робить це на власний ризик. На додаток до Циркуляру ЦБН у листі від 5 лютого 2021 року (Лист ЦБН), ЦБН нагадав всім депозитним банкам (DMB), небанківським фінансовим установам (НФУ) та іншим фінансовим установам (ІФУ), які здійснюють операції у криптовалютах або сприяють спрощенню платежів на біржі криптовалюти, що є заборонено. Крім того, ЦБН розпорядився закрити всі рахунки, що належать фізичним або юридичним особам, які здійснюють операції на криптовалютних біржах в Нігерії.[611]

Слід зазначити, що Циркуляр ЦБН і Лист ЦБН не забороняють пряму торгівлю віртуальними валютами. Однак дія директив ЦБН полягає в тому, що фізичні або юридичні особи в Нігерії неспроможні сприяти торгівлі або передачі віртуальних валют через фінансову систему Нігерії.

IV. ПРОТИДІЯ ВІДМИВАННЮ КОШТІВ

Основним законодавчим актом, що регулює відмивання грошей у Нігерії, є Закон «Про відмивання грошей (Заборона)» 2011 року (зі змінами) (MLPA). Для регулювання фінансових установ, які підпадають під дію регулювання SEC, ЦБН випустив Положення ЦБН 2013 року (Протидія відмиванню грошей та боротьба з фінансуванням тероризму в банках та інших фінансових установах Нігерії) (Положення ЦБН щодо боротьби з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму), а SEC також випустила Положення SEC 2013 року (Щодо операторів ринку капіталу з

608 Розділ 2 Закону «Про Центральний банк Нігерії» 2007 року визначає цілі ЦБН, які включають випуск законної грошової одиниці в Нігерії та сприяння міцній фінансовій системі.

609 ЦБН, «Відповідь на регуляторну директиву щодо криптовалют» (див. примітку 2).

610 ЦБН, «Циркуляр для банків та інших фінансових установ щодо операцій у віртуальній валюті в Нігерії» (Циркуляр від 12 січня 2017 р.), https://www.cbn.gov.ng/out/2017/fprd/aml%20january%202017%20circular%20to%20fis%20on%20virtual%20currency.pdf

611 ЦБН, «Лист до всіх депозитних банків, небанківських фінансових установ та інших фінансових установ», https://www.cbn.gov.ng/Out/2021/CCD/Letter%20on%20Crypto.pdf

боротьби з відмиванням грошей та боротьби з фінансуванням тероризму) (Положення SEC «Про ПВК/ФТ»). MLPA, Положення «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму» ЦБН та Положення «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму» SEC не передбачають і не розглядають використання віртуальних валют для відмивання коштів.

Фінансові установи (ФУ) згідно з MLPA визначаються як: *«банківські установи, юридичні особи, асоціації або групи осіб, будь то юридичні особи корпоративного типу, чи некорпоративні юридичні особи, які займаються інвестиціями та цінними паперами, кредитні установи (дисконтний дім), страхові компанії, фірми з факторизації та конверсії боргових зобов›язань, пункти обміну валют, фінансові компанії, посередницькі фірми основна діяльність яких включає в себе факторинг, проєктне фінансування, оренда обладнання, послуги з управління заборгованістю, управління фондами, послуги з ведення бухгалтерського обліку, управління інвестиціями, фінансування замовлень на закупівлю, експортне фінансування, проєктний консалтинг, фінансовий консалтинг, управління пенсійними фондами та інші види діяльності, які Центральний банк або інші відповідні регулюючі органи можуть час від часу визначати».*

Визначені нефінансові установи (ВНФУ) згідно з MLPA визначаються як: *«торговці ювелірних виробів, автомобілів та предметів розкоші, дипломовані бухгалтери, аудиторські фірми, податкові консультанти, клірингові та розрахункові компанії, юристи, готелі, казино, супермаркети або такі інші підприємства, які Федеральне міністерство торгівлі та інвестицій або відповідні регулюючі органи можуть від час від часу визначати».*

Оскільки біржі віртуальної валюти в даний час не підпадають під визначення ФУ і ВНФУ відповідно до MLPA,[612] на них не поширюються вимоги MLPA, оскільки вони стосуються ФУ та ВНФУ, включаючи виконання вимог «Знай свого клієнта» (KYC).[613]

Визначення ФУ та ВНФУ відповідно до MLPA також включають такі інші види діяльності, які ЦБН або інші відповідні органи можуть час від часу визначати.[614] У тому випадку, якщо ЦБН або інші відповідні органи згодом класифікують біржі віртуальної валюти як ФУ або ВНФУ, на них будуть поширюватися положення MLPA та Закону «Про ПВК/ФТ».

У Циркулярі ЦБН, ЦБН вказав на необхідність захисту цілісності фінансової системи Нігерії та подолання ризиків відмивання грошей та фінансування тероризму, пов'язаних з біржами віртуальних валют та будь-якими іншими типами установ, які діють як вузли, де діяльність конвертованої віртуальної валюти перетинається з

612 Розділ 25 Закону «Про відмивання грошей (Заборона)» 2011 року (зі змінами).

613 Розділ 3 Закону «Про відмивання грошей (Заборона)» 2011 року (зі змінами).

614 Розділ 25 Закону «Про відмивання грошей (Заборона)» 2011 року (зі змінами).

регульованою фінансовою системою фіатної валюти.[615] На думку ЦБН, це є однією з причин для того, щоб банки та інші фінансові установи не зберігати віртуальні валюти, не торгували ними чи не здійснювали будь-які операції з ними. Іншим основним ризиком, зазначеним ЦБН, який подібний до ризику, визначеного іншими регулюючими органами по всьому світу, є анонімний та псевдоанонімний характер криптовалют.

У Циркулярі ЦБН, ЦБН наказав банкам та іншим фінансовим установам:

a. забезпечити, щоб існуючі клієнти, які є біржами віртуальної валюти, мали ефективні механізми контролю щодо ПВК/ФТ, що дозволяють їм дотримуватися вимог щодо ідентифікації клієнтів, перевірки та моніторингу операцій клієнтів;
b. припинити будь-які відносини з біржами віртуальних валют або клієнтами, якщо банки або інші фінансові установи не задоволені заходами контролю, які запроваджені відповідними віртуальними біржами; та
c. повідомляти Підрозділ фінансової розвідки Нігерії про будь-які підозрілі операції, здійснені біржами віртуальної валюти або клієнтами.

Незважаючи на вищезазначені вимоги щодо ПВК/ФТ для бірж віртуальної валюти та клієнтів, ЦБН у Листі ЦБН доручив усім депозитним банкам, НФУ та ІФУ ідентифікувати всіх фізичних та юридичних, які здійснюють операції або працюють на біржах криптовалют у рамках своїх систем, і забезпечити, щоб ці рахунки були негайно закриті. Це призвело до того, що фінансові установи були тимчасово відсторонені від виконання своїх обов›язків щодо забезпечення контролю ПВК/ФТ щодо таких клієнтів, доки ЦБН не скасує свою заборону, а біржі криптовалют не отримають доступ до фінансової системи Нігерії.

Положення SEC щодо ПВК/ФТ поширюється на учасників ринку капіталу, діяльність, що стосується відмивання коштів на ринку капіталу Нігерії та на інші пов'язані з цим питань. Положення SEC ПВК/ФТ визначає учасника ринку капіталу як будь-яку особу (фізичну або юридичну), належним чином зареєстровану в SEC для виконання певних функцій на ринку капіталу.

В тих випадках, коли постачальники послуг віртуальних активів (фізичні або юридичні) зможуть керувати рахунками в фінансовій системі Нігерії, а потім зможуть бути зареєстровані в SEC, вони повинні будуть виконувати вимоги «Знай свого клієнта» та інші вимоги щодо звітності, в нормативних актах, що застосовуються до учасників ринку капіталу. Крім того, вони, ймовірно, будуть віднесені до категорії ФУ у тій мірі, в якій вони будуть займатися інвестиціями та цінними паперами. Таким чином, на них поширюватимуться вимоги «Знай свого клієнта» відповідно до MLPA.

615 ЦБН, «Відповідь на регуляторну директиву щодо криптовалют» (див. примітку 2).

V. РЕГУЛЮВАННЯ БІРЖ

Обговорення питання регулювання бірж віртуальних валют є передчасним з огляду на суперечливі позиції ЦБН і SEC щодо віртуальних валют.

Діяльність бірж віртуальної валюти, як правило, регулюється SEC. Заява передбачає, що ринкові посередники та учасники ринку, такі як цінні папери або інвестиційні біржі,[616] які займаються або керують інвестиціями в інвестиційні токени, деривативи та фонди колективного інвестування криптоактивів, інвестиційні токени та токени корисності, повинні бути зареєстровані та затверджені SEC.

Вимога реєстрації бірж цінних паперів, передбачена в частині E Правил SEC, застосовуватиметься до бірж віртуальної валюти. Це включає офіційну заяву до SEC, подану за формою 5 SEC, що супроводжується такими документами:[617]

a. копія свідоцтва про реєстрацію біржі віртуальної валюти, засвідчена секретарем компанії;
b. дві копії меморандуму та статуту і змін (за наявності) біржі віртуальної валюти, засвідчені Комісією з корпоративних справ;
c. остання копія перевірених рахунків або відомості операцій біржі віртуальної валюти, підписана її аудиторами, та управлінські рахунки, яким на момент подання в SEC не більше 30 днів;
d. дві копії існуючих або запропонованих підзаконних актів або правил, кодексу поведінки, кодексу ділових відносин тощо, які називаються «правилами біржі»;
e. два копії вимог до лістингу біржі віртуальної валюти;
f. взяте під присягою зобов’язання негайно надавати SEC копії будь-яких поправок до правил біржі та вимог до лістингу;
g. інформація про об’єкти ринку;
h. детальна інформація про систему торгівлі, яка буде прийнята;
i. інформацію про організацію, включаючи структуру та склад членів її ради або правління, а також правила та процедури;
j. інструкція та посібник з перевірки діяльності членів;
k. детальна інформація про організаторів керівників біржі;
l. зобов’язання під присягою вести таку звітність та надавати такі звіти, які час від часу можуть бути визначені SEC;

616 Відповідно до розділу 315 Закону «Про інвестиції та цінні папери»: «біржа цінних паперів» – це біржа або затверджений торговий майданчик, такий як товарна біржа, біржа металів, нафтова біржа, опціони, ф'ючерсні біржі, позабіржовий ринок та інші біржі деривативів

617 Розділ 182 «Про інвестиції та цінні папери».

m. зобов'язання під присягою дотримуватись та забезпечувати дотримання його членами положень Закону «Про інвестиції та цінні папери» та Правил SEC;

n. заяву на реєстрацію не менше трьох керівників біржі віртуальної валюти;

o. вимога про мінімальний обсяг сплаченого капіталу 500 мільйонів найр; та

p. будь-який інший документ, який час від часу вимагає SEC для захисту інвесторів.

Важливо зазначити, що, хоча біржі віртуальної валюти мають регулюватися SEC, директива ЦБН для всіх депозитних банків, НФУ та ІФУ про закриття всіх рахунків, що належать фізичним або юридичним особам, які здійснюють операції на біржах криптовалюти або керують ними в Нігерії, це означає, що вони не можуть працювати в рамках фінансової системи Нігерії. У зв'язку з цим, SEC призупинила допуск до програми Регуляторної Інкубації SEC для всіх осіб, на яких впливає позиція ЦБН щодо віртуальних валют, доки вони не зможуть управляти банківськими рахунками в банківській та фінансовій системі Нігерії відповідно до директиви ЦБН.

Деякі користувачі бірж віртуальної валюти в Нігерії перейшли на однорангові обмінні платформи в Нігерії, щоб продовжити торгівлю, і вони не входять до сфери регулювання SEC.

Також необхідно зазначити, що торгові платформи, які не мають справу з учасниками бірж віртуальної валюти, але сприяють купівлі та продажу віртуальних валют, повинні будуть зареєструватися в SEC як субброкер або субброкер, який обслуговує кількох посередників через цифрову платформу.

У своїх останніх поправках до Правил SEC від 22 квітня 2021 року (Поправки), SEC розширила визначення субброкерів, включивши «будь-яку фізичну або юридичну особу, яка не є учасником біржі та діє від імені посередника-спонсора/постачальника у якості агента або іншим чином для надання допомоги інвестору в купівлі, продажу або торгівлі цінними паперами через такого посередника-спонсора/постачальника». Крім корпоративних та приватних субброкерів, Поправки також включають нову категорію, яку називають «субброкерами, що обслуговують кількох посередників через цифрову платформу». Це визначається як «субброкер, який використовує цифрову платформу для обслуговування клієнтів та взаємодії з посередником-спонсором або посередниками».

Як частина вимог до реєстрації, ці платформи, серед іншого, повинні мати:

a. мінімальний сплачений капітал у розмірі 10 мільйонів найр;

b. страховий поліс на суму не менше 20 відсотків від мінімального сплаченого капіталу;

c. копія «багатостороння угода принципалів» з кожним посередником-спонсором;
d. опис технології, за якою побудована інфраструктура;
e. сертифікат постачальника IT-послуг, зареєстрований у Національному агентстві розвитку інформаційних технологій або іншому визнаному агентстві, то те що інфраструктура є достатньою для виконання необхідних функцій, та схвалена представником Асоціації фондових бірж; та
f. документально підтверджені програми і процедур управління технологічними ризиками.

Після реєстрації та відповідно до положень правила 68 Правил SEC платформи, які діють як субброкери або субброкери, які обслуговують кількох посередників через цифрову платформу, зможуть виконувати наступні функції лише через свого посередника або постачальника:

a. придбання цінних паперів;
b. продаж цінних паперів;
c. отримання платежів від клієнтів у зв›язку з пунктами (a) і (b);
d. здійснення платежів клієнтам у зв›язку з пунктами (a) і (b); і
e. інші послуги, що супроводжують пункти (a)–(d).

VI. РЕГУЛЮВАННЯ МАЙНЕРІВ

У Нігерії немає спеціального нормативного режиму, який би регулював діяльність майнерів. Однак, будь-яка особа (фізична або юридична), чия діяльність пов'язана з будь-яким аспектом послуг, пов'язаних із блокчейном і віртуальними цифровими активами,[618] повинна бути зареєстрована в SEC і підлягати під дію законодавчих актів, передбачених SEC.

Враховуючи, що віртуальні валюти, які майняться, швидше за все, є криптовалютами (або іншими типами віртуальних валют), діяльність майнерів буде вважатися предметом регулювання SEC. Проте категорія ліцензії, яка видаватиметься майнерам, є незрозумілою відповідно до чинної нормативно-правової бази, оскільки вони не є ні емітентами, ні спонсорами.

618 Такі послуги включають, зокрема, прийом, передачу та виконання замовлень від імені інших осіб, самостійних постачальників, управління портфелем, інвестиційні консультації, послуги депозитарних або номінальних осіб.

VII. РЕГУЛЮВАННЯ ЕМІТЕНТІВ ТА СПОНСОРІВ

Діяльність емітентів та спонсорів віртуальних валют в Нігерії не регулюється ЦБН. Це може бути пов'язано з тим, що ЦБН ще не прийняв або не схвалив цю форму валюти як законний платіжний засіб у Нігерії.

Незважаючи на вищезазначене, SEC заявила, що будь-яка фізична або юридична особа, діяльність якої пов'язана з будь-яким аспектом послуг, пов'язаних із блокчейном і віртуальними цифровими активами,[619] має бути зареєстрована в SEC і підлягатиме контролю з боку SEC.[620] Крім того, всі емітенти або спонсори (як початківці, так і існуючі корпорації) віртуальних цифрових активів повинні керуватися та дотримуватися Правил та Положень SEC.[621]

Крім того, від іноземного емітента або емітента-нерезидента або спонсора може знадобитися створення філії в Нігерії. Однак іноземні емітенти або спонсори будуть визнані SEC, якщо між Нігерією та країною іноземного емітента або спонсора існує взаємна угода.[622]

VIII. КРИМІНАЛЬНЕ ТА ЦИВІЛЬНЕ ШАХРАЙСТВО І ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

Наразі немає цивільного чи кримінального законодавства, яке б конкретно регулювало емісію або торгівлю віртуальними валютами в Нігерії. Однак операції з віртуальною валютою будуть регулюватися відповідним чинним загальним кримінальним та цивільним законодавством. Таким чином, будь-яка сторона, яка вчиняє будь-яке цивільне або кримінальне шахрайство з використанням віртуальних валют, підпадає під дію чинного законодавства.

Унікальність віртуальної валюти може призвести до унікальних способів, з допомогою яких інвесторів віртуальної валюти можна ввести в оману. Схеми Понці, які пов'язані з криптоактивами поширені в Нігерії. Однак, жертви шахрайських схем такого роду, не позбавлені можливості скористатися методами повернення своїх інвестицій. Стаття 419 Кримінального кодексу (Criminal Code) та Стаття 320 Кримінального кодексу (Penal Code) передбачають кримінальну відповідальність за отримання будь-яким шахрайським шляхом від будь-якої іншої особи та з метою введення в оману щодо всього, що може бути вкрадено, або спонукання будь-якої іншої особи до передачі будь-якій особі чогось, що може бути вкрадено.

619 SEC, Звіт «Про цифрові активи та їх класифікацію і обробку» (див. примітку 4).

620 Ibid.

621 Ibid.

622 SEC, Звіт «Про цифрові активи та їх класифікацію і обробку» (див. примітку 4).

Особи, які здійснюють шахрайські операції з віртуальною валютою і вимагають гроші від населення, будуть нести відповідальність згідно з відповідними положеннями Кримінального кодексу (Criminal Code та Penal Code).

Уряд Нігерії висловив стурбованість щодо можливого використання віртуальних валют для приховування доходів від злочинної діяльності. Це була одна з підстав, заявлених ЦБН для розпорядження закриття банківських рахунків постачальників послуг криптовалют. Відповідно до статті 15 MLPA будь-яка фізична або юридична особа в Нігерії або за її межами, що прямо або опосередковано приховує походження, передачу, вилучення з юрисдикції, придбання або використання будь-яких коштів або майна, які, як відомо чи мало бути відомо, були отримані незаконним шляхом. Таким чином, переказ або приховування коштів від незаконних дій через віртуальну валюту, можна кваліфікувати як злочин, пов'язаний з відмиванням коштів. Стаття 18 Закону «Про Комісію з економічних фінансових злочинів» містить аналогічні положення, що стосуються коштів або майна, отриманих від фінансових злочинів, на які поширюється дія цього Закону.

Федеральний Закон «Про конкуренцію та захист прав споживачів» 2018 року (FCCPA) захищає споживачів товарів і послуг у Нігерії від недобросовісної ділової практики, включаючи неправдиве подання істотних фактів під час маркетингу товарів або послуг.[623] FCCPA визначає споживача як будь-яку особу, якій надається послуга,[624] що може поширюватися на осіб, які отримують послуги постачальників послуг віртуальної валюти в Нігерії. Таким чином, згідно з FCCPA клієнт може вимагати відшкодування збитків, завданих внаслідок введення в оману постачальником послуг віртуальної валюти.

Крім того, відповідно до листа ЦБН, будь-яка фінансова установа, яка дозволяє фізичним або юридичним особам, які здійснюють операції на біржах віртуальної валюти або управляють ними, керувати рахунками у своїй системі, ймовірно, залучатиме санкції з боку ЦБН.

IX. ОПОДАТКУВАННЯ

У Нігерії немає конкретного законодавства, яке регулює порядок оподаткування з віртуальними валютами. Однак такі операції підпадають під дію чинного загального податкового законодавства в країні, а це означає, що будь-який дохід або прибуток від інвестицій такого роду, підлягають оподаткуванню в руках інвесторів.

623 Стаття 125(1) Федерального Закону «Про конкуренцію та захист прав споживачів» 2018 року.

624 Стаття 167 Федерального Закону «Про конкуренцію та захист прав споживачів» 2018 року.

Це означатиме, що фізичні особи будуть зобов'язані сплачувати податок на прибуток фізичних осіб з будь-якого доходу, отриманого в результаті таких операцій,[625] тоді як корпорація, якщо вона середня,[626] буде зобов'язана сплачувати податок на прибуток компаній за ставкою 20% від їх оподатковуваного доходу або, якщо компанія велика,[627] 30% її оподатковуваного доходу.[628] Однак через сам характер криптовалюти податковим органам буде важко визначити та відстежити будь-який прибуток від таких інвестицій.[629]

X. ІНШІ ПИТАННЯ

i. ЗАХИСТ ДАНИХ

Положення «Про захист даних у Нігерії» 2019 року (NDPR) має різні наслідки для зберігання та обробки даних, пов'язаних із операціями з віртуальною валютою.

Відповідно до Постанови Нігерії «Про захист даних» фізичні особи мають право вимагати видалення або виправлення неточностей у своїх персональних даних.[630] Однак, децентралізований та незмінний характер віртуальних валют, які засновані на блокчейні створює перешкоди для реалізації цього права та може зробити його функціонально неможливим. Можуть знадобитися технічні або практичні рішення для полегшення видалення або виправлення персональних даних задля забезпечення дотримання норм NDPR.

XI. ПЛАНИ НА МАЙБУТНЄ

i. ЄДИНА ЗАКОНОДАВЧА СИСТЕМА ДЛЯ ВІРТУАЛЬНИХ ВАЛЮТ

В даний час, ЦБН, SEC та інші регулюючі органи докладають зусиль задля створення єдиної нормативної бази для віртуальних валют в Нігерії.[631]

625 Стаття 1 і 3 (1) (b) Закону «Про податок на прибуток фізичних осіб» Cap P8 LFN, 2004 року (зі змінами, внесеними Законом «Про фінанси» 2020 року).

626 Стаття 105 (1) (c) Закону «Про податок на прибуток компаній» (CITA) Cap C21 LFN 2004 (зі змінами, внесеними Законом «Про фінанси» 2020 року) визначає середню компанію як компанію, яка отримує валовий оборот більше 25 мільйонів найр, але менше ніж 100 мільйонів найр.

627 Стаття 105(1) (c) CITA (зі змінами, внесеними Законом «Про фінанси» 2020 року) визначає велику компанію як компанію, яка не є малою або середньою компанією. Невелика компанія – це компанія, яка заробляє 25 мільйонів найр або менше.

628 Стаття 40 (b) і (c) CITA (зі змінами, внесеними Законом «Про фінанси» 2020 року).

629 Податкова юридична фірма Blackwood Stone, «Потреба у прийнятті нормативних актів, що регулюють оподаткування криптовалюти в Нігерії» (19 лютого 2018 р.), https://blackwoodstone.com/the-need-for-regulations-governing-the-taxation-of-cryptocurrency-in-nigeria-introduction

630 Розділ 3.1 (7) (h), стаття 3.1 Положення «Про захист даних у Нігерії» 2019 року. Персональні дані – це будь-яка інформація, що стосується ідентифікованої фізичної особи або фізичної особи, яку можна ідентифікувати.

631 https://www.premiumtimesng.com/news/more-news/444329-cryptocurrency-ban-sec-cbn-to-provide-level-field-for-investments.html

Очікується, що після залучення регулюючих органів буде створена узгоджена нормативна база для обігу та використання віртуальних валют у Нігерії.

ii. ЗАПРОВАДЖЕННЯ НАЦІОНАЛЬНОЇ ЦИФРОВОЇ ВАЛЮТИ

У рамках своїх поточних зусиль щодо регулювання віртуальних валют ЦБН готує пілотний проєкт цифрової валюти, який планується запустити у 2021 році.[632] ЦБН також вивчає технологічні варіанти та залучає різних учасників галузі та перейде до наступного етапу перевірки концепції для пілотного запуску схем з цифровою валютою.

iii. ПРОГРАМА РЕГУЛЯТОРНОЇ ІНКУБАЦІЇ SEC

SEC нещодавно оголосила про впровадження програми Регуляторної Інкубації (PI) найближчим часом для фінтех-компаній, які працюють або прагнуть працювати на ринку капіталу в Нігерії, і, як очікується, програма стартує в третьому кварталі 2021 року.[633] Програма розроблена для задоволення потреб нових бізнес-моделей і процесів, які потребують дозволу регуляторних органів для продовження здійснення повної допоміжної технологічної діяльності на ринку капіталу. Програма PI – це тимчасовий захід, створений для сприяння розвитку ефективного регулювання, що забезпечує інновації фінтех-компаній без втрати цілісності ринку, а також залишаючись у межах, які забезпечують захист інвесторів.

Вимога PI поширюється на фінтех-підприємців, які бажають зареєструватися, і чиї функції та операції були переглянуті та вимагають внесення змін до існуючих Правил SEC або створення абсолютно нових правил.[634]

В якості попередньої кваліфікаційної вимоги діяльність, яку має здійснювати заявник, повинна входити в сферу діяльності, що регулюється SEC.[635] Фінтех-компанії, які займаються будь-яким аспектом послуг, пов'язаних з блокчейном, і послугами з віртуальними цифровими активами, мають право подавати заявку на участь у програмі PI у наступних випадках:[636]

a. вони використовують інноваційні технології, щоб запропонувати новий тип продукту чи послуги, або застосовують інноваційні технології до існуючого продукту або послуги;

632 Майкл Аджифолук, «Центральний банк Нігерії запустить цифрову валюту до 2022 року» (11 червня 2021 року), https://techcabal.com/2021/06/11/nigeria-to-pilot-official-digital-currency-before-2022

633 SEC, Циркуляр «Про програму Регуляторної Інкубації SEC» (Циркуляр від 16 червня 2021 р.), https://sec.gov.ng/circular-on-the-sec-regulatory-incubation-program

634 Керівні настанови SEC «Про Регуляторну Інкубацію для певної категорії фінтех-підприємців», https://sec.gov.ng/wp-content/uploads/2021/06/SEC-Regulatory-Incubation-Guidelines_18521.pdf

635 Розділ 1 Керівних настанов SEC «Про Регуляторну Інкубацію».

636 Ibid.

b. підприємство пов'язане з діяльністю, яка є фінансовою послугою, що надається в Нігерії та поза її межами;

c. вони готові розпочати роботу з живими клієнтами та діяти в рамках нормативної бази SEC;

d. вони зобов›язуються подати заявку на реєстрацію, як тільки SEC наддасть відповідні правила;

e. продукт або послуга, яку вони хочуть запропонувати, вирішує проблему (дотримання вимог або нагляду) або приносить потенційні переваги клієнтам або галузі;

f. вони гарантують, що продукт безпечний для інвесторів; і

g. вони заповнюють форму оцінки фінтеху SEC та обговорюють пропозицію з SEC з самого початку.

Однак, відповідно до Листа ЦБН, SEC призупинила допуск до програми PI для фізичних або юридичних осіб, які здійснюють операції або працюють на біржах криптовалюти.

iv. ВИСНОВОК

Нігерія є одним із найбільших ринків криптовалют у світі, на якому за п'ять років було здійснено транзакції з криптовалютою на суму 566 млн доларів США.[637] Існує кілька аргументів, які можна навести, щоб продемонструвати важливість віртуальних валют в Нігерії, включаючи їх використання для збереження вартості або страхування від інфляції, у транскордонних платежах і грошових переказах, а також у цифрових платежах. Крім того, зростання ціни та вартості криптовалют (особливо Біткоїн і в меншій мірі Ефіріум) робить їх привабливим варіантом для інвестування, а низка криптовалютних стартапів Нігерії діють у якості місцевих бірж для полешення транзакцій між своїми користувачами.

З огляду на вищезазначене, очікується, що регулюючі органи будуть вживати більш активних кроків до розробки всеосяжної нормативно-правової бази для віртуальних валют у Нігерії.

637 Business Insider Africa (Магдалена Тейко Ларньо, 14 червня 2021 р.), https://africa.businessinsider.com/local/markets/twitter-ceo-jack-dorsey-says-nigerians-will-lead-bitcoin-charge-despite/607c13m; QuartzAfrica (Uwagbale Edward-Ekpu, 18 грудня 2020 р.), https://qz.com/africa/1947769/nigeria-is-the-second-largest-bitcoin-market-after-the-us

НІМЕЧЧИНА

I. ОЗНАЙОМЛЕННЯ З НОРМАТИВНО-ПРАВОВОЮ БАЗОЮ

Ще у 2013 році – невдовзі після того, як віртуальні валюти привернули увагу громадськості та прозвучали перші попередження про ризики для інвесторів[638] – німецький орган фінансового регулювання (BaFin) поспішив запровадити віртуальні валюти, такі як біткоїн, у загальну схему ліцензування фінансових послуг (*див. Розділ III*). Відтоді технологія розподілених реєстрів (DLT) розвивалася і принесла з собою різні бізнес-моделі, які грунтуються на безлічі типів токенів, що продаються як цифрове уявлення вартості.

Хоча в Німеччині поки немає спеціальної нормативної бази для віртуальних валют та інших віртуальних активів, натомість застосовується загальний режим фінансового регулювання, який підводить різні види токенів DLT під дію законів про ринки капіталу, банківську діяльність, фінансові послуги, протидію відмиванню коштів (ПВК) та інших законів. У деяких аспектах застосування цих правових режимів до віртуальних валют було нещодавно уточнено законодавчими органами (наприклад, використання цифрових реєстрів для дематеріалізованих цінних паперів)[639]. Сам BaFin, відповідно до Європейського союзу, наголошує на розумному підході, спрямованому на усунення ризиків для фінансової стабільності та споживачів через віртуальні валюти, не придушуючи при цьому інновації. Однак складність цього режиму регулювання з численними та частково дублюючими один одного джерелами права Німеччини та ЄС, а також первісна відсутність ясності у норма-

638 Думка Європейської банківської організації (EBA) щодо віртуальних валют від 4 липня 2014 року (EBA/op/2014/08), ст. 21 et seq. Електронний ресурс: https://bit.ly/3lyP1xz

639 Німецький закон про введення електронних цінних паперів, BGBl. I № 29 від 9 червня 2021 (eWpG), який передбачає, що цінні папери відповідно до німецького законодавства також можуть випускатися як електронні цінні папери, що вимагає реєстрації електронних цінних паперів в електронному реєстрі цінних паперів, розділ 2, параграф 1 eWpG. Відповідно до німецького законодавства, такий електронний цінний папір має таку ж юридичну силу, що й традиційний цінний папір, якщо інше прямо не передбачено (розділ 2, параграф 2 eWpG). Електронний ресурс: https://bit.ly/3NtLLzt

тивних рекомендаціях BaFin та Європейського управління з цінних паперів та ринків (ESMA)[640] призвели до деякої правової невизначеності. Тим часом регулюючі органи визнають широке розмаїття криптоактивів і, схоже, йдуть у ногу з часом, випускаючи нові рекомендації,[641] наголошують на необхідності аналізу кожного конкретного випадку, технологічно нейтрального підходу та рівних умов для аналогічних видів діяльності та активів незалежно від їхньої форми.[642] Проте чітка загальна картина для величезної кількості додатків та бізнес-моделей формується лише поступово. На цьому фоні пропозиція Європейської комісії з регулювання ринків криптоактивів (MiCA)[643], опублікована у вересні 2020 року, не тільки має потенціал для створення гармонізованої нормативної бази ЄС для криптоактивів, а й може стати каталізатором для розробки послідовного підходу до широкого спектру видів діяльності, пов'язаних із криптоактивами.

Хоча MiCA, з огляду на свій характер, як нормативний акт прямої дії, визначатиме майбутнє регулювання криптоактивів у Німеччині, він не визначає сьогодення. Ні Рада, ні Європейський парламент ще не зайняли позицію щодо MiCA. Оскільки законодавчий процес все ще знаходиться на ранній стадії, а MiCA, ймовірно, не буде застосовуватися до середини або кінця 2022 року, якщо не пізніше, у цьому розділі ми утримаємося від більш детального обговорення MiCA і залишимо це для майбутніх видань.

Як основу для цього розділу ми проводимо різницю між трьома видами токенів, яка виявилася корисною на практиці, а саме:

a. криптовалютні токени, які в основному призначені як платіжний засіб або засіб збереження вартості і, отже, служать децентралізованими віртуальними валютами для угод з третіми особами або ринковими майданчиками (яскравий приклад – Bitcoin);
b. інвестиційні токени, які надають своїм власникам доступ до майбутніх прибутків, відсотків або, можливо, деякі права контролю над емітентом (наприклад, право голосу при прийнятті певних ділових рішень, проєктів, інвестицій), і тому за своєю функцією схожі з правами, які зазвичай надаються цінними паперами; і

640 Див. Заяву ESMA від 13 листопада 2017 р. щодо нормативних вимог ICO (ESMA50-157-828); Повідомлення BaFin від 20 лютого 2018 року (WA 11-QB 4100-2017/0010); з інвестиційних ризиків див. Заяву ESMA від 13 листопада 2017 р. (ESMA50-157-829); Стаття BaFin в Журналі BaFin, листопад 2017, ст. 15 et seq.

641 Дивіться рекомендації ESMA щодо первинних пропозицій монет і криптоактивів від 9 січня 2019 року (ESMA50-157-1391). Електронний ресурс: https://bit.ly/3MwlVcV

642 Рекомендації ESMA щодо первинних пропозицій монет і криптоактивів від 9 січня 2019 року (ESMA50-157-1391), Електронний ресурс: https://bit.ly/3MwlVcV; Повідомлення BaFin від 20 лютого 2018 року (WA 11-QB 4100-2017/0010) Електронний ресурс: https://bit.ly/3ySSDT4

643 Європейська комісія, Пропозиція щодо регламенту Європейського парламенту та Ради щодо ринків криптоактивів та внесення змін до Директиви (ЄС) 2019/1937, COM/2020/593 остаточна. Електронний ресурс: https://bit.ly/39JK2YA

c. токени корисності, які не дають права на оплату, але надають доступ до певних продуктів або послуг (наприклад, конкретних функцій відповідної мережі DLT), які вже можуть існувати або будуть розроблені в майбутньому. Однак за умови, що токени можуть бути об'єктом торгівлі на вторинних ринках, власники можуть одержувати прибуток від продажу токенів корисності.

Ця класифікація є лише емпіричним правилом, оскільки гібридні форми токенів можуть бути легко розроблені і існувати в різних бізнес-моделях. Токени корисності можуть набувати таких гібридних форм, якщо їхня ціннісна пропозиція не зводиться в основному до доступу до послуг, але також залежить від майбутніх подій і, отже, може мати спекулятивний інвестиційний компонент, зумовлений очікуванням прибутку завдяки подальшому продажу на вторинних ринках. Для таких токенів режим регулювання коротко виглядає так:

a. криптовалютні токени регулюються банківським законодавством (але не вважаються цінними паперами), а для надання відповідних послуг може знадобитися ліцензія у Німеччині;
b. інвестиційні токени тепер також регулюються банківським законодавством, і вони часто вважаються цінними паперами, що означає, що можуть застосовуватись різні закони про ринок капіталу та інвестиції (з вимогами до проспекту емісії);
c. нормативно-правове регулювання токенів корисності досить незрозумілим, є вагомі аргументи на користь того, що й характеристики, пов›язані з послугами (а не з інвестиціями), виправдовують незастосування законів про ринки капіталу, оскільки типові інформаційні асиметрії інвесторів не зачіпаються; і
d. правила ПВК/ФТ можуть застосовуватись до кожного з них.

У будь-якому випадку, німецький регулятор проводитиме індивідуальну оцінку в кожному конкретному випадку, ґрунтуючись на конкретній функціональній конструкції токена (форма слідує за функцією)[644].

II. ЗАКОНИ ПРО ЦІННІ ПАПЕРИ ТА ІНВЕСТИЦІЇ

У цьому розділі представлений огляд кваліфікації токенів відповідно до законодавства про цінні папери, вимог до проспектів емісії та відповідальності, регулювання управління активами та законодавства про цілісність ринку.

644 Повідомлення BaFin від 20 лютого 2018 року (WA 11-QB 4100-2017/0010), в якому наголошується, що термінологія не є вирішальною. Електронний ресурс: https://bit.ly/3ySSDT4

i. ЗАГАЛЬНА КВАЛІФІКАЦІЯ ТОКЕНІВ ВІДПОВІДНО ДО ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ЦІННІ ПАПЕРИ

Кваліфікація токенів як фінансових інструментів та, зокрема, цінних паперів відповідно до законодавства про цінні папери є основою для застосування будь-якого регулювання фінансового ринку та ринку капіталу. У німецькому та європейському законодавстві немає загальноприйнятого чи єдиного визначення поняття цінного папера – такого, як тест Howey в американському законодавстві про цінні папери[645]. Тому будь-яка правова оцінка криптовалютних токенів, інвестиційних токенів чи токенів корисності застосовується лише щодо відповідного правового акта.

У рамках все більш взаємопов›язаної системи фінансового регулювання ЄС переглянута Директива ЄС про ринки фінансових інструментів 2014/65/EU (MiFID II) є центральною точкою відліку, оскільки більшість нормативних актів ЄС, включно із законами про проспекти емісії та зловживаннями на ринку, посилаються на визначення фінансових інструментів, надане в MiFID. Однак відповідно до німецького законодавства про цінні папери та банківську діяльність застосовується інше визначення (*див. Розділ III*).

Стаття 4 Параграф 1 № 15 та Розділ C Додатка I до MiFID II визначають термін «фінансовий інструмент» відповідно до вичерпного переліку різних типів інструментів, з яких найбільш актуальними в контексті продажу токенів є цінні папери, що перебувають в обігу. Відповідно до статті 4 параграф 1 № 44 MiFID II, поняття цінних паперів, що перебувають в обігу, визначається як «ті класи цінних паперів, які є оборотними на ринку капіталу, за винятком платіжних інструментів, таких як: (a) акції компаній та інші цінні папери, еквівалентні акціям компаній ... (b) облігації або інші форми сек›юритизованого боргу ... (c) будь-які інші цінні папери, що дають право на придбання або продаж будь-яких таких цінних паперів, що перебувають в обігу».[646]

Отже, вирішальною характеристикою класифікації як цінного паперу є можливість торгівлі на ринку капіталу. Це вимагає більш конкретно, щоб цінний папір – при оцінці кожного конкретного випадку – відповідав формальним критеріям передаваності, стандартизації та можливості торгівлі, а також був порівнянний з прикладами визначення з функціональної точки зору.

645 Див. Hacker/Thomale, Положення про крипто-цінні папери: ICO, продаж токенів і криптовалюти згідно з фінансовим законодавством ЄС, робочий документ, листопад 2017 р. (SSRN ID 3075820), стор. 18

646 Зауважимо, що разом з MiCA Європейська комісія опублікувала пропозицію щодо Директиви Європейського Парламенту та Ради про внесення змін до Директив 2006/43/ЕС, 2009/65/ЕС, 2009/138/EU, 2011/61/EU, 2013/36/ЄС, 2014/65/ЄС, (ЄС) 2015/2366 та ЄС/2016/2341, COM(2020) 596 остаточний варіант. Серед іншого, Європейська комісія пропонує роз'яснити поняття фінансового інструменту відповідно до статті 4, параграф 1 № 15 MiFID II, щоб включати інструменти, емітовані з допомогою технології розподіленого реєстру. Електронний ресурс: https://bit.ly/3NIJ7q3

По-перше, щодо можливості передачі, зазвичай передбачається, що токени можуть вільно передаватися між власниками, наприклад, через переуступки, і що криптобіржі допускають ліквідні вторинні ринки цих токенів (тобто перший критерій регулярно виконуватиметься).

По-друге, токен повинен мати достатню міру стандартизації. На сьогодні віртуальні валюти стандартизовані у сенсі єдиної структури тільки в рамках одного випуску токенів, але немає єдиного стандарту токенів різних категорій та типів у сенсі загального протоколу чи платформи. З огляду на те, що стандартизація служить цілям торгівлі задля забезпечення ефективної торгівлі, стає ясно, що стандартизація лише на рівні окремої емісії має вважатися достатньою.

По-третє, фактична торгівля токенами на криптобіржах вказує на їхню торговельну спроможність на ринку капіталу. У тій мірі, в якій токени – нематеріальні за своєю природою – не можуть бути добросовісно придбані[647], це не призводить до іншого результату: технологія розподіленого реєстру або блокчейн є функціональним еквівалентом добросовісного придбання, оскільки угоди не можуть бути скасовані з технічних причин[648].

По-четверте, і це найголовніше, згідно з переважним тлумаченням вимог до цінних паперів, токен має бути функціонально порівнянний з одним із прикладів, перерахованих у визначенні. Цей критерій суттєво обмежує сферу застосування токенів, що кваліфікуються як цінні папери, оскільки вимагає, щоб токен був схожим на акції, облігації або інші цінні папери, що обертаються на ринках капіталу. Якщо токен обіцяє доступ до майбутніх потоків доходу (наприклад, що ґрунтується на прибутку або відсотках) і, можливо, до прав контролю, такий токен, швидше за все, буде порівнянний із традиційними цінними паперами. Якщо ж, навпаки, характеристики токенів швидше можна порівняти з традиційними грошима, вони не мають бути цінними паперами, оскільки визначення прямо виключає платіжні інструменти.

Токени корисності, що обіцяють у майбутньому доступ до товарів чи послуг, однак, важко кваліфікувати, і їх варто ретельно оцінювати у світлі їхніх індивідуальних характеристик: якщо токен, з об›єктивної точки зору, може розглядатися як інвестиція, що обіцяє збільшення вартості, і є інструментом корпоративного фінансування, а не засобом прямого або негайного доступу до товарів або послуг, він потенційно може кваліфікуватися як цінний папір.[649]

---

647 Німецьке законодавство тепер передбачає добросовісне придбання певних токенів, а саме електронних цінних паперів у значенні Розділу 4, параграф 1 eWpG, див. Розділ 26 eWpG. Електронний ресурс: https://bit.ly/3NtLLzt

648 Повідомлення BaFin від 20 лютого 2018 року (WA 11-QB 4100-2017/0010), в якому наголошується, що термінологія не є вирішальною. Електронний ресурс: https://bit.ly/3ySSDT4

649 Klöhn/Parhofer/Resas, «Первинне розміщення монет (ICO) – Markt, Ökonomik und Regulierung», ZBB 2018, 89, 102 та далі; Zickgraf, «Початкові пропозиції монет – Ein Fall für das Kapitalmarktrecht?», AG 2018, 293, 303 та далі.

Простіше кажучи, якщо токен втілює «надії та очікування», а не доступ до використання, його кваліфікація як цінний папір для цілей MiFID II є можливою. Питання про те, чи варто і якою мірою токени корисності надалі включати до законодавства про захист інвесторів, наразі обговорюється на рівні ЄС та Німеччини.[650]

ii. ВИМОГИ ДО ПРОСПЕКТІВ ЕМІСІЇ ТА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ

Для забезпечення інвесторів достатньою інформацією для прийняття обґрунтованого інвестиційного рішення, тим самим зменшуючи інформаційну асиметрію та даючи змогу ефективно розподіляти капітал, законодавство про цінні папери встановлює офіційні вимоги до проспектів емісії.

Починаючи з 21 липня 2019 року, Положення про проспекти емісії[651] забезпечує загальну правову основу для пропозицій цінних паперів у Європейському Союзі. Закон Німеччини про проспект цінних паперів (WpPG), який спочатку ввів у дію Директиву про проспект цінних паперів[652], тепер містить правила, що доповнюють Положення про проспект цінних паперів. Обидва закони вимагають насамперед, щоб цінні папери відповідно до MiFID II були публічно запропоновані. Крім того, згідно WpPG, емітенти електронних цінних паперів у значенні eWpG мають публікувати інформаційний лист цінного паперу, який можна назвати мініпроспектом.[653] Щодо інвестицій, які не кваліфікуються як цінні папери відповідно до MiFID II, можуть застосовуватись вимоги до проспекту відповідно до законодавства про управління активами (див. нижче).

Цінні папери мають бути публічно запропоновані або допущені до торгів на регульованому ринку. Щодо емісій інвестиційних токенів допуск до торгів на регульованому ринку є малоймовірним, оскільки це уповноважені та регульовані публічно-правові інститути відповідно до Закону про фондову біржу Німеччини, які вимагають, щоб учасники були офіційно допущені до торгів. Пропозиція, однак, може бути публічною пропозицією цінних паперів, з огляду на те, що визначення включає повідомлення в будь-якій формі та будь-якими засобами, що представляє достатню інформацію про умови пропозиції та пропоновані цінні папери.[654]

650 Рекомендації ESMA щодо первинних пропозицій монет і криптоактивів від 9 січня 2019 року (ESMA50-157-1391), Електронний ресурс: https://bit.ly/3MwlVcV; Федеральне міністерство фінансів і Федеральне міністерство юстиції та захисту прав споживачів документ спільного обговорення базових рамок регулювання електронних цінних паперів і криптотокенів від 7 березня 2019 року, Електронний ресурс: https://bit.ly/38AVmWK

651 Регламент ЄС 2017/1129. Електронний ресурс: https://bit.ly/3FvFpx1

652 Директива 2003/71/ЕС. Електронний ресурс: https://bit.ly/3lro3b8

653 Розділ 4, параграф (3a) eWpG. Електронний ресурс: https://bit.ly/3NtLLzt

654 Стаття 2(d) Регламенту про проспекти. Електронний ресурс: https://bit.ly/3PxjdXT; (раніше Розділ 2 № 4 WpPG). Електронний ресурс: https://bit.ly/3PAFKTu

Положення про проспекти емісії та WpPG містять певні винятки. Зокрема, застосовуються граничні значення щодо інституційних пропозицій або невеликих пропозицій для роздрібних інвесторів. Положення про проспекти емісії встановлює докладні критерії змісту проспекту емісії, який емітент зобов›язаний скласти, подати на затвердження національному регулятору і потім опублікувати. Проте компанії ЄС, які кваліфікуються як малі та середні підприємства (МСП)[655] та не підпадають під порогові значення винятків, також можуть пропонувати інвестиційні токени громадськості, скориставшись новим спрощеним режимом проспекту емісії (the EU Growth prospectus)[656].

Якщо проспект емісії (наприклад, в разі продажу токенів часто позначається як «біла книга») не надає достатньої інформації – тобто всієї необхідної інформації, суттєвої для інвестора для прийняття обґрунтованого рішення – або проспект взагалі відсутній, емітент чи інші відповідальні особи можуть нести відповідальність перед інвесторами.[657] Така відповідальність може поширюватися на ініціатора чи спонсора продажу токенів (як емітента) або будь-яку третю сторону, яка пропонує токени інвесторам (як оферента).

Крім положень про відповідальність, передбачених законодавством про проспекти емісії, емітенти або оференти можуть нести відповідальність за проспекти емісії в рамках загального цивільного права, яке не обмежується поняттям цінних паперів відповідно до MiFID II. У цьому випадку відповідальність настає не внаслідок відповідальності за інформацію, що міститься в проспекті, а внаслідок порушення незалежного переддоговірного обов›язку щодо розкриття інформації.

iii. РЕГУЛЮВАННЯ УПРАВЛІННЯ АКТИВАМИ

Підприємства колективного інвестування

Німецький кодекс капіталовкладень (KAGB) забезпечує комплексну нормативну базу для поширення, управління та зберігання інвестиційних фондів, а також встановлює організаційні та прозорі вимоги до їхніх управителів та депозитаріїв. Він реалізує зобов›язання щодо колективного інвестування у цінні папери, що перебувають в обігу (UCITS)[658] та Директиву про управителів альтернативними інвести-

655 Відповідно до статті 2(f) Положення про проспекти, це включає компанії, які відповідають принаймні двом із наступних критеріїв: (1) менше ніж 250 працівників у середньому протягом року; (2) загальний баланс, що не перевищує 43 мільйони євро; і (3) річний чистий оборот, що не перевищує 50 мільйонів євро. Електронний ресурс: https://bit.ly/3PxjdXT

656 Стаття 15 Регламенту про проспекти. Електронний ресурс: https://bit.ly/3PxjdXT

657 Стаття 11 Регламенту про проспект (електронний ресурс: https://bit.ly/3PxjdXT) в поєднанні з Розділом 8 тощо WpPG. Електронний ресурс: https://bit.ly/3NtLLzt

658 Директива 2009/65/ЕС про зобов'язання щодо колективного інвестування в цінні папери, що перебувають в обігу. Електронний ресурс: https://bit.ly/3G67niV

ційними фондами (AIFMD).[659] Потенційним інвесторам має бути надана докладна інформація у формі проспекту або меморандуму про розміщення. Недотримання відповідних вимог тягне за собою відповідальність управителів.

KAGB визначає центральне поняття інвестиційного підприємства у широкому сенсі як «підприємство колективного інвестування, яке залучає капітал від низки інвесторів з метою його інвестування відповідно до певної інвестиційної політики на користь цих інвесторів і яке не є оперативним підприємством поза фінансовим сектором».[660] Це визначення, яке зазначене в AIFMD, може застосовуватися, зокрема, до інвестиційних фондів, що інвестують у криптовалютні токени, інвестиційні токени або токени корисності (криптофонди) або підприємства з майнингу криптовалют (майнингові пули) – тобто об›єднання ресурсів для спільного використання обчислювальної потужності в мережі та поділу винагороди залежно від індивідуального вкладу в пул.

Обсяг вимог згідно з KAGB залежить також від типу фонду. Щодо цього KAGB розрізняє альтернативні інвестиційні фонди (AIF), доступні тільки для професійних та напівпрофесійних інвесторів (спеціальні AIF)[661], та публічні інвестиційні фонди[662], такі як публічні AIF та фонди UCITS, доступні для роздрібних інвесторів.

Щодо криптофондів, то закриті і, після нещодавньої законодавчої реформи, відкриті спеціальні AIF можуть принаймні певною мірою (20 відсотків своїх активів) інвестувати у криптоактиви, як визначено в KWG. На відміну від цього, публічні AIF та UCITS можуть інвестувати у віртуальні валюти лише у тому випадку, якщо, крім іншого, вони кваліфікуються як цінні папери відповідно до UCITS.[663]

Майнингові пули, швидше за все, кваліфікуватимуться як інвестиційні фонди у формі AIF, якщо управитель – незалежно від юридичної структури – пропонує зовнішнім інвесторам об›єднані інвестиції, які диверсифікують ризики та не займаються подальшою операційною діяльністю. Це може бути в разі, коли хмарні або апаратні майнингові пули збирають доходи для ймовірнісного розподілу винагороди за майнинг. Внесок у вигляді токенів, таких як криптовалютні токени, швидше за все, кваліфікуватиметься як залучення капіталу для цілей визначення інвестиційного фонду, але представлятиме собою внесок у натуральній формі. Відповідно до KAGB, така форма внеску дозволена щодо спеціальних AIF, але не щодо публічних AIF та UCITS.[664]

659 Директива 2011/61/ЄС про управителів альтернативними інвестиційними фондами. Електронний ресурс: https://bit.ly/3lusAda

660 Розділ 1 параг. 1 KAGB. Електронний ресурс: https://bit.ly/3Nq9Uad

661 Розділ 1 параг. 6 S 1 KAGB. Електронний ресурс: https://bit.ly/3Nq9Uad

662 Розділ 1 параг. 6 S 2 KAGB. Електронний ресурс: https://bit.ly/3Nq9Uad

663 Розділ 192 тощо і Розділ 219 KAGB. Електронний ресурс: https://bit.ly/3Nq9Uad

664 Розділ 71 парагр. 1 s. 3 KAGB. Електронний ресурс: https://bit.ly/3Nq9Uad

Інвестиції в активи

Закон про інвестиції в активи (VermAnlG), який доповнює KAGB, встановлює додаткові вимоги до інвестицій, що пропонуються роздрібним інвесторам. Він застосовується тільки до інвестицій в активи, які не кваліфікуються як інвестиційні фонди згідно з KAGB або цінні папери згідно з WpPG, і які поширюються в рамках публічної пропозиції. Ці правила можуть застосовуватися до токенів будь-якого типу (тобто криптовалютних токенів, інвестиційних токенів або токенів корисності), зокрема, коли інвестиційний токен втілює певні характеристики інвестицій (наприклад, обіцянка майбутніх доходів), але не відповідає всім критеріям, необхідним для кваліфікації цінного паперу, що передається, відповідно до MiFID II (наприклад, якщо він не є об'єктом торгівлі через недостатню стандартизацію або перешкод для передачі).

Відповідно до VermAnlG, токен може бути кваліфікований як інвестиції в активи відповідно до вичерпного переліку. До них відносяться інвестиції, що надають участь у прибутку компанії, трастові активи, пайові або субординовані кредити, право на участь у прибутку, іменні облігації або інші інвестиції, що обіцяють відсотки та повернення коштів[665].

У контексті типового первинного розміщення монет (ICO) звільнення від приватного розміщення згідно з VermAnlG навряд чи застосовне, оскільки воно вимагає, щоб (або) пропонувалося не більше 20 інструментів, або обсяг усіх інвестицій, запропонованих протягом 12 місяців, не перевищував 100 000 євро, або мінімальні інвестиції перевищували 200 000 євро на інвестора.[666] Емітенти певних видів інвестицій в активи можуть, однак, скористатися пільгами, що застосовуються до краудфандингу та соціальних або благодійних проєктів, якщо загальний обсяг випуску не перевищує 2,5 млн євро та дотримано деяких інших умов.[667]

Якщо не застосовується виняток із вимог до проспекту емісії, емітенти таких інвестицій в активи зобов›язані підготувати та опублікувати проспект продажу та інвестиційний інформаційний лист, які підлягають попередньому затвердженню BaFin. Особа, яка бере на себе відповідальність за проспект, та особи, які, як передбачається, випустили проспект, можуть бути притягнуті до відповідальності за неправильну чи неповну інформацію у проспекті чи в інформаційному бюлетені, або за відсутність такої.

665 Розділ 1 парагр. 1 Закону про інвестиції в активи (VermAnlG). Електронний ресурс: https://bit.ly/3wwKX7B

666 Розділ 2 парагр. 1 Закону про інвестиції в активи (VermAnlG). Електронний ресурс: https://bit.ly/3wwKX7B

667 Розділи 2a,2 b, 2c парагр. 1 Закону про інвестиції в активи (VermAnlG). Електронний ресурс: https://bit.ly/3wwKX7B

iv. ПРАВИЛА ПРОТИ ЗЛОВЖИВАНЬ НА РИНКУ

Для ефективного розподілу капіталу та впорядкованого функціонування ринків капіталу необхідні правила, що забезпечують цілісність фінансових ринків та довіру інвесторів. З цією метою закони проти зловживань на ринку забороняють несумлінну ринкову практику. Регламент проти зловживань на ринку (Market Abuse Regulation, MAR)[668], що набрав чинності в 2016 році, забезпечує загальну основу, що забороняє незаконне розкриття внутрішньої інформації та маніпулювання ринком (зловживання ринком). Як інсайдерська торгівля, так і маніпулювання ринком є кримінальними злочинами і можуть спричинити серйозні адміністративні штрафи.

MAR застосовується до будь-якого типу фінансових інструментів, які торгуються або допущені до торгів на регульованому ринку або багатосторонньому торговому майданчику, як визначено в MiFID II, а також до фінансових інструментів, ціна яких залежить або впливає на такі фінансові інструменти, що торгуються (наприклад, позабіржові деривативи).[669] Як зазначено вище, токени, які кваліфікуються як фінансові інструменти за законодавством ЄС (тобто інвестиційні токени та деякі токени корисності), зазвичай підпадають під дію MAR. Нічого іншого не випливає з національних положень[670], які розширюють сферу дії MAR на товари та іноземні валюти, що обертаються на внутрішній біржі, оскільки така біржа – незалежно від потенційної кваліфікації токенів як товарів – включає лише регульовані публічні біржі.

Оператори криптобірж, що надають майданчик для купівлі або продажу фінансових інструментів, зазвичай не кваліфікуються як регульований ринок, але можуть кваліфікуватися як альтернативний торговий майданчик у формі багатостороннього торговельного центру за умови, що вони представляють інтереси покупців і продавців недискреційним чином (див. також розділ III. i). Згода емітента, схвалення чи лістинг не потрібні: тобто торгівля токенами на майданчику, що кваліфікується як багатосторонній торговий майданчик, може потрапити під дію Регламенту проти зловживань на ринку.

Для цілей MAR внутрішня інформація включає будь-яку точну інформацію, що стосується токена або його емітента, яка «може зробити істотний вплив на ціни»: тобто, розумні інвестори можуть використовувати таку інформацію як основу для прийняття інвестиційних рішень.[671]

668 Регламент ЄС № 596/2014 від 16 квітня 2014 року про зловживання на ринку. Електронний ресурс: https://bit.ly/3ru3ptV

669 Стаття 2, парагр. 1 Регламенту ЄС № 596/2014 від 16 квітня 2014 року про зловживання на ринку. Електронний ресурс: https://bit.ly/3ru3ptV

670 Розділ 25 Закону про торгівлю цінними паперами (WpHG). Електронний ресурс: https://bit.ly/3LECZxy

671 Стаття 7, парагр. 1 Регламенту ЄС № 596/2014 від 16 квітня 2014 року про зловживання на ринку. Електронний ресурс: https://bit.ly/3ru3ptV

Будь-якій особі, яка має доступ до внутрішньої інформації, заборонено торгувати відповідним інструментом за власний кошт або кошт третьої сторони, а також рекомендувати іншій особі робити це або спонукати іншу особу робити це, оскільки така діяльність буде інсайдерською угодою.[672]

Крім того, MAR також забороняє брати участь або намагатися брати участь у маніпулюванні ринком. Це поняття включає будь-яку угоду, наказ або поведінку, які можуть або здатні дати хибні або такі, що вводять в оману цінові сигнали, або забезпечити ціни на ненормальному або штучному рівні, або використовувати форму обману або хитрощів, а також поширення хибних сигналів або чуток щодо фінансового інструменту та передачу такої інформації щодо бенчмарку (орієнтирів).[673]

Деякі аспекти MAR застосовуються до орієнтирів/еталонів, таких як індекси, на які посилаються фінансові інструменти, визначені в MiFID II.[674] Оскільки еталони можуть ґрунтуватися на будь-якому типі вихідних даних, вони можуть належати до інвестиційних токенів, криптовалютних токенів або токенів корисності. Крім того, Регламент (ЄС) 2016/1011 про індекси, що використовуються як орієнтири, встановлює докладні вимоги щодо надання та використання орієнтирів. Отже, постачальники даних крипторинка можуть, не випускаючи фінансові інструменти, підпадати під вимоги реєстрації або авторизації.

III. БАНКІВСЬКІ ТА ГРОШОВІ ПЕРЕКАЗИ

Основними питаннями у сфері банківських режимів та режимів переказу коштів є встановлені законом ліцензійні вимоги, які можуть виникати відповідно до різних законів та тягнуть за собою, серед іншого, конкретні наглядові, технологічні та комплаєнс зобов›язання, а також зобов›язання з питань ПВК/ФТ (*див. Розділ IV*).

i. ЗАКОН ПРО БАНКІВСЬКУ ДІЯЛЬНІСТЬ НІМЕЧЧИНИ

Ліцензійні вимоги Закону про банківську діяльність

KWG, відповідно до різних законів ЄС, встановлює загальний режим регулювання банківських та фінансових послуг у Німеччині. Він встановлює суворі ліцензійні вимоги як для класичної банківської справи, так і для різних фінансових послуг, що включає, зокрема, вимоги до мінімального капіталу; вимоги до управління (напри-

672 Стаття 14 Регламенту ЄС № 596/2014 від 16 квітня 2014 року про зловживання на ринку. Електронний ресурс: https://bit.ly/3ru3ptV

673 Стаття 12, парагр. 1 Регламенту ЄС № 596/2014 від 16 квітня 2014 року про зловживання на ринку. Електронний ресурс: https://bit.ly/3ru3ptV

674 Стаття 2, парагр. 2 c) Регламенту ЄС № 596/2014 від 16 квітня 2014 року про зловживання на ринку. Електронний ресурс: https://bit.ly/3ru3ptV

клад, перевірка на відповідність вимогам) та правила управління ризиками; принципи ПВК/ФТ та «знай свого клієнта» (KYC); вимоги до нагляду; а також докладні рамки з різних питань.

Ліцензійні вимоги залежать, зокрема, від типу активів та регульованої діяльності (див. нижче).

Неотримання необхідних ліцензій може мати тяжкі наслідки: BaFin може не тільки порушити адміністративну справу[675], а й ініціювати кримінальне переслідування відповідальних осіб, таких як засновники або генеральні директори[676], які також можуть нести особисту цивільну відповідальність.

Щодо транскордонних операцій, типових для DLT-мереж, BaFin дотримується позиції, що німецьке регулювання застосовується не тільки до вітчизняних підприємств з місцезнаходженням або філією в Німеччині[677], але й в разі, коли транскордонні сервіси (наприклад, криптобіржі, розташовані за кордоном) активно націлені на вітчизняний ринок (зважаючи, наприклад, на засоби реклами, мову, частку транзакцій у Німеччині; проте простого доступу до вебсайтів у Німеччині навряд чи буде достатньо). Проте отримати німецьку банківську ліцензію можуть лише підприємства, зареєстровані у Німеччині. Ліцензований бізнес у сфері фінансових послуг може паспортизувати німецьку ліцензію по всій території Європейського Союзу (і навпаки). На практиці також можлива співпраця з ліцензованими банками або постачальниками фінансових послуг, із застереженням, що контроль над бізнесом належатиме ліцензованому підприємству.[678]

Регуляторний тригер: токени як фінансові інструменти

Що таке фінансові послуги, вичерпно визначено в KWG і включає кілька видів діяльності, пов›язаних з фінансовими інструментами. Тому одне з основних питань полягає в тому, чи кваліфікуються токени як фінансові інструменти у значенні KWG.[679] Цей термін не повністю відповідає тому ж терміну в WpHG і MiFID II,[680] але є більш широким і охоплює, зокрема, розрахункові одиниці, які BaFin відповідно до чинного законодавства з 2013 року застосовує у постійній практиці до віртуальних валют (криптовалютних токенів). Цей підхід був підтверджений як у його повідомленні про ICO 2018 року[681], так і у другому повідомленні про вимоги до

675 Розділ 37 Закону про банківську діяльність (KWG). Електронний ресурс: https://bit.ly/3GezOLL

676 Розділ 54 Закону про банківську діяльність (KWG). Електронний ресурс: https://bit.ly/3GezOLL

677 Розділ 53, парагр.1 Закону про банківську діяльність (KWG). Електронний ресурс: https://bit.ly/3GezOLL

678 Пов'язаний агент (Gebundener Vermittler), Розділ 25e Закону про банківську діяльність (KWG). Електронний ресурс: https://bit.ly/3GezOLL

679 Розділ 1, парагр. 11 Закону про банківську діяльність (KWG) з обширним списком. Електронний ресурс: https://bit.ly/3GezOLL

680 Повідомлення BaFin від 20 лютого 2018 року (WA 11-QB 4100-2017/0010. Електронний ресурс: https://bit.ly/3ySSDT4

681 Повідомлення BaFin від 20 лютого 2018 року (WA 11-QB 4100-2017/0010. Електронний ресурс: https://bit.ly/3ySSDT4

проспекту емісії та ліцензії у зв'язку з випуском токенів[682], де він підтвердив свою позицію про те, що деякі види діяльності, пов'язані з криптоактивами, можуть вимагати ліцензії відповідно до KWG (див. нижче). Диференційований за токенами, регулятивний підхід у цих повідомленнях був таким: криптовалютні токени кваліфікуються як фінансові інструменти відповідно до KWG (але не MiFID II) у специфічній формі розрахункових одиниць.[683] Ця категорія, яка досі охоплювала такі одиниці вартості, як спеціальні права запозичення Міжнародного валютного фонду або приватні додаткові валюти стали новим основним регулятивним якорем для криптовалют. Хоча ця адміністративна практика знаходить підтримку в юридичній літературі, апеляційний суд Німеччини відхилив цей підхід у кримінальному процесі, пов›язаному з діяльністю біржі біткоїнів.[684] Суд мав сумніви, що таке широке тлумачення нормативних ліцензійних вимог, що тягнуть за собою кримінальне покарання, сумісне з правовою визначеністю.

Проте дискусія про те, чи є криптовалютні токени розрахунковими одиницями, тепер стала спірною у зв›язку з імплементацією Директиви (ЄС) 2018/843, яка розповсюджує правила боротьби з фінансовими злочинами на віртуальні валюти у законодавство Німеччини. Зміни до KWG, які набули чинності 1 січня 2020 року, тепер однозначно додають криптоактиви до ключового поняття фінансових інструментів[685]. KWG тепер прямо визначає «криптоактиви» як цифрове уявлення вартості, яке не випускається і не гарантується центральним банком або державним органом і не має статусу валюти або грошей, але приймається фізичними або юридичними особами, за домовленістю або зазвичай як засіб обміну або платежу, або в інвестиційних цілях, яке може передаватися, зберігатися або обмінюватися електронним способом (за винятком електронних грошей).[686] Зокрема, KWG тепер включає широкий спектр токенів і не обмежується валютними токенами, як Директива з ПВК/ФТ зі змінами, але також охоплює інвестиційні токени, роблячи пряме посилання на «інвестиційні цілі». Інвестиційні токени, що підпадають під дію MiFID II, вже зазвичай кваліфікуються як фінансові інструменти за змістом KWG.[687] Враховуючи, що криптовалютні токени вже вважаються розрахунковими одиницями, BaFin розуміє нову категорію криптоактивів як широке визначення, щоб охопити всі форми використання криптовалютних токенів, що мають відношення до фінансових ринків, навіть якщо деякі форми вже підпадають під інші вимоги ліцензування KWG[688].

682 Повідомлення BaFin від 16 серпня 2019 року (WA 51-Wp 7100-2019/0011 та IF 1-AZB 1505-2019/0003). Електронний ресурс: https://bit.ly/3sRXBM9

683 Розділ 1 парагр. 11 s. 1 № 7 Закону про банківську діяльність. Електронний ресурс: https://bit.ly/3GezOLL

684 Вищий регіональний суд Берліна, рішення від 25 вересня 2018 року, Ref. (4) 161 Ss 28/18 (35/18).

685 Розділ 1, парагр. 11 s. 1 № 10 Закону про банківську діяльність. Електронний ресурс: https://bit.ly/3GezOLL

686 Розділ 1, парагр. 11 s. 4 № 10 Закону про банківську діяльність. Електронний ресурс: https://bit.ly/3GezOLL

687 Розділ 1, парагр. 11 s. 4 № з 1 по 4 Закону про банківську діяльність. Електронний ресурс: https://bit.ly/3GezOLL

688 Повідомлення BaFin від 3 березня 2020 року. Електронний ресурс: https://bit.ly/3ak2kjj

Тим не менш, залишається певна невизначеність щодо того, чи будуть інші категорії токенів, які не служать засобом обміну або платежу або для 'інвестиційних цілей' також кваліфікуватись як фінансові інструменти за змістом KWG у майбутньому.[689] У зв'язку з цим заяви BaFin прямо виключають електронні ваучери на купівлю товарів та послуг, які не можуть бути предметом купівлі-продажу та не відображають очікувань інвесторів щодо збільшення вартості таких ваучерів або комерційної діяльності емітента.[690] Гібридні форми токенів корисності більш імовірно кваліфікуватимуться як фінансові інструменти, чим більше їхні характеристики схожі на інвестиційні токени або криптовалютні токени. Якщо до угод з токенами корисності залучені криптовалютні чи інвестиційні токени, то ліцензійні вимоги можуть бути спричинені останніми і застосовуватися до всієї угоди.[691]

Регулювання бізнес-моделей, пов'язаних із токенами

За умови, що токени кваліфікуються як фінансові інструменти, ліцензії відповідно до KWG потрібні для широкого спектра видів підприємницької діяльності, якщо вони здійснюються як комерційна діяльність або в масштабах, які потребують організації комерційного бізнесу.[692]

Ліцензія відповідно до KWG особливо актуальна і зазвичай потрібна для платформ криптобірж та аналогічних моделей торгівлі токенами. Зміни до KWG, які набули чинності 1 січня 2020 року, прямо включили «крипто-кастодіальний бізнес» у сферу фінансових послуг. Він визначається як зберігання, адміністрування або забезпечення збереження криптоактивів або закритих криптографічних ключів, що використовуються для утримання, зберігання або переказу криптоактивів, а також забезпечення збереження закритих криптографічних ключів, що використовуються для утримання, зберігання або передачі криптоцінних паперів у значенні розділу 4 параграфа 3 eWpG для інших осіб.[693] Зберігання криптоактивів включає, зокрема, зберігання криптоактивів в колективному реєстрі, коли клієнти не знають про криптографічні ключі, що використовуються. Управління криптоактивами включає здійснення прав, що випливають з криптоактиву, наприклад, діяльність зі збору або послуги сповіщення. Забезпечення безпеки криптоактивів включає не лише послуги з цифрового зберігання закритих криптографічних ключів, але й зберігання фізичних пристроїв зберігання даних (наприклад, USB-носіїв), на яких зберігаються такі ключі. Проста пропозиція апаратного та програмного забезпе-

689 Публічні заяви BaFin залишаються невизначеними (див. лише BaFin, Journal 11/2017, стор. 18); особлива думка Bundesverband Blockchain, Заява про регулювання токенів, стор. 39

690 Повідомлення BaFin від 3 березня 2020 року. Електронний ресурс: https://bit.ly/3ak2kjj

691 Надання фінансових послуг щодо токенів корисності, які не будуть купуватися або відчужуватися в обмін на токени цінних паперів та криптовалютні токени, з меншою ймовірністю кваліфікуватимуться як регульована діяльність відповідно до KWG, Bundesverband Blockchain, Заява про регулювання токенів, стор. 27

692 Розділ 1, парагр. 1 s. 2 та Розділ 1a s. 2 Закону про банківську діяльність. Електронний ресурс: https://bit.ly/3GezOLL

693 Розділ 1, парагр. 1a s. 2 № 6 Закону про банківську діяльність. Електронний ресурс: https://bit.ly/3GezOLL

чення, яке експлуатується користувачами для таких цілей без доступу провайдерів до криптографічних ключів, не підлягає ліцензійним вимогам. Те саме справедливо і для провайдерів вебхостингу або хмарних сховищ, якщо вони явно не пропонують зберігання ключів.[694]

Це широке визначення також включило провайдерів гаманців у сферу фінансових послуг, але не обмежується такими послугами. У цьому контексті, зміни до KWG виходять за рамки визначення Директиви (ЄС) 2018/843, оскільки нова регульована діяльність також поширюється на послуги зберігання та адміністрування, а також на концепцію криптоактивів.

Нещодавно прийняті зміни до KWG, що набрали чинності 1 липня 2021 року, ввели ведення реєстру криптовалютних цінних паперів у сферу фінансових послуг.[695] Реєстри криптоцінних паперів дають змогу випускати електронні цінні папери, що створюються через внесення реєстраційного запису до такого реєстру криптоцінних паперів.[696] Окрім діяльності зі зберігання криптовалют та ведення реєстру криптовалютних цінних паперів, введеними нещодавніми змінами до KWG, ліцензійні вимоги, які обговорювалися раніше, можуть, як і раніше, мати відношення до суміжних послуг[697] на підставі того, що така діяльність може являти собою інвестиційне брокерство[698] (коли брокерські операції включають купівлю та продаж фінансових інструментів, що також може здійснюватися через електронну платформу[699]) або функціонування багатостороннього торгового майданчика[700] (який об›єднує інтереси декількох третіх сторін, які купують та продають фінансові інструменти у системі, відповідно до недискреційних правил і так в результаті укладається договір).[701] Бізнес-моделі також мають бути оцінені на предмет того, чи можуть вони розглядатися як послуги фінансового брокера[702] (з купівлею та продажем фінансових інструментів від власного імені постачальника послуг, але на рахунок третьої особи[703]) або контрактного брокера[704] (коли вищезгадана купівля та продаж здійснюється від імені третьої особи з його рахунку[705]).

694 Повідомлення BaFin від 3 березня 2020 року. Електронний ресурс: https://bit.ly/3ak2kjj

695 Розділ 1, парагр. 1a s. 2 № 8 Закону про банківську діяльність. Електронний ресурс: https://bit.ly/3GezOLL

696 Розділ 2, парагр. 1 Закону про електронні цінні папери. Електронний ресурс: https://bit.ly/3NtLLzt

697 Повідомлення BaFin від 3 березня 2020 року щодо діяльності зі зберігання криптовалют встановлює правила щодо взаємозв'язку між різними вимогами ліцензування. Електронний ресурс: https://bit.ly/3ak2kjj

698 Повідомлення BaFin від 20 лютого 2018 року (WA 11-QB 4100-2017/0010. Електронний ресурс: https://bit.ly/3ySSDT4

699 Розділ 1, парагр. 1a № 1 Закону про банківську діяльність. Електронний ресурс: https://bit.ly/3GezOLL

700 Повідомлення BaFin від 20 лютого 2018 року (WA 11-QB 4100-2017/0010. Електронний ресурс: https://bit.ly/3ySSDT4

701 Розділ 1, парагр.1a № 1b Закону про банківську діяльність. Електронний ресурс: https://bit.ly/3GezOLL, подібно до статті 4, парагр. 1 № 22 MiFID. Електронний ресурс: https://bit.ly/33ollIn

702 Повідомлення BaFin від 20 лютого 2018 року (WA 11-QB 4100-2017/0010. Електронний ресурс: https://bit.ly/3ySSDT4

703 Розділ 1, парагр. 1 s. 2 № 4 Закону про банківську діяльність. Повідомляється, що в 2017 році BaFin закрив чотири обмінники біткоїнів на євро, які не мали ліцензії на фінансове посередництво. Електронний ресурс: https://bit.ly/3GezOLL

704 Повідомлення BaFin від 20 лютого 2018 року (WA 11-QB 4100-2017/0010. Електронний ресурс: https://bit.ly/3ySSDT4

705 Розділ 1, парагр. 1a № 2 Закону про банківську діяльність. Електронний ресурс: https://bit.ly/3GezOLL

Подальший кейс власної торгівлі[706] досить широкий і включає купівлю та продаж фінансових інструментів як маркет-мейкера, системного інтерналізатора або учасника ринків з високочастотними торговими системами, а також випадки, коли купівля та продаж на власному рахунку пропонуються як специфічна послуга для інших осіб[707]. Це може бути актуальним, наприклад, для регулярної діяльності з купівлі та продажу віртуальних валют, якщо така діяльність включає елемент додаткових послуг (наприклад, якщо організація має кращий доступ до ринку або створює ринок через регулярну торгову діяльність, який інакше не був би доступний для інших).[708] У будь-якому випадку, це вимагатиме оцінки технічних і функціональних деталей у кожному конкретному випадку.

BaFin також зазначає, що в контексті ICO, залежно від конкретних обставин, андеррайтинг[709] (з прийняттям на свій ризик фінансових інструментів для розміщення[710]) або бізнес у сфері розміщення[711] (з розміщенням фінансових інструментів без твердих зобов›язань[712]) потребують ліцензії.

Інші типові види діяльності регульованих фінансових посередників можуть вимагати попередньої ліцензії відповідно до KWG, якщо така діяльність пропонується у зв›язку з бізнес-моделями віртуальної валюти. Це може бути надання інвестиційних консультацій[713] (у формі особистих рекомендацій з операцій із певними фінансовими інструментами, які ґрунтуються на вивченні особистих обставин інвестора і оголошених не лише через канали розповсюдження інформації або публічно[714]) або управління фінансовим портфелем[715] (з дискреційним управлінням індивідуальними інвестиціями у токени як фінансових інструментів для інших[716]). У цих рамках іншим учасникам екосистеми DLT зазвичай не потрібна ліцензія KWG. Саме собою використання віртуальних валют як платіжного засобу не вимагає жодної ліцензії; не вимагає ліцензії також експлуатація мережі DLT для операцій із токенами, оскільки мережа є лише технічним засобом для здійснення операцій,

706 Повідомлення BaFin від 20 лютого 2018 року (WA 11-QB 4100-2017/0010. Електронний ресурс: https://bit.ly/3ySSDT4

707 Розділ 1, парагр. 1a s. 2 № 4 Закону про банківську діяльність. Електронний ресурс: https://bit.ly/3GezOLL

708 Будь-яка операція, яка не є торгівлею за свій рахунок, кваліфікуватиметься як торгівля за свій рахунок, яка зазвичай не вимагає ліцензії, якщо вона не здійснюється компаніями, які входять до групи, що входить до Регламенту про вимоги до капіталу, які займаються іншими ліцензованими банківськими та фінансовими послугами або є учасниками багатостороннього торговельного майданчика або організованого торгового майданчика або мають доступ до електронного ринку. Було порушено питання про те, чи користувачам криптобіржі, яка кваліфікується як багатосторонній торговий майданчик, який купує або продає токени, потрібно мати ліцензії на підставі цього формулювання. Враховуючи законодавчу історію KWG і MiFID II, малоймовірно, що влада дотримуватиметься такого підходу.

709 Повідомлення BaFin від 20 лютого 2018 року (WA 11-QB 4100-2017/0010. Електронний ресурс: https://bit.ly/3ySSDT4

710 Розділ 1, парагр. 1 s. 2 № 10 Закону про банківську діяльність. Електронний ресурс: https://bit.ly/3GezOLL

711 Повідомлення BaFin від 20 лютого 2018 року (WA 11-QB 4100-2017/0010. Електронний ресурс: https://bit.ly/3ySSDT4

712 Розділ Закону1, парагр. 1a s. 2 № 1c про банківську діяльність. Електронний ресурс: https://bit.ly/3GezOLL

713 Повідомлення BaFin від 20 лютого 2018 року (WA 11-QB 4100-2017/0010. Електронний ресурс: https://bit.ly/3ySSDT4

714 Розділ 1, парагр. 1a s. 2 № 1a Закону про банківську діяльність. Електронний ресурс: https://bit.ly/3GezOLL

715 Повідомлення BaFin від 20 лютого 2018 року (WA 11-QB 4100-2017/0010). Електронний ресурс: https://bit.ly/3ySSDT4

716 Розділ 1, парагр. 1a s. 2 № 3 Закону про банківську діяльність. Електронний ресурс: https://bit.ly/3GezOLL

а не організацією для торгівлі і, зокрема, не багатостороннім торговим майданчиком.[717] Нарешті, чи потраплять у майбутньому операції майнерів під діяльність, що регулюється KWG, ще доведеться з'ясувати. Наразі це може стосуватися конкретних послуг, таких як організація майнингових пулів. Якщо оператор центрального пулу продаватиме віртуальну валюту третім особам і виплачуватиме зібрані гроші або віртуальну валюту окремим майнерам, то такий оператор може розглядатися як такий, що діє від імені третьої особи і, такий, що займається власними торговими послугами.

ii. ЗАКОН НІМЕЧЧИНИ ПРО НАГЛЯД ЗА ПЛАТІЖНИМИ ПОСЛУГАМИ

Додаткові ліцензійні вимоги, які потенційно можуть мати відношення до віртуальних валют, визначені у Законі про нагляд за платіжними послугами (ZAG). Цей закон, що реалізує Директиву про платіжні послуги[718] та Директиву про електронні гроші[719], регулює, по суті, два види підприємницької діяльності, а саме: надання певних (перерахованих) платіжних послуг та випуск електронних грошей. Для таких видів діяльності ZAG встановлює певні вимоги, зокрема, щодо кваліфікації керівництва, вимог до капіталу та управління ризиками.[720] Структурно аналогічно KWG, іноземним організаціям необхідно мати ліцензію, якщо їхня діяльність спрямована на німецький ринок, а ліцензія ZAG може бути паспортизована на всій території Європейського Союзу. Для деяких організацій, які мають ліцензію KWG (кредитні установи, діяльність яких регулюється Регламентом про вимоги до капіталу), додаткова ліцензія ZAG не потрібна.[721]

Електронні гроші

Для здійснення діяльності з випуску електронних грошей потрібна ліцензія.[722] Електронні гроші визначаються як грошова вартість, що зберігається в електронному (у тому числі магнітному) вигляді, представлена у вигляді вимоги до емітенту, яка видається під розписку про отримання коштів задля здійснення платіжних операцій і яка приймається фізичною або юридичною особою, яка не є емітентом електронних грошей.[723]

717 Розділ 1, парагр. 1a s. 2 № 1b Закону про банківську діяльність. Електронний ресурс: https://bit.ly/3GezOLL

718 Директива ЄС 2015/2366 від 25 листопада 2015 року про платіжні послуги на внутрішньому ринку, про внесення змін до Директив 2002/65/ЄС, 2009/110/ЄС та 2013/36/ЄС і Регламенту (ЄС) № 1093/2010 та про скасування Директиви 2007/64/ЄС. Електронний ресурс: https://bit.ly/3ssxw6e

719 Директива 2009/110/ЄС від 16 вересня 2009 року про започаткування та здійснення діяльності установами-емітентами електронних грошей і пруденційний нагляд за нею, про внесення змін до директив 2005/60/ЄС і 2006/48/ЄС та про скасування Директиви 2000/46/ЄС. Електронний ресурс: https://bit.ly/3Pa0AZO

720 Деталі у Розділі 12 ZAG. Електронний ресурс: https://bit.ly/3wMmjA1

721 Розділ 1, парагр. 1 № 1 та 3 ZAG. Електронний ресурс: https://bit.ly/3wMmjA1; Розділ 1, парагр. 3d Закону про банківську діяльність. Електронний ресурс: https://bit.ly/3GezOLL

722 Розділ 11, парагр. 1 ZAG. Електронний ресурс: https://bit.ly/3wMmjA1

723 Розділ 1, парагр. 2 s. 3 ZAG. Електронний ресурс: https://bit.ly/3wMmjA1

Отже, якщо компанія надає електронну грошову вартість в обмін на однакову кількість (фіатних) грошей, це буде електронним засобом платежу для заміни готівки. Ліцензія відповідно до ZAG охоплює не лише випуск електронних грошей, а й допоміжну діяльність, таку як супутні платіжні послуги та функціонування платіжних систем.

Хоча токени можуть набувати різних форм, нині переважає думка, що токени віртуальної валюти – на відміну електронних грошових карт – здебільшого є електронними грошима. По-перше, ці токени мають бути випущені в обмін на (фіатні) гроші (що можливо, наприклад, в разі попередньо намайнених токенів, але це не є спільним випадком).[724] По-друге, це потребувало б грошової вимоги до конкретного емітенту, чого токени віртуальної валюти (особливо криптовалютні токени) зазвичай не дають.[725] По-третє, навіть якщо токен розглядатиметься як електронні гроші, за ліцензію відповідно до ZAG відповідатиме емітент, а не майнер, наприклад.

Платіжні послуги

Далі в ZAG наводиться вичерпний перелік регульованих платіжних послуг.[726] З огляду на те, що всі ці послуги пов'язані з готівкою, банківськими рахунками або електронними грошима, але не (поки що) з віртуальними валютами,[727] ліцензія ZAG стає актуальною в тих випадках, коли операції з віртуальною валютою включають певний елемент обробки фіатних грошей (але не є повністю операціями з віртуальною валютою). Питання, чи беруть участь вони у наданні платіжних послуг, виникає переважно щодо випуску токенів віртуальної валюти та бірж. Отже, найбільш актуальними питаннями у контексті віртуальної валюти є послуги з ініціювання платежів[728] (які дають змогу отримати доступ до платіжних рахунків, але без придбання у володіння перерахованих грошей); випуск платіжних інструментів або еквайринг платіжних операцій, або те й інше;[729] або, як широке всеосяжне застереження,[730] послуги грошових переказів,[731] коли платник (без створення будь-яких платіжних рахунків) виплачує кошти постачальнику платіжних послуг

724 Повідомлення BaFin від 22 грудня 2011 року (зі змінами від 29 листопада 2017 року) щодо тлумачення Закону про нагляд за платіжними послугами.

725 Повідомлення BaFin від 22 грудня 2011 року (зі змінами від 29 листопада 2017 року) щодо тлумачення Закону про нагляд за платіжними послугами. Це тлумачення було підтверджено Вищим регіональним судом Берліна, рішенням від 25 вересня 2018 року, Ref. No (4) 161 Cc 28/18 (35/18).

726 Див. Розділ 1, параграф 1 s. 2 № 1-8 ZAG щодо переліку платіжних послуг, що регулюються ZAG. Електронний ресурс: https://bit.ly/3wMmjA1

727 Повідомлення BaFin від 22 грудня 2011 року (зі змінами від 29 листопада 2017 року) щодо тлумачення Закону про нагляд за платіжними послугами № 2.

728 Розділ 1 парагр. 1s. 2 №7 ZAG. Електронний ресурс: https://bit.ly/3wMmjA1

729 Розділ 1, парагр. 1s. 2 №7 ZAG. Електронний ресурс: https://bit.ly/3wMmjA1

730 Дивіться законодавчі матеріали, BT-Drucks. 18/11495, с. 104. Колишній кейс цифрового платіжного бізнесу був залишений у ході імплементації Другої директиви про платіжні послуги в ZAG, і в законодавчих матеріалах зазначено, що такі випадки, як правило, входять до сфери вищезгаданих випадків: див. BT-Drucks. 18/11495, с. 104

731 Розділ 1, парагр. 1s. 2 №6 ZAG. Електронний ресурс: https://bit.ly/3wMmjA1

з метою переказу відповідної суми одержувачу (або іншому постачальнику платіжних послуг, що діє від імені одержувача), або коли такі кошти приймаються від імені та надаються одержувачу, або те й інше.

Отже, якщо емітент або торговець токенами віртуальної валюти збирає фіатні гроші для посередництва на платформі з покупцями токенів, це може, залежно від технічних та функціональних деталей, бути регульованим бізнесом платіжних послуг. Передавач та одержувач токенів зазвичай не підпадають під дію ліцензії ZAG; оператор мережі DLT (якщо такий є) також не має бути суб'єктом регулювання. Робота майнерів зазвичай не підпадає під діяльність, регульовану ZAG, а також сумнівно, що робота гаманців віртуальної валюти (на відміну від гаманців електронних грошей) як така вимагатиме ліцензії ZAG[732].

Навіть якщо діяльність пов›язана з платіжними послугами, можуть застосовуватися деякі винятки, наприклад, для простих постачальників послуг технічної підтримки, які не отримують у володіння засоби, (включно з, наприклад, обробкою та зберіганням даних, послугами довіри та захистом конфіденційності, автентифікацією та зв›язоком, якщо тільки вони не є послугами з ініціювання платежів та надання інформації про рахунки)[733], або моделей комерційних агентів[734] (які уповноважені за угодою вести переговори або укладати угоди з продажу або купівлі товарів або послуг від імені тільки платника або тільки одержувача).

IV. ПРОТИДІЯ ВІДМИВАННЮ КОШТІВ

i. ЗАГАЛЬНА ПРАВОВА БАЗА

Деякі учасники екосистеми DLT можуть підпадати під дію законів про ПВК/ФТ, а саме Закону Німеччини про ПВК/ФТ (GwG), який разом із деякими положеннями KWG,[735] пов›язаними з ПВК, є основною правовою основою для вимог до ПВК відповідно до законодавства Німеччини. GwG переносить Четверту директиву щодо ПВК (AMLD)[736] у німецьке законодавство і до нього нещодавно було внесено зміни (*див. Розділ III*) для реалізації змін до Четвертої директиви AMLD на рівні ЄС.[737]

732 Можна стверджувати, що гаманці, зокрема, не є послугами аутентифікації платежів (розділ 1, параграф 1, п. 2, п. 5, розділ 1, параграф 20 ZAG), оскільки гаманці не є персоналізованими засобами чи процедурами, узгодженими між користувачем та постачальником платіжних послуг для здійснення платежів.

733 Розділ 2, парагр. 1s. 2 №9 ZAG. Електронний ресурс: https://bit.ly/3wMmjA1

734 Розділ 2, парагр. 1 №2 ZAG. Електронний ресурс: https://bit.ly/3wMmjA1

735 На додаток до GwG, на установи фінансових послуг також поширюються вимоги щодо ПВК відповідно до розділу 25h KWG, які частково збігаються з положеннями GwG.

736 Директива ЄС 2015/849 від 20 травня 2015 року про запобігання використанню фінансової системи для цілей відмивання грошей або фінансування тероризму Електронний ресурс: https://bit.ly/3GhvpYs

737 Директива ЄС 2018/843 від 30 травня 2018 року про внесення змін до Директиви (ЄС) 2015/849. Електронний ресурс: https://bit.ly/3rau7Hy

Змінена директива AMLD ще більше посилює правила у рамках плану дій Європейської комісії з боротьби з відмиванням коштів на 2016 рік, який також є відповіддю на викриття «Панамських документів».

На сьогодні правила ПВК ґрунтуються на широкому розумінні майна, яке може бути залучено для ВК, включаючи активи будь-якого виду (речові або неречові, рухомі або нерухомі, матеріальні або нематеріальні),[738] так що будь-який вид токенів, залучених у злочинні дії, може стати об›єктом діяльності щодо ВК. Це стосується не лише угод з токенами (як основного предмета угоди), а й платежів з токенами (типовий випадок із віртуальною валютою), якщо суб›єкт угоди підпадає під дію правил з ПВК/ФТ[739].

Зміни до AMLD містять чітке визначення віртуальних валют,[740] і включають організації, що надають такі послуги, як утримання, зберігання та переказ віртуальних валют, у сферу дії зобов›язань з ПВК/ФТ, які в першу чергу поширюються на криптовалютні біржі, а також на провайдерів гаманців. Зміни до KWG (*див. Розділ III.i*), які визначають криптоактиви як нову категорію фінансових інструментів, виходить за рамки AMLD та суттєво розширює сферу дії вимог щодо ПВК/ФТ для учасників екосистем криптоактивів.

ii. СУБ›ЄКТИ ПВК/ФТ

Загалом, німецькі правила ПВК/ФТ ґрунтуються на певних перерахованих типах підзвітних суб›єктів, які займаються конкретною діяльністю, схильною до ВК[741].

У контексті віртуальних валют банківські та фінансові установи, яким потрібна ліцензія KWG (насамперед, біржі токенів: *див. Розділ III.i*), мають загалом дотримуватись правил з ПВК/ФТ.[742] Отже, імплементація зміненої AMLD у законодавство Німеччини розширила коло суб'єктів у сфері ПВК/ФТ до того ступеня, в якому їм потрібна ліцензія KWG для провадження діяльності зі зберігання криптовалют або для участі у веденні реєстру криптографічних цінних паперів.

Аналогічно, зобов›язання з питань ПВК/ФТ застосовуються до підприємств, якщо вони надають певні платіжні послуги або послуги у сфері електронних грошей та вимагають ліцензії ZAG як платіжні установи та установи електронних грошей

738 Розділ 1, парагр. 7 GwG. Електронний ресурс: https://bit.ly/38TnYua

739 У цьому ключі (хоча й дуже загального характеру) заява ESMA від 13 листопада 2017 року щодо нормативних вимог ICO (ESMA50-157-828).

740 Відповідно до змін, визначених в Директиві ЄС 2018/843, віртуальні валюти означають цифрове представлення вартості, яке не випускається чи не гарантується центральним банком чи державним органом, не обов'язково прив'язане до законно встановленої валюти та не має правового статусу валюти чи грошей, але приймається фізичними або юридичними особами як засіб обміну та може передаватися, зберігатися та торгуватися в електронному вигляді.

741 Розділ 2, парагр. 1 GwG. Електронний ресурс: https://bit.ly/38TnYua

742 Розділ 1, парагр. 1 та 1a Закону про банківську діяльність (KWG). Електронний ресурс: https://bit.ly/3GezOLL

(*див. Розділ III.ii*).[743] В разі (нині нечасто), якщо токени кваліфікуватимуться як електронні гроші, емітент, а також торговець, який приймає такі платежі, також підпадають під дію правил з питань ПВК/ФТ.[744]

Існували раніше неясності щодо класифікації в рамках законів про ПВК/ФТ (наприклад, кваліфікація угод з токенами як угод з товарами[745]), ймовірно, втратить актуальність у ході реалізації зміненої AMLD у зв'язку з чіткою класифікацією великої кількості токенів як криптоактивів (тобто, як фінансових інструментів) і пов'язаних із цим фактом, що велика кількість посередників кваліфікуватиметься як підзвітні суб'єкти.

Однак це має відповідати попереднім заявам уряду про те, що просте зберігання або використання криптовалют, наприклад, як платіжний засіб (на відміну від надання послуг, пов›язаних з криптовалютою та іншими токенами), не повинно підпадати під правила з ПВК/ФТ[746].

Зрештою, ні робота мережі (якщо така організація взагалі існує в децентралізованій системі), ні майнинг як такий нині не розглядаються як діяльність, що має відношення до ПВК/ФТ.

iii. ОБОВ›ЯЗКИ ТА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ У СФЕРІ ПВК/ФТ

Організації, на які поширюються німецькі правила з ПВК/ФТ, мають дотримуватися різних зобов›язань, насамперед:

a. створення адекватної та ефективної системи управління ризиками з постійним аналізом ризиків, пов›язаних з діяльністю, а також із заходами внутрішньої безпеки, пов›язаними з клієнтами та бізнесом, які можуть включати, наприклад, процедури та засоби контролю, кодекси поведінки або надійні процеси забезпечення відповідності;[747]
b. призначення достатньо оснащеного співробітника з питань ПВК/ФТ на рівні керівництва в Німеччині (і його заступника), який відповідає за забезпечення дотримання вимог з ПВК/ФТ;[748]

743 Розділ 2, парагр. 1 № 3 GwG. Електронний ресурс: https://bit.ly/38TnYua; Розділ 1, парагр. 3 ZAG. Електронний ресурс: https://bit.ly/3wMmjA1

744 Розділ 2, парагр. 1 № 3 та 16 GwG. Електронний ресурс: https://bit.ly/38TnYua

745 Обговорюється питання про те, чи кваліфікуються операції з токенами (будь вони в рамках ICO емітента на первинному ринку або пізніше на вторинних ринках) як торгівля товарами. Федеральне міністерство фінансів посилається в цьому відношенні на класичні цивільно-правові договори купівлі-продажу (Заява, Федеральне міністерство фінансів Німеччини, VII A 3–WK 5023/11/10021), які охоплюють лише транзакції токен-проти фіат (Bundesverband Blockchain, Заява щодо регулювання токенів, стор. 29), але, можливо, не використання токенів як засобу платежу за інші токени чи товари.

746 BT-Drucks,18/12521, стр. 8. Це далеко не безперечний факт.

747 Розділи 4-6 GwG. Електронний ресурс: https://bit.ly/38TnYua. У 2017 році Об'єднаний комітет європейських регуляторів випустив рекомендації щодо факторів ризику для окремих секторів (JC 2017 37). Електронний ресурс: https://bit.ly/3wOAbZ9

748 Розділ 7 GwG. Електронний ресурс: https://bit.ly/38TnYua.

c. належна перевірка клієнтів (як принцип KYC), яка спрямована на виявлення та перевірку клієнтів та бенефіціарних власників, наприклад, при започаткуванні ділових відносин, коли сума угоди перевищує певні граничні значення, коли існують ознаки підозрілих операцій або коли інформація, надана клієнтами, здається неточною.[749] Обсяг НПК має бути пропорційним і залежити від певних критеріїв ризику, які можуть обмежувати[750] або розширювати[751] обсяг НПК. З іншого боку, НПК вимагає виявлення політично значущих осіб; і

d. повідомлення про підозрілі операції у Центральний відділ з розслідування фінансових операцій, якщо обставини вказують на те, що активи походять від кримінальних злочинів, що стосуються ВК, пов›язані з ФТ або якщо не було надано необхідних документів, що посвідчують особу[752].

Надалі суб›єкти, які підпадають під дію німецьких правил з ПВК/ФТ та беруть участь у переказі криптоактивів, ймовірно, підпадатимуть під дію німецької імплементації дорожньої карти (тобто зобов›язання збирати, зберігати та передавати інформацію, що стосується переказу криптоактивів та сторін такого переказу). З цією метою Федеральне міністерство фінансів Німеччини наразі проводить консультації щодо проєкту положення про передачу криптоактивів[753], що дзеркально відображає рекомендації Керівних настанов FATF із застосування ризик-орієнтованого підходу до віртуальних валют[754].

V. РЕГУЛЮВАННЯ БІРЖ

Законодавство Німеччини не передбачає спеціального Регулювання бірж віртуальних валют; однак діють загальні правила, а з 2020 року діяльність криптобірж та провайдерів гаманців для криптоактивів прямо віднесена до фінансових послуг, на які потрібна ліцензія. Залежно від конкретного виду діяльності та типу токенів, які є об'єктом торгівлі, можуть застосовуватися закони про цінні папери (*див. Розділ II*), закони про банківську діяльність (*див. Розділ III*) та правила з ПВК/ФТ (*див. Розділ IV*).

749 Розділи з 10 до 13 GwG. Електронний ресурс: https://bit.ly/38TnYua

750 Спрощені заходи належної перевірки клієнта згідно з розділом 14 GwG, наприклад, коли операції здійснюються клієнтом, який є державним підприємством або агентством, або який має зареєстрований офіс у державі-члені ЄС або країні з подібними вимогами щодо ПВК/ФТ.

751 Посилені заходи належної перевірки згідно з розділом 15 GwG. Наприклад, для операцій, здійснених політично значущими особами, операцій без будь-якої очевидної економічної мети або операцій підприємств чи установ, які проживають у юрисдикціях з високим рівнем ризику.

752 Див. Розділ 43 GwG. Електронний ресурс: https://bit.ly/38TnYua

753 Федеральне міністерство фінансів Німеччини, проєкт постанови про передачу криптоактивів, 11 травня 2021 р.

754 ФАТФ, Керівництво щодо ризик-орієнтованого підходу до віртуальних валют, 2015 р., Рекомендація 15, примітка 7b). Електронний ресурс: https://bit.ly/3wKudd7

VI. РЕГУЛЮВАННЯ МАЙНЕРІВ

Німецьке законодавство не передбачає спеціального Регулювання майнерів; однак застосовуються загальні правила, викладені у цьому розділі. Зазвичай майнинг не вимагає ліцензування, за винятком особливих випадків (наприклад, комерційна експлуатація майнингових пулів; *див. Розділ III.i*).

VII. РЕГУЛЮВАННЯ ЕМІНЕНТІВ ТА СПОНСОРІВ

Для регулювання емітентів застосовуються загальні правила, викладені у цьому розділі. Залежно від конкретної діяльності та типу токену, який є об'єктом торгівлі, можуть застосовуватися закони про цінні папери (*див. Розділ II*), закони про банківську діяльність (*див. Розділ III*) та правила з ПВК/ФТ (*див. Розділ IV*).

VIII. КРИМІНАЛЬНЕ ТА ЦИВІЛЬНЕ ШАХРАЙСТВО І ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

На додаток до конкретних кримінальних норм – як зазначено вище щодо інсайдерської торгівлі та маніпулювання ринком[755], недотримання вимог проспекту емісії,[756] відсутності необхідних фінансових ліцензій відповідно до KWG,[757] KAGB[758] або ZAG,[759] або BK[760], зазвичай підпадають під дію загального кримінального законодавства (насамперед, комп›ютерне шахрайство[761], несанкціонований доступ до даних[762] або втручання у дані[763]). У 2017 році Федеральний верховний суд Німеччини[764] визнав операторів ботнету для майнингу криптовалютних токенів, які використовували потужності комп›ютерів, що проникли в мережу, винними в декіль-

755 Розділи 119, параграф 1, 120, параграф 2 № 3 WpHG у поєднанні зі статтею 15 MAR (маніпулювання ринком); Розділ 119, параграф 3 № 1, 2, 3 WpHG у поєднанні зі статтею 14 MAR (інсайдерська торгівля). Електронний ресурс: https://bit.ly/3ru3ptV

756 Дії відповідно до розділу 35 WpPG. Електронний ресурс: https://bit.ly/3PAFKTu

757 Стаття 54 п. 1 п. 2 у поєднанні з п. 1 ст. 32. п. 1 s Закону про банківську діяльність (KWG). Електронний ресурс: https://bit.ly/3GezOLL

758 Розділ 339, парагр. 1 KAGB. Електронний ресурс: https://bit.ly/3Nzr0CB

759 Розділ 63 п. 1 п. 4, 5 у поєднанні з п. 1 п. 10 ст. 1, Розділ 34, абзац 1 s. 1 або Розділ 11, парагр. 1 s. 1 ZAG. Електронний ресурс: https://bit.ly/3wMmjA1

760 Дії за змістом Розділу 56, параграф 1 GwG. Електронний ресурс: https://bit.ly/38TnYua

761 Розділ 263a Кримінального кодексу Німеччини (StGB) (Computerbetrug/Комп'ютерне шахрайство). Електронний ресурс: https://bit.ly/3wKS7UF

762 Розділ 202a Кримінального кодексу Німеччини (StGB) (Шпигунство за даними/Ausspähen von Daten). Електронний ресурс: https://bit.ly/3wKS7UF

763 Розділ 303a Кримінального кодексу Німеччини (StGB) (Комп'ютерна злочинність). Електронний ресурс: https://bit.ly/3wKS7UF

764 BGH, NStZ 2018, 401.

ких злочинах, пов›язаних зі злочинною обробкою даних.[765] Злом та неправомірне використання закритих ключів можуть каратися як комп›ютерне шахрайство в контексті обробки даних. Випадки маніпулювання ринком або угоди чи ICO з шахрайською інформацією також можуть переслідуватись як загальне шахрайство[766] або злочинне зловживання довірою.[767] Будь-які доходи від такої діяльності можуть бути об›єктом ВК. Віртуальні валюти як доходи від кримінальних злочинів – незалежно від їхнього правового характеру[768] – можуть підлягати конфіскації.[769]

Кримінальна відповідальність зазвичай збігається з цивільно-правовими вимогами про відшкодування збитків та реституції[770], але процесуальні деталі щодо віртуальних валют у Німеччині ще не обговорювалися.[771]

Передача віртуальних валют у таких випадках може бути примусово здійснено, наприклад, через передачу закритого ключа, щоб уникнути – як звичайно у цивільному процесуальному праві Німеччини – виплати штрафу або тюремного ув›язнення.[772] Щодо віртуальних валют, що зберігаються в гаманцях, також може бути накладений арешт на постачальника гаманця.[773]

Крім кримінальних санкцій та застосування приватного цивільного права, адміністративний примус є найбільш застосовуваним заходом щодо забезпечення дотримання нормативних вимог в арсеналі органів влади. У 2017 році BaFin порушив 36 справ з перевірки дотримання нормативних вимог і в чотирьох випадках закрив такі операції із залученням кримінальних прокурорів.[774]

У 2020 та 2021 роках BaFin продовжував попереджати інвесторів про ризики, пов'язані з ICO та шахрайськими торговими онлайн-платформами, та заборонив діяльність низки неліцензованих учасників ринку.

765 Розділи 202a, 303a Кримінального кодексу Німеччини) (StGB) Електронний ресурс: https://bit.ly/3wKS7UF; див BGH, NStZ 2018, 401, 402 і далі.

766 Розділ 263 Кримінального кодексу Німеччини (StGB) (Шахрайство/ Betrug). Електронний ресурс: https://bit.ly/3wKS7UF

767 Розділ 266 Кримінального кодексу Німеччини (StGB). Електронний ресурс: https://bit.ly/3wKS7UF

768 BGH, NStZ 2018, 401, 404 і далі.

769 Розділ 73 Кримінального кодексу Німеччини StGB (Конфіскація/Einziehung, formerly Verfall). Електронний ресурс: https://bit.ly/3wKS7UF, cf. BGH, NStZ 2018, 401, 404 і далі.

770 Розділ 823, парагр. 2 Цивільний кодекс Німеччини (BGB); Розділ 812 BGB і далі. Електронний ресурс: https://bit.ly/3wOtgiH

771 Див., наприклад, Bundesverband Blockchain, Заява про регулювання токенів, стор. 38

772 Розділ 888 Цивільно-процесуальний кодекс (ZPO). Електронний ресурс: https://bit.ly/3GxoH0R. На питання не відповіли, наприклад, BGH, NStZ 2018, 401, 405.

773 Розділ 857 ZPO. Електронний ресурс: https://bit.ly/3GxoH0R.

774 Див. заяву уряду від 21 лютого 2018 року, BT-Drucks. 19/851, с. 2.

IX. ОПОДАТКУВАННЯ

Незважаючи на те, що питання оподаткування віртуальних валют широко обговорюються, авторитетні рекомендації все ще обмежені, але їхня кількість зростає. За відсутності спеціального регулювання щодо віртуальних валют, застосовується загальне податкове законодавство Німеччини.

Податок на додану вартість (ПДВ), відповідно до рішення Європейського суду у справі Хедквіста[775] та вказівок Федерального міністерства фінансів Німеччини,[776] не стягуватиметься при конвертації криптовалютних токенів у фіатні гроші (і навпаки).[777] Незважаючи на деяку невизначеність на рівні ЄС,[778] Міністерство фінансів стверджує, що те саме стосується комісійних за транзакції (або криптовалютних токенів), одержуваних майнерами[779]. На відміну від цього, плата за послуги з надання гаманця[780] або обміну криптовалютних токенів[781] (якщо тільки торгівля криптовалютними токенами не здійснюється як посередник від свого імені[782]) може оподатковуватися ПДВ. Саме по собі використання криптовалютних токенів як засобу платежу (замість фіатних грошей) зазвичай не впливає на кваліфікацію операцій відповідно до податкового законодавства[783], але може вимагати документального підтвердження обмінних курсів.[784] Щодо токенів корисності та інвестиційних токенів відсутність авторитетних заяв призводить до деякої невизначеності. Деякі автори стверджують, що випуск інвестиційних токенів не обкладається ПДВ, але випуск та продаж токенів корисності може обкладатися ПДВ.

Що стосується податків на прибуток, то в червні 2021 року Федеральне міністерство фінансів Німеччини випустило проєкт циркуляру з викладенням своєї позиції щодо прибуткового податку на віртуальні валюти: віртуальні валюти є нематеріальними активами, і прибуток (наприклад, як різниця між ціною придбання та ціною продажу, або для ICO між балансовою вартістю та ціною випуску, після

775 Європейський суд, рішення від 22 жовтня, C-264/14 – Hedqvist, параграф 53; Стаття 135 Пункт 1 літ. е Директива 2006/112/ЕС.

776 Федеральне міністерство фінансів Німеччини, лист від 27 лютого 2018 року, III C 3 – S 7160-b/13/10001; Державний секретар парламенту Федерального міністерства фінансів Німеччини, 5 січня 2018 року, BT-Drucks. 19/370, с. 21 і далі

777 Розділ 4 № 8 lit. b https://bit.ly/3GglVvv

778 Державний секретар парламенту Федерального міністерства фінансів Німеччини, 5 січня 2018 року, BT-Drucks. 19/370, с. 22.

779 Федеральне міністерство фінансів Німеччини, лист від 27 лютого 2018 року, III C 3 – S 7160-b/13/10001, стр. 2. Електронний ресурс: https://bit.ly/3MLGrYv

780 Федеральне міністерство фінансів Німеччини, лист від 27 лютого 2018 року, III C 3 – S 7160-b/13/10001, стр. 3. Електронний ресурс: https://bit.ly/3MLGrYv

781 Федеральне міністерство фінансів Німеччини, лист від 27 лютого 2018 року, III C 3 – S 7160-b/13/10001, стр. 3. Електронний ресурс: https://bit.ly/3MLGrYv

782 Федеральне міністерство фінансів Німеччини, лист від 27 лютого 2018 року, III C 3 – S 7160-b/13/10001, с. 3; Розділ 4 No 8 б) UStG. Електронний ресурс: https://bit.ly/3MLGrYv

783 Заява парламентського державного секретаря Федерального міністерства фінансів BT-Drucks. 17/14062, стр. 25

784 Федеральне міністерство фінансів Німеччини, лист від 27 лютого 2018 року, III C 3 – S 7160-b/13/10001, стр. 2. Електронний ресурс: https://bit.ly/3MLGrYv

вирахування збитків та витрат, таких як операційні витрати платформи) в принципі може оподатковуватися як особистий дохід. Зокрема, у емітента токенів корисності в рамках ICO може оподатковуватись фінансовий прибуток (accounting profits), якщо токен корисності випускається в обмін на криптовалютні токени. Відповідно до заяв Федерального міністерства фінансів, прибуток від епізодичного майнингу віртуальної валюти також може оподатковуватися як дохід[785].

Деталі податкового режиму варіюються залежно від цього, у якому контексті здійснюються операції – приватному чи комерційному, і навіть ким. У приватному контексті податок на особистий дохід нараховуватиметься фізичним особам, які одержують прибуток, наприклад, у вигляді приросту вартості віртуальної валюти[786], але тільки якщо в цьому контексті віртуальні валюти зберігаються менше одного року.[787] Якщо віртуальні валюти створюються або купуються як комерційна діяльність, доходи від продажу чи обміну можуть оподатковуватися як підприємницький дохід.[788] Якщо операції здійснюються комерційними фізичними особами або товариствами, податки будуть нараховуватися як прибутковий податок на рівні акціонерів; якщо ж операції здійснюються (як державними, і приватними) компаніями з обмеженою відповідальністю, податки нараховуватимуться на корпоративному рівні.

X. ІНШІ ПИТАННЯ

Будь-який комерційний учасник бізнесу, пов›язаний з віртуальними валютами, має утримуватися від недостовірної реклами та надання інформації, що вводить в оману. Отже, навіть за відсутності конкретних зобов'язань щодо проспекту емісії (*див. Розділ II.ii*), «білі книги» ICO мають бути коректними і не мають упускати відповідну інформацію, а інформація про перспективи успіху та економічного розвитку не має вводити в оману. Це випливає з Німецького закону про недобросовісну конкуренцію[789], який досить ефективно дотримується конкурентами, бізнес-асоціаціями та організаціями споживачів. Крім того, потенційні сторони договору зобов'язані діяти правдиво і за особливих обставин можуть бути змушені розкривати важливу, але невідому іншій стороні інформацію у запобіжному порядку відповідно до загального цивільного законодавства.

785 Розділ 22 №. 3 EStG. Електронний ресурс: https://bit.ly/3MPC8LF; Федеральне міністерство фінансів Німеччини, лист від 3 червня 2021 р., стор. 10 і далі.

786 Федеральне міністерство фінансів Німеччини, лист від 3 червня 2021 р., стор. 13

787 Розділ 23 Абзац 1 № 2 EStG. Електронний ресурс: https://bit.ly/3MPC8LF; Федеральне міністерство фінансів Німеччини, лист від 3 червня 2021 р., стор. 13

788 Розділ 15 EStG. Електронний ресурс: https://bit.ly/3MPC8LF; Федеральне міністерство фінансів Німеччини, лист від 3 червня 2021 р., стор. 12 і далі

789 Розділ 5 UWG. Електронний ресурс: https://bit.ly/3LMnjYX , що імплементує ЄС про недобросовісну комерційну практику 2005/29/ЕС та Директиву ЄС про оманливу та порівняльну рекламу 2006/114/EG.

Якщо вони приховують таку інформацію або надають неправдиву інформацію, вони можуть бути притягнуті до відповідальності[790]. Стверджується, що це може бути застосовано і до емітентів токенів.

Оператори інтернет-платформ, на яких комерційно пропонуються токени віртуальної валюти, також мають дотримуватися загальних законів про електронну комерцію та захист прав споживачів.[791] Оскільки правова природа токенів може бути різною, існує певна невизначеність щодо застосовності таких норм. Хоча Європейський центральний банк заявив, що до операцій із криптовалютними токенами не застосовуються ні закони про права споживачів, ні закони про електронну комерцію[792], можна припустити, що принаймні токени корисності можуть підпадати під таке регулювання. Якщо це застосовно, то це буде включати великі інформаційні обов'язки (наприклад, про особу підприємця, способи укладання онлайн-контракту, характеристики товарів і послуг, вартості)[793] і – швидше теоретично – права клієнта на виведення коштів в деяких випадках[794].

XI. ПЛАНИ НА МАЙБУТНЄ

Хоча наразі регулювання віртуальних валют та практика регулювання все ще певною мірою визначаються правовою невизначеністю та різними національними підходами держав-членів ЄС (що означає, що бізнес-моделі необхідно обговорювати з окремими регулюючими органами), зокрема з MiCA, нормативна база для віртуальних валют в найближчому майбутньому буде значною мірою гармонізована в державах-членах ЄС.

На додаток до нормативних (тобто публічно-правових) аспектів, розглянутих у цьому розділі, юридична дискусія про випуск, управління та обслуговування токенів все частіше бере до уваги аспекти цивільного та корпоративного права. Більш фундаментально, випадки використання та діяльність, пов›язані з інвестиційними токенами, порушують питання про потенційне підвищення ефективності в посторговій діяльності, тобто у зберіганні, клірингу та розрахунках за цінними паперами через ланцюжки зберігання, керовані протоколами DLT.

790 Розділи 280 парагр. 1, 311 парагр.2, 241 парагр. 2 BGB. Електронний ресурс: https://bit.ly/3wOtgiH

791 Наприклад, з Директивою про електронну комерцію 2000/31/EC, Директивою про права споживачів 2011/83/EU та Директивою про дистанційний маркетинг фінансових послуг 2002/65/EC, які імплементовані в BGB.

792 Європейський центральний банк, Схеми віртуальної валюти, 2012 р., с. 44 і далі. Електронний ресурс: https://bit.ly/3Ggcptz

793 Деталі в Розділі 312d, парагр. 2 та статті 246b Вступного закону до Цивільного кодексу (EGBGB) щодо фінансових послуг B2C; Розділ 312d BGB та стаття 246a EGBGB щодо договорів дистанційного продажу B2C; Розділ 312j BGB та стаття 246a EGBGB щодо контрактів електронної комерції B2C; Розділ 312i BGB і стаття 246c EGBGB для всіх контрактів електронної комерції (включаючи B2B). Електронний ресурс: https://bit.ly/3wMXYK4

794 Розділ 312g Цивільного кодексу німеччини (BGB). Електронний ресурс: Електронний ресурс: https://bit.ly/3wOtgiH

У цьому контексті виникають дві технічні концепції: випуск токенів, пов›язаних з цінними паперами, що зберігаються в центральному депозитарії Німеччини (CSD) (дзеркальні DLT-цінні папери) та справжній випуск токенів на DLT-платформі у бездокументарній формі (справжні DLT-цінні папери). Прийнявши eWpG, німецькі законодавці зробили перший крок стимулювання випуску справжніх цінних паперів DLT. Хоча на початковому етапі він обмежується електронними облігаціями та паями інвестиційних фондів, у недалекому майбутньому цілком може стати основою для випуску електронних акцій.

НОРВЕГІЯ

I. ОЗНАЙОМЛЕННЯ З НОРМАТИВНО-ПРАВОВОЮ БАЗОЮ

У Норвегії віртуальні валюти, як правило, не вважаються законними валютами, оскільки вони не підпадають під визначення звичайних грошей або валюти. Більше того, у Норвегії немає спеціального Закону «Про віртуальні валюти», який стосується цінних паперів та інвестицій, банківської справи та переказу коштів або регулювання бірж, майнерів, емітентів або спонсорів. Таким чином, підприємства або особи, які здійснюють або ведуть діяльність у сфері віртуальних валют, не повинні отримувати ліцензію відповідно до чинного Закону «Про фінансові послуги».

15 жовтня 2018 року Норвегія ухвалила новий Закон «Про боротьбу з відмиванням грошей» та відповідне положення, які розширили сферу дії законодавства, поширивши його на постачальників послуг, що займаються обміном між віртуальними та фіатними валютами, а також постачальників послуг кастодіальних гаманців (CWP).

1 липня 2021 року в Норвегії набула чинності поправка до Положення «Про боротьбу з відмиванням грошей» від 2018 року, щодо заходів належної перевірки клієнтів в разі встановлення клієнта у країні з високим ризиком, припинення та блокування відносин з клієнтами, а також мінімальні вимоги, що стосуються електронних систем моніторингу (*див. Розділ IV.i*).

У цілях оподаткування, віртуальні валюти вважаються активами а, отже, обкладаються податком на приріст капіталу та податком на розкіш. У Норвегії розгорнулася політична та юридична дискусія щодо доцільності збереження зниження податкової ставки для центрів обробки даних, які займаються майнином віртуальної валюти, і щодо можливості запровадження звичайної податкової ставку для цих підприємств. Парламент Норвегії ухвалив рішення щодо збереження зниженої податкової ставки для цих підприємств у фінансовому бюджеті на 2021 рік (*див. Розділ IX.v*).

II. ЗАКОНИ ПРО ЦІННІ ПАПЕРИ ТА ІНВЕСТИЦІЇ

i. ОГЛЯД

У Норвегії немає спеціальних законів про цінні папери та інвестицій, які стосуються віртуальних валют або пропозицій таких валют.

Управління фінансового нагляду у Норвегії неодноразово попереджало інвесторів та компанії про первинне розміщення монет (ICO) та інвестування у віртуальні валюти через високі ризики інвестиційних втрат, шахрайства та відмивання коштів.[795] Залежно від своєї структури, ICO може виходити за межі сфери дії законів та нормативних актів, і в цьому випадку інвестори не зможуть користуватися захистом, передбаченим цими законами та нормативними актами. Компанії, які беруть участь у ICO, повинні, на думку Управління фінансового нагляду, уважно розглянути питання, чи регулюється їхня діяльність. Крім того, Управління фінансового нагляду послалося на дві заяви, зроблені Європейською комісією з цінних паперів та ринків (ESMA) 13 листопада 2017 року щодо ризиків ICO для інвесторів[796] та правил, що застосовуються до компаній, які беруть участь у ICO,[797] і заявило, що його наглядова діяльність буде ґрунтуватися на оцінках ESMA.

У заяві про правила, що застосовуються до компаній, які беруть участь у ICO, ESMA попереджає компанії, які беруть участь у ICO, про необхідність відповідати відповідним нормативним вимогам, включаючи розгляд питання про те, чи регулюється їхня діяльність. Самі компанії зобов'язані враховувати нормативно-правову базу, отримати необхідні дозволи та виконати відповідні вимоги. На підставі заяви Управління фінансового нагляду, аналогічні вимоги будуть застосовуватися до такої діяльності в Норвегії.

У березні 2021 року Управління фінансового нагляду об'єдналося з Європейськими наглядовими органами (ESMA, Європейським управлінням банківського нагляду та Європейським управлінням зі страхування та трудових пенсій), щоб нагадати споживачам про актуальність їхніх попередніх попереджень.[798]

795 Управління фінансового нагляду у Норвегії (2018), первинне розміщення монет (ICO) – попередження для інвесторів і компаній (джерело: https://www.finanstilsynet.no/markedsadvarsler/2017/initial-coin-offerings-icoer---advarsel-til-investorer-og-foretak/).

796 Заява ESMA (2017) «Про ризики ICO для інвесторів» (джерело: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma50-157-829_ico_statement_investors.pdf).

797 Заява ESMA (2017) щодо правил, що застосовуються до компаній, які беруть участь у ICO (джерело: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma50-157-828_ico_statement_firms.pdf).

798 Управління фінансового нагляду у Норвегії (2021), Європейські управління фінансового нагляду нагадують споживачам про ризики віртуальних валют (джерело: https://www.finanstilsynet.no/nyhetsarkiv/nyheter/2021/de-europeiske-finanstilsynsmyndighetene-minner-om-risikoen-ved-virtuell-valuta/). EBA (2021), Криптоактиви: ESA нагадують покупцям про ризики (джерело: https://www.eba.europa.eu/financial-innovation-and-fintech/publications-on-financial-innovation/crypto-assets-esas-remind-consumers-about-risks).

На цій основі структура ICO визначатиме, чи не підпадають вони під дію застосовних правил. Якщо монети або токени кваліфікуються як фінансові інструменти, згідно з ESMA, ймовірно, що компанії, які беруть участь у ICO, здійснюють регульовану інвестиційну діяльність, таку як розміщення, торгівля фінансовими інструментами або консультування щодо фінансових інструментів, або управління чи маркетинг колективних інвестиційних схем. Вони також можуть брати участь у пропозиції цінних паперів, що перебувають в обігу населенню.

Відповідно до Угоди про Європейську економічну зону (ЄЕЗ), Норвегія має вимоги аналогічні до вимог чинного законодавства ЄС. Однак той факт, що Норвегія не є повноправним членом ЄС, означає, що час від часу законодавство Норвегії може відрізнятися від законодавства ЄС, як правило, у тих випадках, коли законодавство ЄС ще не імплементовано у законодавство Норвегії.

Нижче наведено короткий опис відповідного законодавства ЄС, яке також діє у Норвегії.

ii. ПОЛОЖЕННЯ «ПРО ПРОСПЕКТИ»

Положення «Про проспекти» — це ключовий законодавчий акт ЄС, який також може стосуватися ICO в Норвегії. Він спрямований на забезпечення надання належної інформації інвесторам від емітентів, які залучають гроші на норвезькому ринку. Таким чином, за умови затвердження компетентним органом, від емітентів може вимагатися публікація проспекту емісії, до того, як відбудеться публічна пропозиція цінних паперів, що перебувають в обігу, або допуск до торгів такими цінними паперами на регульованій біржі, розташованій або чинній на території в державі-члені ЄС або ЄЕЗ, якщо тільки не застосовуються певні виключення або винятки. Чинні правила щодо регулювання проспектів емісії містяться в Законі Норвегії «Про торгівлю цінними паперами», який станом на 21 липня 2019 року запровадив Положення «Про проспекти емісії» з поправками.[799]

Віртуальні валюти, як правило, не кваліфікуються як цінні папери, що перебувають в обігу, а вимоги до проспекту, як правило, не застосовуються до ICO та подібних пропозицій віртуальних валют.

iii. ДИРЕКТИВА «ПРО РИНКИ ФІНАНСОВИХ ІНСТРУМЕНТІВ»

Правила, аналогічні до правил Директиви «Про ринки фінансових інструментів» (MiFID з наступними змінами внесеними MiFID II), імплементовані у Закони та Постанови Норвегії.[800]

799 Закон «Про торгівлю цінними паперами» від 29 червня 2007 р. № 75, що впроваджує Регламент (ЄС) 2017/1129 та замінює правила, запроваджені Директивою «Про проспекти».

800 Закон «Про торгівлю цінними паперами» від 29 червня 2007 р. № 75 та Положення від 4 грудня 2017 р. № 1913.

Ці правила спрямовані на створення єдиного ринку інвестиційних послуг та інвестиційної діяльності, а також забезпечення високого рівня узгодженого захисту для інвесторів фінансових інструментів. Як зазначено ESMA у заяві щодо правил, що застосовуються до компаній, які беруть участь у ICO, інвестиційна компанія, яка надає інвестиційні послуги щодо фінансових інструментів, повинна відповідати застосовним вимогам.

Якщо монета або токен кваліфікуються як фінансовий інструмент у випадку ICO, передбачається, що процес, з допомогою якого монета або токен створюється, розповсюджується або продається, може включати діяльність, що підпадає під правила MiFID II, наприклад розміщення, торгівля фінансовими інструментами або консультування щодо них. Залежно від наданих послуг можуть застосовуватися організаційні вимоги, правила ведення бізнесу та вимоги прозорості. У таких випадках у Норвегії будуть застосовуватися аналогічні вимоги.

iv. ДИРЕКТИВА ЩОДО КЕРІВНИКІВ АЛЬТЕРНАТИВНИХ ІНВЕСТИЦІЙНИХ ФОНДІВ

Правила, аналогічні до правил Директиви щодо керівників альтернативних інвестиційних фондів, імплементовані у Закони та Постанови Норвегії,[801] і вони встановлюють правила для авторизації, поточної діяльності та прозорості керівників, які керують або продають альтернативні інвестиційні фонди. Віртуальні валюти зазвичай не підпадають під дію Закону «Про керуючих альтернативними інвестиційними фондами», але альтернативні інвестиційні фонди, які інвестують у віртуальні валюти, можуть підпадати під дію цього Закону, залежно, зокрема, від їхньої структури.

III. БАНКІВСЬКІ ТА ГРОШОВІ ПЕРЕКАЗИ

Віртуальні валюти не підпадають під звичайні визначення грошей або валюти в Норвегії і, таким чином, не вважатимуться законною валютою.

Крім того, діяльність, пов'язана з віртуальними валютами не підпадає під дію Закону «Про фінансові зобов'язання». Таким чином, діяльність, пов'язана з віртуальними валютами, як правило, не потребує одержання банківської ліцензії або ліцензії як постачальника платіжних послуг.[802]

801 Закон «Про керівників альтернативних інвестиційних фондів» від 20 червня 2014 р. № 28 та Положення «Про керівників альтернативних інвестиційних фондів» від 26 червня 2016 р. № 877.

802 Закон Норвегії «Про фінансові зобов'язання» від 10 квітня 2015 р. № 17.

IV. ПРОТИДІЯ ВІДМИВАННЮ КОШТІВ

i. ЗАПРОВАДЖЕННЯ НОВОГО ЗАКОНУ «ПРО БОРОТЬБУ З ВІДМИВАННЯМ ГРОШЕЙ» ТА ВІДПОВІДНОГО НОРМАТИВНОГО АКТУ

15 жовтня 2018 року в Норвегії набув чинності новий Закон «Про боротьбу з відмиванням грошей» та відповідний нормативний акт.[803] Нове законодавство імплементує Четверту директиву ЄС щодо відмивання грошей та сприяє реалізації деяких положень, викладених у Директиві (ЄС) 2018/843 (внесення змін до Четвертої директиви «Про боротьбу з відмиванням грошей»)[804] змінивши Закон «Про боротьбу з відмиванням грошей» 2009 року (який імплементував Третю директиву ЄС «Про боротьбу з відмиванням грошей»).[805]

Порівняно з попереднім Законом «Про боротьбу з відмиванням грошей», сфера дії нового Закону «Про боротьбу з відмиванням грошей» була розширена за рахунок включення постачальників послуг, які здійснюють обмін між віртуальними валютами та фіатними валютами, а також гаманців постачальників послуг кастодіальних гаманців, оскільки такі постачальники тепер вважаються зобов'язаними суб'єктами. Раніше діяльність, пов'язана з віртуальними валютами, включаючи діяльність, пов'язану з обміном, майнингом та послугами зберігання віртуальних валют, не підпадала під дію Закону «Про боротьбу з відмиванням грошей» 2009 року. Таким чином, новий Закон вимагає від постачальників послуг з обміну віртуальних та фіатних валют, а також постачальників послуг кастодіальних гаманців дотримуватись зобов›язань щодо питань боротьби з відмивання грошей, включаючи проведення заходів належної перевірки клієнтів.

Управління фінансового нагляду здійснюватиме нагляд за постачальниками послуг, які здійснюють обмін між віртуальними та фіатними валютами, а також забезпечуватиме дотримання постачальниками послуг кастодіальних гаманців чинного законодавства «Про боротьбу з відмиванням грошей». Постачальники, які здійснюють таку діяльність у Норвегії, зобов›язані зареєструватися в Управлінні фінансового нагляду, надавши інформацію про свою назву, організаційну структуру, реєстраційний номер та пропоновані послуги, а також інформацію про генерального директора або особу, що займає подібну посаду, членів ради директорів та будь-яких контактних осіб. Управління фінансового нагляду наголошує, що постачальники повинні бути зареєстровані в Реєстрі комерційних підприємств, і виходить з того, що операції здійснюються через окремий рахунок компанії.[806]

803 Закон «Про боротьбу з відмиванням грошей» від 23 червня 2018 р. № 23 (зі змінами), Положення «Про боротьбу з відмиванням грошей» від 14 вересня 2018 р. № 1324 (зі змінами).

804 Директива 2015/849/ЄК, Директива (ЄС) 2018/843.

805 Закон «Про боротьбу з відмиванням грошей» від 11 червня 2009 р. № 11, Директива 2005/60/ЄК.

806 Управління фінансового нагляду Норвегії – Віртуальні валюти (Джерело: https://www.finanstilsynet.no/konsesjon/virtuelle-valutatjenester/).

11 жовтня 2019 року Міністерство фінансів запровадило вимоги «відповідність вимогам» до постачальників, які здійснюють обмін між віртуальними та фіатними валютами, а також до постачальників послуг кастодіальних гаманців, внісши зміни до Положення «Про боротьбу з відмиванням грошей» від 2018 року. Ці вимоги, як стверджується, відповідають вимогам викладеним у Директиві (ЄС) 2018/843 (внесення змін до Четвертої директиви «Про боротьбу з відмиванням грошей»).

1 липня 2021 року набула чинності поправка до Положення «Про боротьбу з відмиванням грошей» від 2018 року після імплементації Директиви (ЄС) 2018/843 у законодавство Норвегії, а також впровадження стандартів, встановлених Міжнародною група з протидії відмиванню грошей та Європейським Союзом. Відповідно до цієї поправки зобов'язані суб'єкти повинні вживати суворіших заходів з належної перевірки клієнтів, якщо клієнт зареєстрований у країні з високим ризиком, повинні бути чіткіші правила щодо припинення та блокування відносин з клієнтами, а зобов'язані суб'єкти повинні дотримуватися мінімальних вимог щодо електронних систем моніторингу. Крім того, іноземні організації, які продають свої послуги на норвезькому ринку, підпадають під дію Закону Норвегії «Про боротьбу з відмиванням грошей».

ii. ВПЛИВ НА ПОСТАЧАЛЬНИКІВ ФІНАНСОВИХ ПОСЛУГ

Розширення сфери дії Закону «Про боротьбу з відмиванням грошей» (з включенням постачальників послуг, які здійснюють обмін між віртуальними та фіатними валютами, а також постачальників послуг кастодіальних гаманців) вплинуло на постачальників фінансових послуг. Законодавство (аналогічне до положень і стандартів Міжнародної групи з протидії відмиванню грошей та Європейського Союзу) не дозволяє постачальникам фінансових послуг відмовляти у наданні фінансових послуг певним групам або секторам виключно на підставі ризику відмивання грошей (зниження ризику). За даними Управління фінансового нагляду, постачальники фінансових послуг повинні оцінювати ризики відмивання грошей або фінансування тероризму у кожному окремому випадку, а також мають бути обґрунтовані підстави для відмови надання фінансових послуг. Оскільки на постачальників фінансових послуг з самого початку покладено обов'язок укладати контракти, Управління фінансового нагляду очікує, що перші дозволить учасникам ринку, які надають послуги з обміну та постачальникам послуг кастодіальних гаманців, відкривати банківські рахунки, якщо вони не мають обґрунтованих підстав для відмови у наданні платіжних послуг.

iii. СУДОВА ПРАКТИКА

Банк має загальний обов›язок укладати договір, якщо він не має обґрунтованих підстав для відмови шляхом припинення відносин з клієнтом або відмови у встановленні клієнтських відносин. Відповідно до рішення окружного суду Осло від 30 квітня 2018 року у справі між скандинавським банком та норвезьким інвестором[807] (з бізнес-ідеєю щодо створення норвезької компанії з обміну віртуальної валюти[808]), банк може відмовитися від надання платіжних послуг (відкриваючи банківські рахунки) через високий ризик використання віртуальних валют для відмивання грошей.

У цій справі, після загальної оцінки, Суд постановив, що ризик відмивання грошей та операцій, пов'язаних із кримінальними злочинами, явно підвищив торгівлю біткоїнами, хоча торгівля біткоїнами також може здійснюватися на законних умовах. Суд постановив, що цей ризик є обґрунтованою підставою для відмови банку у відносинах з клієнтами відповідно до Закону «Про фінансові контракти». Суд також посилався на обов'язок банку припинити відносини з клієнтами, якщо вони пов'язані з ризиками здійснення операцій у зв›язку з кримінальними злочинами відповідно до Закону «Про боротьбу з відмиванням грошей». Хоча це рішення було оскаржено, воно втратило актуальність, оскільки інвестор відкрив банківський рахунок в іншому банку для створення компанії з обміну віртуальної валюти.

Відповідно до вищезазначеної постанови, суди Норвегії та Комісія з розгляду скарг у сфері фінансових послуг винесли низку інших рішень щодо віртуальних валют, які, здебільшого, відповідають основним правилам, викладеним у норвезькому законодавстві.

V. РЕГУЛЮВАННЯ БІРЖ

Наразі немає спеціального положення про регулювання бірж обміну віртуальних валют. Таким чином, діяльність цих бірж не підпадає під дію регулювання фінансових послуг і не потребує ліцензії. Вищезгадане стосується як децентралізованих бірж із однорангoвими рішеннями, так і централізованих бірж. Якщо вони також не займаються послугами обміну між віртуальними та фіатними валютами, або не є постачальниками послуг кастодіальних гаманців, їм не потрібно реєструватися в Управлінні фінансового нагляду для виконання будь-яких зобов'язань щодо боротьби з відмиванням грошей.

807 Nordea Bank AB (publ), filial i Norge v. Sunde Bitmynthandel.

808 Bitmynt AS.

12 лютого 2018 року Управління фінансового нагляду[809] приєдналось до Європейських наглядових органів[810], попередивши споживачів про високий ризик, пов'язаний з інвестуванням у віртуальні валюти, такі як біткоїн, ефіріум та ріпл. Оскільки віртуальні валюти не регулюються, ними торгують на нерегульованих ринках і вони не мають прозорості в ціноутворенні, Управління фінансового нагляду вважає віртуальні валюти непридатними для короткострокових і довгострокових заощаджень для більшості споживачів.

У Норвегії існують біржі для купівлі та продажу віртуальних валют, і, судячи з загальнодоступної інформації, очікується, що найближчим часом у Норвегії можуть з'явитися нові біржі віртуальних валют.

VI. РЕГУЛЮВАННЯ МАЙНЕРІВ

Немає спеціального регулювання майнерів віртуальних валют, а також немає особливих ліцензійних вимог. Загальні правила ведення підприємницької діяльності поширюватимуться і на майнерів віртуальних валют.

VII. РЕГУЛЮВАННЯ ЕМІТЕНТІВ ТА СПОНСОРІВ

У Норвегії немає конкретних законів або правил, які стосуються емітентів або спонсорів віртуальних валют. Випуск або спонсорство віртуальної валюти, як правило, вважається законною діяльністю, але вони не потребують ліцензії відповідно до закону «Про фінансове регулювання».

VIII. КРИМІНАЛЬНЕ ТА ЦИВІЛЬНЕ ШАХРАЙСТВО І ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

У Норвегії немає жодних особливих кримінальних і цивільних правил щодо протидії шахрайства та правозастосовних норм щодо віртуальних валют.

Схема «Pump and Dump» (накручування і скидання) (тобто підняття ціни на актив перед тим, як скинути його з метою отримання прибутку за рахунок інвесторів) — це старий тип ринкового шахрайства. У порівнянні з фондовими біржами, біржі віртуальної валюти є нерегульованими ринками, а це означає, що схеми «Pump and Dump» можуть здійснюватися без несення відповідальності.

809 Управління фінансового нагляду (2018) попереджає споживачів про віртуальні валюти (джерело: https://www.finanstilsynet.no/nyhetsarkiv/nyheter/2018/finanstilsynet-advarer-forbrukere-om-kryptovaluta/).

810 Європейський банківський орган (2017) попереджає споживачів про віртуальні валюти (джерело: https://eba.europa.eu/-/esas-warn-consumers-of-risks-in-buying-virtual-currencies).

Однак у Норвегії було небагато прикладів таких схем, що може бути пов'язано з відносно низькою кількістю завершених ICO.

До шахрайських ICO може застосовуватися загальне кримінальне та цивільне правозастосування, хоча особливих правил щодо віртуальної валюти не існує. Те ж саме стосується підроблених гаманців, пірамід або схем Понці.

IX. ОПОДАТКУВАННЯ

i. ОГЛЯД

Податкові органи Норвегії вважають віртуальні валюти активами, на які поширюються загальні правила оподаткування, для податку на розкіш та податку з продажу, але операції з віртуальною валютою не обкладаються податком на додану вартість (ПДВ).[811]

ii. ПОДАТКИ НА РОЗКІШ ТА ПРОДАЖ

Для приватних осіб приріст капіталу від віртуальних валют є оподатковуваним доходом, а збитки підлягають вирахуванню.[812] Це стосується як майнингу, так і операцій. Поточна ставка податку, яка визначається щорічно, становить 22 відсотки у 2021 році.[813]

Віртуальні валюти вважаються активами, що мають економічну цінність і, таким чином, включаються до базових сум, що використовуються для визначення чистого статку фізичних осіб – платників податків, що розраховуються як загальна вартість станом на 1 січня року, у якому проводиться податкова оцінка.[814] Це стосується всіх віртуальних валют, якими володіють податкові резиденти Норвегії, незалежно від місця знаходження активів (тобто всередині Норвегії або за її межами).

Для корпоративних платників податків оподатковуваний прибуток включає будь-які виплати, отримані від роботи, активів або підприємницької діяльності.[815] Відповідними умовами для визначення того, чи є та чи інша діяльність підприємницькою, є її тривалість, обсяг, прибутковість, витрати та ризик.[816]

811 Норвезька податкове управління, оподаткування і ПДВ віртуальних валют (джерело: https://www.skatteetaten.no/en/business-and-organisation/reporting-and-industries/industries-special-regulations/internet/tax-and-vat-on-virtual-currencies/).

812 Див. Податковий закон Норвегії від 26 березня 1999 р. № 14 §§ 5-1 (2) і 6-2 (1).

813 Податкова резолюція норвезького парламенту від 15 грудня 2020 р. № 2878.

814 Норвезьке податкове управління, оподаткування і ПДВ віртуальних валют.

815 Див. Податковий закон Норвегії від 26 березня 1999 р. № 14 §§ 5-1 (2) і 6-2 (1).

816 Норвезький податок–ABC (20/21) (джерело: https://www.skatteetaten.no/en/rettskilder/type/handboker/skatte-abc/gjeldende/).

Торгівля віртуальними валютами може розглядатися як підприємницька діяльність, якщо вона ведеться регулярно та здійснюється значна кількість операцій.[817] Майнинг можна вважати підприємницькою діяльністю, якщо вона здійснюється регулярно та має певний обсяг.[818]

iii. ПДВ

У 2017 році податкові органи Норвегії змінили свої інструкції щодо ПДВ, і операції з віртуальною валютою не підлягають оподаткуванню ПДВ як фінансові послуги, що звільнюються від податку.[819] Раніше податкові органи вважали, що обмін віртуальних валют не звільняється від сплати ПДВ за фінансові послуги і тому є оподатковуваними послугами.[820] Після рішення Європейського суду від 22 жовтня 2015 року,[821] який ухвалив, що відповідна послуга була звільнена від ПДВ у Європейському Союзі, податкові органи Норвегії переглянули режим ПДВ і у 2017 році дійшли висновку, що послуги обміну біткоїнами покриваються звільненням від сплати.[822]

У 2018 році податкові органи у своєму керівництві вирішили, що майнинг віртуальних валют підпадає під звільнення від сплати ПДВ для фінансових послуг.[823] Однак підприємства, які лише конвертували даних для майнингу віртуальної валюти, підлягають обкладанню ПДВ.

Продаж послуг, що надаються дистанційно іноземним зареєстрованим підприємствам має нульову ставку, що означає, що ці послуги все ще оподатковуються ПДВ, але ставка ПДВ становить 0%. Саме характер послуги визначає, чи підпадає вона під дане положення (тобто, чи можна її надати дистанційно). Немає істотного значення, чи пов›язана послуга з місцем розташування. Згідно з попередньою постановою Податкового управління, послуги центрів обробки даних надаються дистанційно, навіть якщо вони можуть здаватися прив’язаними до певного місця в Норвегії (центру обробки даних).

817 Норвезьке податкове управління, оподаткування і ПДВ віртуальних валют.

818 Ibid.

819 Міністерство фінансів Норвегії (2017), біткоїн звільнено від ПДВ (джерело: https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/bitcoin-er-unntatt-fra-merverdiavgift/id2538128/).

820 Норвезьке податкове управління (2013), Біткоїн – податок і ПДВ (джерело: https://www.skatteetaten.no/rettskilder/type/uttalelser/prinsipputtalelser/bruk-av-bitcoins--skatte--og-avgiftsmessige-konsekvenser/).

821 Справа C-264/14.

822 Міністерство фінансів Норвегії (2017), звільнення від ПДВ для фінансових послуг (джерело: https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/merverdiavgift---unntaket-for-finansielle-tjenester/id2538129/).

823 Норвезьке податкове управління (2017), майнинг віртуальної валюти з ПДВ (джерело: https://www.skatteetaten.no/contentassets/ed1de52af7cc45989a5338780159ad6f/kryptovaluta.pdf).

iv. ПОДАТОК ДЛЯ ICO

Що стосується оподаткування і ПДВ для ICO, податкові органи в керівних настановах зазначили, що ці питання повинні розглядатися у кожному окремому випадку, включаючи питання про те, чи застосовується звільнення від ПДВ на фінансові послуги.[824]

v. ПОДАТОК НА ЕЛЕКТРОЕНЕРГІЮ

Податок на електроенергію стягується з усіх постачальників електроенергії, у тому числі за електроенергію, що постачається безкоштовно а також з електророзподільних компаній або генераторів, що використовуються для внутрішніх потреб. Підприємства, які передають електроенергію споживачам або виробляють електроенергію, повинні зареєструватися як платники цього податку. Зобов'язання зі сплати податку виникає при постачанні електроенергії споживачам та при її споживанні для внутрішнього використання.

Щорічно парламент встановлює дві відповідні податкові ставки: звичайну податкову ставку та знижену. Звичайна ставка податку на 2021 рік становить 0,1669 норвезької крони за кВт/год, а знижена ставка податку становить 0,00546 крони за кВт/год.[825]

Звичайна ставка податку застосовується, зокрема, до електроенергії, що постачається домашнім господарствам, непромисловій комерційній діяльності та адміністративним будівлям у промисловому виробничому секторі. Знижена ставка податку застосовується, зокрема, до електроенергії, яка постачається в центри обробки даних з потужністю понад 0,5 МВт.[826] Щоб центр обробки даних отримав знижену ставку, його основною діяльністю має бути зберігання та обробка даних або те й інше. У посібнику, опублікованому 9 серпня 2018 року, податкове управління визначило, що центри обробки даних, які займаються майнингом віртуальних валют, можуть скористатися зниженою податковою стакою.[827]

У Норвегії розгорнулася політична та правова дискусія щодо доцільності збереження зниженої податкової ставки для центрів обробки даних, які займаються майнингом віртуальних валют, та про можливість запровадження звичайної податкової ставки для цих компаній. 31 жовтня 2018 року Податкове управління запропонувало встановити для майнингу віртуальної валюти звичайну податко-

824 Норвезьке податкове управління, оподаткування і ПДВ віртуальних валют (джерело: https://www.skatteetaten.no/en/business-and-organisation/reporting-and-industries/industries-special-regulations/internet/tax-and-vat-on-virtual-currencies/).

825 Постанова від 15.12.2020 № 2884 (глава 5541 п. 70) § 1; пор. Закон від 19 травня 1933 р. № 11 «Про податок з продажів».

826 Постанова від 11 грудня 2001 р. № 1451 § 3-12-6.

827 Норвезьке податкове управління (2018), Висновок щодо податку на електроенергію для центрів обробки даних та майнингу віртуальної валюти (джерело: https://www.skatteetaten.no/rettskilder/type/uttalelser/prinsipputtalelser/tolkningsuttalelse-elektrisk-kraft-datasentre-kryptovaluta/).

ву ставку замість зниженої.[828] Виходячи з цього, Парламент ухвалив у фінансовому бюджеті на 2019 рік, що електроенергія, яка використовується для майнингу віртуальної валюти в центрі обробки даних, повинна мати звичайну податкову ставку, замість зниженої, і надав Мінфіну повноваження на виконання цієї постанови.[829] Однак представники галузі поставили під сумнів законність цієї поправки, оскільки, як зазначено в розділі I, знижена ставка податку для центрів обробки даних є державною допомогою відповідно до статті 61(1) Закону «Про ЄЕЗ». Таким чином, Податкове управління, у консультаційному документі від 16 травня 2019 року, запропонувало змінити коло одержувачів державної допомоги (яка передбачається згідно з відповідними нормативними актами ЄС).[830] Згідно з цією пропозицією, звичайна ставка податку буде застосовуватися, якщо (1) мета споживання електроенергії пов'язана з майнингом віртуальної валюти (суб'єктивний елемент), (2) спроба майнингу віртуальної валюти ініційована з допомогою діяльності або процесу (об›єктивний елемент) і (3) діяльність або процес має за мету отримання винагороди (фінансовий елемент). У зв'язку з цією зміною виникли юридичні питання щодо державної допомоги, тому Міністерство фінансів звернулося за роз'ясненнями до Наглядового органу Європейської асоціації вільної торгівлі, перш ніж запровадити цю зміну. Однак 12 травня 2020 року уряд запропонував у оновленому фінансовому бюджеті на 2020 рік скасувати постанову з 2019 року, щоб продовжити застосування зниженої податкової ставки.[831] Парламент ухвалив цю пропозицію 19 червня 2020 року,[832] а знижену податкову ставку було збережено у фінансовому бюджеті на 2021 рік.[833]

Центри обробки даних, які забезпечують допоміжну функцію підтримки основної діяльності підприємства (наприклад, фінансові послуги), виключаються положення про надання зниженої податкової ставки.[834] Знижена податкова поширюється лише на електроенергію, що використовується для серверів, систем охолодження, насосів, освітлення, пристроїв безпеки, агрегатних пристроїв та пристроїв, які безпосередньо підтримують функцію сервера.

828 Норвезьке податкове управління (2018), Знижена ставка податку для центрів обробки даних – майнинг криптовалюти (джерело: https://www.regjeringen.no/contentassets/bf295ae5c5984da59a4db62cc7168a84/brev_fra_skatteetaten_kryptovaluta.pdf).

829 Рекомендація № 391 S (2018-2019) Розділ 4.4 відповідно до Постанови Парламенту від 5 грудня 2018 року та Рекомендації Парламенту № 3 S (2018-2019) Розділ 13.6 (джерело: https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Publikasjoner/Innstillinger/Stortinget/2018-2019/inns-201819-391s/?m=3).

830 Норвезьке податкове управління (2019), Консультаційний документ про податок на електроенергію, яка використовується для майнингу віртуальної валюти (джерело: https://www.skatteetaten.no/contentassets/0deaa9754e4846b984bc4caa493f8fb0/horingsnotat.pdf); Стаття 44 Регламенту Комісії (ЄС) № 651/2014 та статті 5 і 17 (а) Директиви 2003/96/ЄК.

831 https://www.regjeringen.no/no/statsbudsjett/2020/rnb/id2700940/

832 Уточнений Національний бюджет на 2020 рік (джерело: https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Saker/Sak/?p=79767).

833 Постанова від 15.12.2020 № 2884 (глава 5541 п. 70) § 1; пор. Закон від 19 травня 1933 р. № 11 «Про податок з продажів».

834 Норвезька податкова інспекція (2018), Податок на електроенергію (джерело: https://www.skatteetaten.no/globalassets/rettskilder/avgiftsrundskriv/2018-elektrisk-kraft.pdf).

X. ПЛАНИ НА МАЙБУТНЄ

i. ОГЛЯД

Наразі не існує жодних спеціальних ліцензійних вимог щодо бірж для обміну віртуальними валютами, а також конкретних законів «Про цінні папери та інвестиції» або будь-яких конкретних положень, що реулюють майнерів, емітентів та спонсорів. Таким чином, у Закон Норвегії «Про фінансове регулювання» мають бути внесені зміни, щоб діяльність з віртуальними валютами входила до його сфери дії. Такі зміни, як правило, не очікуються найближчим часом, але очікується, що влада Норвегії співпрацюватиме з країнами, які беруть участь у Європейському блокчейн-партнерстві (див. нижче), якщо це положення в якийсь момент буде імплементовано в законодавство Норвегії.

II. ЄВРОПЕЙСЬКЕ БЛОКЧЕЙН-ПАРТНЕРСТВО

Усі країни учасниці ЄС та члени Європейського економічної зони (Норвегія та Ліхтенштейн) підписали декларацію про створення Європейського блокчейн-партнерства з метою обміну досвідом та знаннями у технічних та регуляторних сферах, а також для підготовки до запуску в усьому ЄС блокчейн-додатків по всьому цифровому ринку.[835] На основі цього партнерства та існуючого партнерства згідно з Угодою «Про ЄЕЗ» очікується, що влада Норвегії співпрацюватиме з іншими країнами учасницями у регулюванні віртуальних валют у майбутньому.

iii. ЦИФРОВА ВАЛЮТА ЦЕНТРАЛЬНОГО БАНКУ

18 травня 2018 року Центральний банк опублікував свій перший документ робочої групи з питань, які він вважає важливими для оцінки доцільності введення цифрової валюту центрального банку (ЦВЦБ) у Норвегії.[836]

Введення ЦВЦБ спричинить покладання на Центральний банк цифрових зобов'язань для використання їх як засобу платежу та збереження вартості, а також спричинить створення спеціальних платіжних рішень, за які Центральний банк нестиме повну або часткову відповідальність, але це буде не обов›язково буде працювати та обслуговуватися. На думку робочої групи, будь-яке рішення Центрального банку взяти на себе ініціативу щодо впровадження ЦВЦБ, має ґрунтуватися на соціально-економічному аналізі витрат і вигод. Важливим елементом такого аналізу буде вплив на платіжну систему, фінансову стабільність та грошово-кредитну політику.

835 Європейська комісія (2018), європейські країни приєднуються до блокчейн-партнерства (джерело: https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/european-countries-join-blockchain-partnership).

836 Norges Bank Paper № 1, 2018 (джерело: https://static.norges-bank.no/contentassets/166efadb3d73419c8c50f9471be26402/nbpapers-1-2018-centralbankdigitalcurrencies.pdf?v=05/18/2018121950&ft=.pdf).

В оцінці робочої групи є насамперед дві актуальні моделі організації системи ЦВЦБ. Перша — це модель на заснована на рахунках, у якій централізовані як збереження вартості, так і обробка транзакцій. У цій моделі гроші зберігаються на рахунках і перераховуються з одного рахунку на інший в системі. Робоча група розглядає цю модель як вигідне резервне рішення. Друга модель — це модель на основі вартості, в якій зберігання та обробка вартості децентралізовані. У цій моделі гроші зберігатимуться локально в платіжних інструментах, як правило, картках або інших інструментах, що випускаються центральною третьою стороною. Робоча група розглядає цю модель як вигідну, реальну, безризикову альтернативу депонування грошей для зберігання вартості. Крім того, потенційними третіми альтернативами можуть бути гібридні варіанти, які поєднують елементи обох моделей, наприклад модель на основі технології розподіленого реєстру.

Введення ЦВЦБ може вимагати внесення певних змін до Закону «Про Центральний банк». Рішення на основі рахунку може вимагати внесення змін до положень Закону, згідно з якими суб'єкти можуть мати рахунок у Центральному банку. Рішення, що ґрунтується на вартості, ймовірно, не вимагатиме внесення будь-яких поправок, доки це рішення входить до компетенції Центрального банку.

На першому етапі робоча група заявила, що на другому етапі проєкту необхідно детальніше розглянути цілі ЦВЦБ та найбільш актуальні рішення, що дозволить детальніше розглянути вплив ЦІВЦБ та аналіз витрат і вигод.

27 червня 2019 року робоча група опублікувала другий робочий документ про те, чи є ЦВЦБ необхідним і бажаним, для забезпечення того, щоб Норвегія підтримувала безпечну та ефективну платіжну систему, а також довіру до валютної системи у майбутньому.[837]

На думку робочої групи, ЦВЦБ може функціонувати як рішення на випадок непередбачених ситуацій в разі збоїв у банківській платіжній системі та може сприяти підтримці конкуренції між різними засобами та інструментами платежу. У той же час, запровадження ЦВЦБ не видається необхідним для забезпечення доступу населення до безпечних платіжних засобів, а необхідність використання законного платіжного засобу, еквівалентного готівці, сама по собі не виправдовує введення ЦВЦБ.

На підставі загальної оцінки того, які рішення найкраще забезпечують необхідні та бажані характеристики, робоча група рекомендувала проводити подальшу роботу над ЦВЦБ у формі токенових грошей на основі реєстру (основне рішення) та ЦВЦБ на основі закритого рахунку з можливістю зберігання на фізичному пристрої (альтернативне рішення).

837 Norges Bank Paper № 2, 2019 (джерело: https://static.norges-bank.no/contentassets/79181f38077a48b59f6fbdd113c34d2c/nb_papers_2_19_cbdc.pdf?v=06/27/2019121511&ft=.pdf).

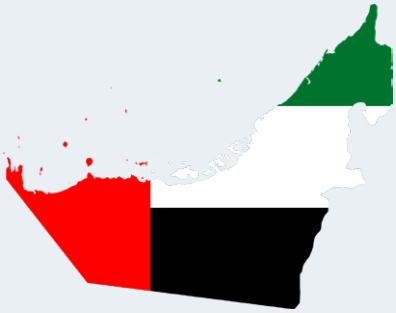
На думку робочої групи, ці два рішення можуть мати необхідні та бажані характеристики та можуть бути достатньо привабливими для задовільного ступеня використання. Вони забезпечують гнучкість майбутнього розвитку та мінливих потреб. Однак їх розробка вимагатиме часу та витрат. У короткостроковій або середньостроковій перспективі, вони не є кандидатами на впровадження. Спрощене рішення, ймовірно, можна було б розробити швидше, якщо це вважатиметься необхідним. Крім того, робоча група не рекомендує подальшого вивчення рішення, яке передбачає зберігання грошей виключно на фізичних пристроях або рішення звичайного відкритого рахунку.

Робоча група висловила потребу у додатковій інформації, щоб мати можливість зробити висновок про те, чи є запровадження ЦВЦБ належним засобом сприяння безпечної та ефективної платіжної системи та збереження довіри до грошово-кредитної системи.

19 травня 2021 року робоча група опублікувала третій робочий документ щодо ЦВЦБ, спираючись на звіти про перший та другий етапи.[838] У попередніх робочих документах робоча група виклала попередню оцінку характеристик, які ЦВЦБ мають або повинні мати для досягнення цілей. На третьому етапі ці характеристики були уточнені та детально проаналізовані. У той час як список характеристик залишається в основному незмінним, у третьому робочому документі обговорюються аспекти характеристик, які потребують подальшого вивчення та уточнення з допомогою технічних випробувань. Робоча група також розглянула питання, яким чином технічні рішення можуть забезпечити ці характеристики та як їх можна перевірити. Одним із керівних принципів цієї роботи полягає в тому, що існування та обсяг грошей такого роду не повинні підривати можливості надання кредитів у приватному секторі, і на третьому етапі робоча група проаналізувала будь-які потенційні наслідки запровадження ЦВЦБ для банків.

Відповідно до рекомендації робочої групи, що міститься у вищезгаданому звіті, Центральний банк вирішив продовжити це дослідження на четвертому етапі тривалістю до двох років. Цей етап передбачає експериментальну перевірку технічних рішень та подальший аналіз цілей і наслідків впровадження ЦВЦБ. Крім того, будь-яке рішення про запровадження ЦВЦБ вимагатиме політичної підтримки, а також потрібно буде розглянути та впровадити необхідні зміни до законодавства.

838 Norges Bank Paper № 1, 2021 (джерело: https://www.norges-bank.no/contentassets/554ee1f1ac53417d99d43708f5abbe14/norges-bank-papers-1-2021.pdf?v=05/19/2021132229&ft=.pdf).



ОАЕ

І. ОЗНАЙОМЛЕННЯ З НОРМАТИВНО-ПРАВОВОЮ БАЗОЮ

Об'єднані Арабські Емірати (ОАЕ) мають правову систему, яка швидко модернізується. Взагалі правова система являє собою систему цивільного права з впливом шаріату (мусульманське право), до основних правових кодексів якого належать Федеральний Закон ОАЕ «Про цивільно-правові угоди»[839], Федеральний Закон ОАЕ «Про комерційні операції»[840], Кримінальний кодекс[841] та Федеральний Закон ОАЕ «Про комерційні компанії»[842]. На доповнення до федерального законодавства ОАЕ, кожен із семи еміратів ОАЕ (Абу-Дабі (який виконує функцію столиці), Аджман, Дубай, Фуджейра, Рас-Ель-Хайма, Шарджа, Умм-Ель-Кайвайн) має власні закони та положення у тих сферах, де немає федерального законодавства. У сфері фінансових ринків та ринків капіталу федеральними наглядовими органами є Центральний банк ОАЕ та Управління з цінних паперів та товарів ОАЕ.

Кожен емірат також має власні вільні економічні зони, де присутня обмежена незалежність від еміратного та федерального законодавства, що застосовується до обмежень іноземних інвестицій та звичаїв. Однак, є дві вільні фінансові зони, створені відповідно до Конституції та федерального законодавства ОАЕ, які є повністю окремими юрисдикціями в тому сенсі, що вони мають режим цивільного, фінансового та комерційного законодавства, окремий від решти теренів ОАЕ. Вони називаються: Міжнародний фінансовий центр Дубая, де наглядовим органом є Управління фінансових послуг Дубая, та Глобальний ринок Абу-Дабі, де нагля-

839 Федеральний Закон ОАЕ «Про цивільно-правові угоди» 1987 року [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3kVXScH (англійська мова).

840 Федеральний Закон ОАЕ «Про комерційні операції» від 07.09.1993 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3PbiX0m (англійська мова).

841 Кримінальний кодекс, оприлюднений 08.12.1987 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3vZthky (англійська мова).

842 Федеральний Закон ОАЕ «Про комерційні компанії» від 25.03.2015 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3FzA6wD (англійська мова).

довим органом є Управління з питань регулювання фінансових послуг. На терені Міжнародного фінансового центру Дубая застосовується система загального права за зразком англійського загального права, тоді як на терені Глобального ринку Абу-Дабі застосовується власне англійське загальне право. Проте федеральні кримінальні закони ОАЕ є чинними на теренах цих двох вільних фінансових зон (наприклад, федеральні закони про боротьбу з відмиванням коштів). Оншори ОАЕ, Міжнародний фінансовий центр Дубая та Глобальний ринок Абу-Дабі розглядаються у цьому дослідженні окремо.

Блокчейн та технологія розподіленого реєстру є пріоритетами для уряду ОАЕ, який розпочав різні заходи та ініціативи, що пов'язані з блокчейном, багато з яких у співпраці з іншими юрисдикціями.

З погляду нормативно-правового регулювання, то Глобальний ринок Абу-Дабі тут був найактивнішим. Він у 2018 році вже видав значну кількість нормативних актів. Закони, положення та керівні настанови Глобального ринку Абу-Дабі регулярно оновлюються, щоб бути в курсі глобальних змін у сфері регулювання блокчейну. З огляду на це, Глобальний ринок Абу-Дабі викликав значний інтерес з боку міжнародних учасників індустрії, зокрема у тих, хто управляє провідними біржами віртуальних валют[843].

Вичікуючи кілька років, та після суперечливих заяв і великої невизначеності, Управління з цінних паперів та товарів ОАЕ нарешті 1 листопада 2020 року оприлюднила довгоочікуване положення щодо криптоактивів. Це Положення № 23 від 2020 року «Про регулювання діяльності з криптоактивами»[844] є далекосяжним та спрямоване на регулювання розміщення, емісії, лістингу та торгівлі криптоактивами в оншорах ОАЕ. Положення «Про регулювання діяльності з криптоактивами» Управління з цінних паперів та товарів ОАЕ було прийнято після того, як Центральний банк ОАЕ оприлюднив оновлену Постанову про засоби збереження вартості, в якій також розглядаються криптоактиви[845]. Як бачимо, тільки Міжнародний фінансовий центр Дубая поки уникав питання щодо регулювання криптоактивів. Однак, у першому та другому кварталах 2021 року Управління з питань регулювання фінансових послуг провело публічні консультації[846] щодо запропонованої нормативно-правової бази для інвестиційних токенів у Міжнародному фінансовому центрі Дубая, також вказавши, що Управління надалі планує здійснювати регулювання над обігом інших криптоактивів. На момент підготовки цього дослідження ще жодного нормативного акту з цього питання не було оприлюднено.

843 Для додаткової інформації див. Секцію VII.

844 Рішення Голови правління Управління з цінних паперів та товарів від 31.10.2020 № 23 «Про регулювання діяльності з криптоактивами» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wxpGcK (англійська мова).

845 Постанова Центрального Банку ОАЕ від 30.09.2020 № 6/2020 «Про засоби збереження вартості» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3w54DPO (арабська та англійська мови).

846 Консультаційний документ Управління фінансових послуг Міжнародного фінансового центру Дубая № 138 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3stagEX (англійська мова).

II. ЗАКОНИ ПРО ЦІННІ ПАПЕРИ ТА ІНВЕСТИЦІЇ

i. ОНШОРИ ОАЕ

Центральний банк ОАЕ та Управління з цінних паперів та товарів ОАЕ мають спільні повноваження та обов'язки здійснення нагляду за фінансовими ринками та ринками капіталу ОАЕ, у тому числі у місцевих оншорних зонах. До оншорних зон належать вільні нефінансові зони, такі як Мультитоварний центр Дубая та Силіконовий оазис Дубая.

1 листопада 2020 року Голова Ради директорів Управління з цінних паперів та товарів ОАЕ підписав Положення про регулювання діяльності з криптоактивами, перший проєкт якого вже оприлюднювався у жовтні 2019 року в рамках публічних консультацій.

Положення Управління з цінних паперів та товарів ОАЕ «Про регулювання діяльності з криптоактивами» розроблено у такий спосіб, щоб бути технологічно нейтральним та всеохопним. Воно, зокрема, дозволяє подавати документи англійською мовою піднаглядним особам, хоча на вимогу може з'явитись необхідність надати документи у перекладі арабською мовою[847].

Вимоги Положення Управління з цінних паперів та товарів ОАЕ від 31.10.2020 № 23 «Про регулювання діяльності з криптоактивами» поширюються на будь-кого, хто розміщує, просуває або емітує криптоактиви на теренах чи з теренів оншорів ОАЕ або на осіб, що знаходяться на теренах оншорів ОАЕ, а також на будь-кого, хто пропонує послуги зі зберігання криптовалют чи управляє криптобіржею або платформою для збору коштів, а також ці вимоги поширюються на будь-яку іншу фінансову діяльність, що стосується криптоактивів[848].

Положення Управління з цінних паперів та товарів ОАЕ від 31.10.2020 № 23 «Про регулювання діяльності з криптоактивами» розрізняє інвестиційні токени[849] та товарні токени. До останніх з них належать будь-які криптоактиви, які не є інвестиційними токенами[850]. Це Положення регулює обидва види токенів з досить жорсткими вимогами як щодо подання, так і щодо схвалення. Крім того, нормативні вимоги є вищими для інвестиційних токенів.

---

847 Стаття 5 глави першої Рішення Голови правління Управління з цінних паперів та товарів від 31.10.2020 № 23 «Про регулювання діяльності з криптоактивами» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wxpGcK (англійська мова).

848 Стаття 3 глави першої Рішення Голови правління Управління з цінних паперів та товарів від 31.10.2020 № 23 «Про регулювання діяльності з криптоактивами» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wxpGcK (англійська мова).

849 В англомовному варіанті «security tokens»

850 Стаття 1(1) глави першої Рішення Голови правління Управління з цінних паперів та товарів від 31.10.2020 № 23 «Про регулювання діяльності з криптоактивами» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wxpGcK (англійська мова).

Положення Управління з цінних паперів та товарів ОАЕ від 31.10.2020 № 23 «Про регулювання діяльності з криптоактивами» вводить новий термін «професійний інвестор», який є ширшим, ніж давніший термін «кваліфікований інвестор». У частині фізичних осіб-резидентів: до професійних інвесторів належать ті особи, хто підтверджує достатні знання для роботи з відповідними інвестиціями або чиї інтереси представляють кваліфіковані спеціалісти з інвестицій, мають річний дохід не менше 1 мільйона дирхамів щорічно або чистий капітал не менше 4 мільйонів дирхамів[851]. До професійних інвесторів застосовуються різні винятки з вимог щодо затвердження та розкриття інформації.

Відповідно до Положення Управління з цінних паперів та товарів ОАЕ від 31.10.2020 № 23 «Про регулювання діяльності з криптоактивами» будь-які розміщення, торгівля чи транзакція з інвестиційними токенами або фінансова діяльність, пов'язана з інвестиційними токенами, підпадають під дію федерального законодавства ОАЕ про цінні папери, а також передбачається, оприлюднення керівних настанов з оцінки того, чи можна криптоактив визнати інвестиційним токеном[852]. Визнання криптоактиву інвестиційним токеном здійснюється виключно рішенням Управління з цінних паперів та товарів ОАЕ, яке також може передбачати в кожному конкретному випадку винятки щодо дотримання певних вимог[853]. Більш детальна інформація щодо цього питання наведено у секціях V і VI.

Цінні папери та пов'язані з ними інвестиції переважно регулюються Федеральним законом «Про Управління з цінних паперів та товарів ОАЕ та ринки цінних паперів і товарів ОАЕ» від 2000 року № 4[854]. Цей Закон створив Управління з цінних паперів та товарів ОАЕ яке стало другим федеральним наглядовим органом (разом із Центральним банком ОАЕ) та містить основні правила розміщення цінних паперів[855].

9 травня 2021 року, згідно з рішенням Голови Ради директорів Управління з цінних паперів та товарів ОАЕ № 13 від 2021 року, було оприлюднено новий Звід правил ринку Управління з цінних паперів та товарів ОАЕ, а також було скасовано декілька попередніх рішень та положень, прийнятих відповідно до Федерального закону «Про Управління з цінних паперів та товарів ОАЕ та ринки цінних паперів і товарів

851 Стаття 1(1) глави першої Рішення Голови правління Управління з цінних паперів та товарів від 31.10.2020 № 23 «Про регулювання діяльності з криптоактивами» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wxpGcK (англійська мова).

852 Стаття 4(1)-(2) глави першої Рішення Голови правління Управління з цінних паперів та товарів від 31.10.2020 № 23 «Про регулювання діяльності з криптоактивами» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wxpGcK (англійська мова).

853 Стаття 4(1)-(2) глави першої Рішення Голови правління Управління з цінних паперів та товарів від 31.10.2020 № 23 «Про регулювання діяльності з криптоактивами» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wxpGcK (англійська мова).

854 Федеральний закон ОАЕ «Про Управління з цінних паперів та товарів ОАЕ та ринки цінних паперів і товарів ОАЕ» від 2000 року № 4 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3M8t2JM (англійська мова).

855 Стаття 2 Федерального закону ОАЕ «Про Управління з цінних паперів та товарів ОАЕ та ринки цінних паперів і товарів ОАЕ» від 2000 року № 4 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3M8t2JM (англійська мова).

ОАЕ» від 2000 року № 4[856]. Звід правил замінює термін «кваліфікований інвестор» на термін «професійний інвестор»[857]. Це визначення є подібним до визначення, що наводиться у Положенні Управління з цінних паперів та товарів ОАЕ від 31.10.2020 № 23 «Про регулювання діяльності з криптоактивами», за винятком відсутності вимоги, щоб дохід фізичної особи був не менше 1 мільйона дирхамів на рік.

ii. МІЖНАРОДНИЙ ФІНАНСОВИЙ ЦЕНТР ДУБАЯ

Управління фінансових послуг Дубая, відповідний наглядовий орган Міжнародного фінансового центру Дубая, наразі не регулює середовище криптоактивів. Але це має змінитись із запровадженням нормативно-правової бази для інвестиційних токенів, а у найближчому майбутньому буде сформовано нормативно-правову базу для криптоактивів. Взагалі, Управління фінансових послуг Дубая в минулому займало вичікувальну позицію стосовно регулювання середовища криптовалют, хоча у ті ж часи оприлюднило кілька попереджувальних повідомлень.

Так, у вересні 2017 року Управління фінансових послуг Дубая заявило, що не регулює криптоактиви та вважає їх високоризикованими[858]. Пізніше воно заявило, що не надає ліцензії жодній фірмі в Міжнародному фінансовому центрі Дубая на право провадження діяльності, пов'язаної з інвестиціями у віртуальну валюту.

У жовтні 2019 року Управління фінансових послуг Дубая надіслало сповіщення про наявність у «MeleCoin» фальшивої ліцензії на право провадження такої діяльності у Міжнародному фінансовому центрі Дубая[859]. У цьому сповіщенні Управління знову посилалось на своє вересневе сповіщення 2017 року[860].

Нарешті, у березні 2021 року у Міжнародному фінансовому центрі Дубая було розпочато консультацію щодо запропонованої там нормативно-правової бази для інвестиційних токенів, яка завершилася у другому кварталі 2021 року. У цій консультації Управління фінансових послуг Дубая чітко дає зрозуміти, що найближчим часом має намір регулювати криптоактиви[861].

856 Стаття 7 розділу 1 Рішення Голови Ради директорів Управління з цінних паперів та товарів ОАЕ від 2021 року № 13 «Про Керівництво з регламентації впорядкування фінансової діяльності та Зводу правил щодо механізмів урегулювання статусу» (08.05.2021) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/399XuED (англійська мова).

857 Стаття 5 глави 2 розділу 3 Рішення Голови Ради директорів Управління з цінних паперів та товарів ОАЕ від 2021 року № 13 «Про Керівництво з регламентації впорядкування фінансової діяльності та Зводу правил щодо механізмів урегулювання статусу» (08.05.2021) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3FJjaDN (англійська мова).

858 «DFSA оприлюднює загальну заяву для інвесторів щодо криптовалют» (13.09.2017) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3FLDJQ8 (англійська мова).

859 Сповіщення Управління фінансових послуг Дубая від 14.10.2019 «Криптовалютна платформа Melecoin надає недостовірну інформацію щодо свого місцезнаходження у Міжнародному фінансовому центрі Дубая» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wmKlAb (англійська мова).

860 Ibid.

861 Див. абзаци 2 та 3 повідомлення «Управління фінансових послуг Дубая розпочинає консультації щодо регулювання інвестиційних токенів» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3w71wGS (англійська мова).

У липні 2021 року стало відомо, що у третьому кварталі 2021 року у Міжнародному фінансовому центрі Дубая будуть розпочаті консультації щодо нормативно-правової бази криптоактивів[862].

Стосовно інвестиційних токенів очікується, що їхнє середовище буде регулюватись відповідно до наявних правил з додатковими вимогами для усунення технологічних ризиків, характерних для технології розподіленого реєстру та блокчейну. Хоча нагляд за суб'єктами господарювання, що здійснюється на терені Міжнародного фінансового центру Дубая, загалом має репутацію дуже дружнього для таких суб'єктів.

То ж ніхто не очікує, що новостворена система надасть якісь інноваційні рішення для ринку децентралізованих фінансів. Наприклад, це надасть змогу торгувати інвестиційними токенами, що були емітованими на платформах, які знаходяться на терені Міжнародного фінансового центру Дубая, з використанням застосувань, яким не потрібен дозвіл, таких як «Uniswap» або інші децентралізовані біржі.

Станом на сьогодні основними законами, що регулюють діяльність ліцензованих суб'єктів господарської діяльності у Міжнародному фінансовому центрі Дубая та надають наглядові повноваження Управлінню фінансових послуг Дубая, є:

a. Закон «Про регулювання» 2004 року[863];
b. Закон «Про ринки» 2012 року[864];
c. Закон «Про регулювання ісламського фінансового бізнесу» 2004 року[865];
d. Закон «Про колективні інвестиції» 2010 року[866];
e. Закон «Про інвестиційні трасти» 2006 року[867].

Управління фінансових послуг Дубая оприлюднила звід правил, який містить підзаконні акти, ухвалені відповідно до Закон «Про регулювання» 2004 року радою директорів Цього Управління[868].

862 Майкл Фахі «DFSA б'є тривогу стосовно шахрайства з криптовалютами. Натомість наглядові органи ОАЕ проводять консультації щодо технологічних рекомендацій» – «The National», 01.06.2021 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/39e5oge (англійська мова).

863 Закон «Про регулювання» 2004 року № 1 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3swyG0j (англійська мова).

864 Закон «Про ринки» 2012 року № 1 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3yF0un0 (англійська мова).

865 Закон «Про регулювання ісламського фінансового бізнесу» 2004 року № 6 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3FLLQMr (англійська мова).

866 Закон «Про колективні інвестиції» 2010 року № 2 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3swPbcK (англійська мова).

867 Закон «Про інвестиційні трасти» 2006 року № 5 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/39eXvHg (англійська мова).

868 Звід правил Управління фінансових послуг Дубая [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3sv1PsY (англійська мова).

На терені Міжнародного фінансового центру Дубая заборонено надавати фінансові послуги, у тому числі здійснювати операції та консультувати з питань інвестицій, таких як цінні папери та деривативи, без одержання відповідного дозволу[869].

На терені Міжнародного фінансового центру Дубая також заборонено фінансову рекламу, яка охоплює будь-яке повідомлення, «що запрошує або спонукає якусь особу:

a. укласти або пропонувати укласти угоду щодо надання фінансових послуг;
b. здійснювати будь-які права, надані фінансовим продуктом, або здійснювати придбання, відчужувати, здійснювати андеррайтинг чи конвертувати фінансовий продукт»[870].

Відсутність конкретної нормативно-правової бази не завадила створенню крипто- та блокчейн-проєктів на терені Міжнародного фінансового центру Дубая.

Так, компанія «Ripple» керує своєю регіональною штаб-квартирою з терену Міжнародного фінансового центру Дубая[871], хоча, схоже, що вона проводить лише там маркетингову діяльність[872].

iii. ГЛОБАЛЬНИЙ РИНОК АБУ-ДАБІ

Відповідним наглядовий орган у Глобальний ринок Абу-Дабі є Управління з питань регулювання фінансових послуг.

Влітку 2018 року Управління з питань регулювання фінансових послуг розробило всеохопну нормативно-правову базу, що регулює функціонування середовища, яке тоді називали «криптоактивами», через внесення поправок до Положення «Про фінансові послуги та ринки»[873] та оприлюднило детальні керівні настанови з цього питання[874].

869 Стаття 41 Закону «Про регулювання» 2004 року № 1 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3swyG0j (англійська мова).

870 Стаття 41А Закону «Про регулювання» 2004 року № 1 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3swyG0j (англійська мова).

871 Прес-реліз Міжнародного фінансового центру Дубая «FinTech Ripple обирає DIFC для розміщення регіональної штаб-квартири» (07.11.2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/38oTgcf (англійська мова).

872 Див. інформацію з Публічного реєстру Міжнародного фінансового центру Дубая про компанію «Ripple» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3yF7S1I (англійська мова).

873 Положення 2015 року «Про фінансові послуги та ринки» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3PhnM8n (англійська мова).

874 Див. також керівні настанови Управління з питань регулювання фінансових послуг «Регулювання діяльності з криптоактивами на терені Глобального ринку Абу-Дабі» (25.06.2018) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3yxsrx3 (англійська мова) та «Регулювання первинних розміщень монет, токенів чи віртуальних валют відповідно до Положення «Про фінансові послуги та ринки» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/37EO4R7 (англійська мова).

Ця база регулярно оновлюється, щоб відповідати глобальним подіям, які пов'язані з криптовалютою. Востаннє до неї вносились зміни у лютому 2020 року[875] разом із відповідними керівними настановами[876].

Положення «Про фінансові послуги та ринки» поділяє віртуальні монети та токени на цифрові активи, середовище яких регулюються Управлінням з питань регулювання фінансових послуг, та інші цифрові токени[877]. До перших належать:

a. віртуальні активи (наприклад, нефіатні віртуальні валюти, включаючи біткоїн та етер);
b. цифрові цінні папери, фіатні токени (повністю забезпечені фіатними валютами);
c. похідні інструменти та фонди (тобто деривативи на будь-які цифрові активи та фонди колективного інвестування, які інвестують у цифрові активи).

До інших цифрових токенів належать, зокрема, токени корисності. Середовище цих токенів залишається нерегульованим.

Положення «Про фінансові послуги та ринки» визначає віртуальний актив як засіб цифрового представлення вартості, який може бути предметом цифрової торгівлі та функціонує як засіб обміну, розрахункова одиниця чи сховище вартості або всі три разом, проте не має статусу законного платіжного засобу в жодній юрисдикції.[878]

З погляду наглядової політики, Управління з питань регулювання фінансових послуг розглядає віртуальні активи як товари, а отже, не як визначені інвестиції згідно з Положенням «Про фінансові послуги та ринки». Деривативи віртуальних активів розглядаються як товарні деривативи, а отже, як визначені інвестиції згідно з Положенням «Про фінансові послуги та ринки»[879].

875 Зміни від 2020 року № 2 до Положення 2015 року «Про фінансові послуги та ринки» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3L8zPla (англійська мова).

876 Див. керівні настанови Управління з питань регулювання фінансових послуг:
- «Регулювання віртуальних активів та розміщення цифрових валют відповідно до Положення 2015 року «Про фінансові послуги та ринки» (24.02.2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3N97wEF (англійська мова);
- «Регулювання діяльності з цифровими цінними паперами на терені Глобального ринку Абу-Дабі» (24.02.2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/37ly5la (англійська мова);
- «Регулювання діяльності з віртуальними активами на терені Глобального ринку Абу-Дабі» (24.02.2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3N9PjH3 (англійська мова).

877 Абзац 5.2 керівних настанов Управління з питань регулювання фінансових послуг «Регулювання віртуальних активів та розміщення цифрових цінних паперів відповідно до Положення 2015 року «Про фінансові послуги та ринки» (24.02.2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/38naRRS (англійська мова).

878 Стаття 258(1) Положення 2015 року «Про фінансові послуги та ринки» (зміни 2020 року) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3MmRc32 (англійська мова).

879 Абзац 4.2 керівних настанов Управління з питань регулювання фінансових послуг «Регулювання віртуальних активів та розміщення цифрових цінних паперів відповідно до Положення 2015 року «Про фінансові послуги та ринки» (24.02.2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3sxR8FQ (англійська мова).

Незважаючи на те, що не всі віртуальні активи є визначеними інвестиціями, будь-який оператор ринку, посередник або зберігач, що мають справу з віртуальними активами, мають бути затверджені в Управлінні з питань регулювання фінансових послуг як держателі дозволів на право надання фінансових послуг щодо відповідної діяльності, що регулюється[880].

Якщо Управління з питань регулювання фінансових послуг класифікує цифрові активи як цифрові цінні папери, деривативи або колективні інвестиційні фонди віртуальних активів, то транзакції з ними та їхня емісія мають повністю відповідати вимогам, що застосовуються до цінних паперів, деривативів та фондів, як вказано у Положенні «Про фінансові послуги та ринки» та додаткових правилах, оприлюднених Цим Управлінням[881].

З метою висвітлення власного ставлення до цифрових цінних паперів Управління з питань регулювання фінансових послуг у лютому 2020 року оприлюднило нові керівні настанови «Регулювання діяльності з цифровими цінними паперами на терені Глобального ринку Абу-Дабі»[882]. У цих керівних настановах визначено цифрові цінні папери як цифрові активи з економічними та юридичними ознаками й характеристиками цінних паперів[883]. Керівні настанови покликані надати роз'яснення щодо діяльності з надання фінансових послуг, пов'язаних із цифровими цінними паперами, на терені Глобального ринку Абу-Дабі як на первинному, так і на вторинному ринках, а також під час розміщення інвестиційних токенів[884].

Якщо залучаються фіатні токени, то така діяльність регулюється як діяльність із надання грошових послуг відповідно до Положення «Про фінансові послуги та ринки». Діяльність із надання грошових послуг передбачає обов'язкове отримання ліцензії[885].

880 Абзац 4.3 керівних настанов Управління з питань регулювання фінансових послуг «Регулювання віртуальних активів та розміщення цифрових цінних паперів відповідно до Положення 2015 року «Про фінансові послуги та ринки» (24.02.2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3sxR8FQ (англійська мова).

881 Абзац 16 і далі керівних настанов Управління з питань регулювання фінансових послуг «Регулювання діяльності з цифровими цінними паперами на терені Глобального ринку Абу-Дабі» (24.02.2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/37ly5la (англійська мова).

882 Керівні настанови Управління з питань регулювання фінансових послуг «Регулювання діяльності з цифровими цінними паперами на терені Глобального ринку Абу-Дабі» (24.02.2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/37ly5la (англійська мова).

883 Абзац 15 керівних настанов Управління з питань регулювання фінансових послуг «Регулювання діяльності з цифровими цінними паперами на терені Глобального ринку Абу-Дабі» (24.02.2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/37ly5la (англійська мова).

884 Абзац 3 керівних настанов Управління з питань регулювання фінансових послуг «Регулювання діяльності з цифровими цінними паперами на терені Глобального ринку Абу-Дабі» (24.02.2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/37ly5la (англійська мова).

885 Абзац 14 керівних настанов Управління з питань регулювання фінансових послуг «Регулювання діяльності з цифровими цінними паперами на терені Глобального ринку Абу-Дабі» (24.02.2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/37ly5la (англійська мова).

III. БАНКІВСЬКІ ТА ГРОШОВІ ПЕРЕКАЗИ

Центральний банк ОАЕ є регулятором банківської, грошово-кредитної систем ОАЕ, який виконує такі функції:

a. забезпечення загального регулювання питань, пов'язаних із банківською діяльністю;
b. здійснення контролю за емісією валюти;
c. здійснення нагляду за банківською та іншою фінансовою діяльністю, що підлягає ліцензуванню;
d. надання консультацій уряду з фінансових питань;
e. підтримання валютних резервів;
f. діє як банк для уряду та інших банків ОАЕ.

У вересні 2018 року уряд ОАЕ переглянув своє законодавство про фінансові послуги та банківську діяльність, ухваливши Федеральний закон «Про Центральний банк та організацію фінансових установ та діяльності» від 2018 року № 14[886]. Цей Закон замінив Федеральний закон «Про Центральний банк, грошово-кредитну систему та організацію банківської діяльності» від 1980 року № 10[887] як базовий елемент нормативно-правової бази для банківської діяльності в ОАЕ. Закон регулює надання фінансових послуг в ОАЕ та за їх межами, а також діяльність Центрального банку. Незважаючи на нещодавнє ухвалення, Федеральний закон «Про Центральний банк та організацію фінансових установ та діяльності» не розглядає криптоактиви.

У вересні 2020 року Центральний банк ОАЕ оприлюднив нове Положення «Про засоби збереження вартості», яке набрало чинності 15 листопада 2020 року та скасовує нормативну базу щодо засобів збереження вартості та електронних платіжних систем, видану раніше у 2017 році[888]. Це Положення поширюється на оншорні зони ОАЕ, але не на вільні фінансові зони. Засоби збереженої вартості – це безготівкові засоби, у які клієнти наперед вносять гроші, щоб потім використовувати цей спосіб оплати для оплати товарів і послуг. Хоча Центральний банк ОАЕ надалі стверджує, що криптоактиви не є законним платіжним засобом в ОАЕ, проте переглянуте Положення «Про засоби збереження вартості тепер однозначно дозволяє використовувати криптоактиви як засіб збереження вартості під час купівлі інших товарів та послуг[889].

886 Декретний федеральний закон ОАЕ «Про Центральний банк та організацію фінансових установ та діяльності» від 2018 року № 14 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wuRChm (англійська мова).

887 Федеральний закон ОАЕ «Про Центральний банк, грошово-кредитну систему та організацію банківської діяльності» від 1980 року № 10 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/37NVpOu (англійська мова).

888 Положення Центрального банку ОАЕ від 01.01.2017 «Про затвердження нормативно-правової бази щодо засобів збереження вартості та електронні платіжні системи» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3NimCrM (англійська мова).

889 Положення Центрального банку ОАЕ від 30.09.2020 № 6/2020 «Про засоби збереження вартості» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wfJORN (англійська та арабська мови).

Минулими роками місцеві банки в ОАЕ приймали непослідовні та мінливі обмеження щодо переказів коштів на адреси криптовалютних бірж чи інших суб'єктів господарської діяльності цієї екосистеми або одержання коштів від них, зазвичай, без попереднього повідомлення про підозрілі фінансові операції (діяльність). Підставою для таких обмежень є принцип «знай свого клієнта» (KYC) та вимоги щодо протидії відмиванню коштів, які застосовуються до банків (детальніше буде розглянуто в секції IV).

Як і в інших країнах світу, банки ОАЕ вагаються з відкриттям банківських рахунків для бізнесу з криптоактивами. Однак, ставлення до такого бізнесу значно покращилось, оскільки банки ОАЕ почали вивчати блокчейн-рішення та активно впроваджувати їх у власну господарську діяльність чи принаймні розглядати таку можливість[890]. Також неухильно зростає спроможність купувати реальні активи з допомогою криптоактивів в ОАЕ. Так, у лютому 2021 року було повідомлено, що державна компанія «Kiklabb», яка допомагає суб'єктам господарювання одержувати ліцензії на право проведення діяльності на терені вільної економічної зони, приймає для оплати біткоїни, етеріуми та USDT[891]. Інша компанія під назвою «Virtuzone», яка допомагає підприємцям розпочати господарську діяльність на теренах ОАЕ, також оголосила, що буде приймати криптовалюти[892]. Ресторани та компанії, що працюють з нерухомістю, також для оплати приймають криптоактиви[893].

IV. ПРОТИДІЯ ВІДМИВАННЮ КОШТІВ

В ОАЕ основними нормативно-правовими актами відповідного законодавства є Декретний федеральний закон «Про протидію відмиванню коштів, фінансуванню тероризму та фінансуванню незаконних організацій»[894] та постанова Кабінету Міністрів ОАЕ від 2019 року № 10 «Щодо реалізації Декретного федерального закону від 2018 р. № 20»[895].

890 Ibid.

891 Державна компанія Дубая з питань ліцензування для оплати приймає криптовалюти – «Arab News», 16.02.2021 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3NhC3Ah (англійська мова).

892 Прес-реліз компанії «Virtuzone» «Virtuzone стає першою компанією, яка починає приймати платежі в біткоїнах для створення бізнесу на теренах ОАЕ» (28.01.2021) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3Ni8Aq0 (англійська мова).

893 Див., наприклад, повідомлення компанії «Driven properties» «Driven Properties – єдина компанія з нерухомості, яка приймає для оплати біткоїни в Дубаї» (10.11.2019) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3MeqBoW (англійська мова).

894 Декретний федеральний закон «Про протидію відмиванню коштів, фінансуванню тероризму та фінансуванню незаконних організацій» від 2018 року № 20 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3FOxjQa (англійська мова).

895 Постанова Кабінету Міністрів ОАЕ від 2019 року № 10 «Щодо реалізації Декретного федерального закону від 2018 р. № 20» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3ldu5w5 (англійська мова).
Див. також Рішення Голови Ради директорів Управління з цінних паперів та товарів ОАЕ від 2019 року № 21 «Процедури протидії відмиванню коштів, фінансуванню тероризму та фінансуванню незаконним організаціям» (07.05.2019) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3MjsqB4 (англійська мова).

Дія цих нормативно-правових актів поширюється на терени всіх еміратів, у тому числі терени Міжнародного фінансового центру Дубая та Глобального ринку Абу-Дабі.

Декретний федеральний закон ОАЕ «Про протидію відмиванню коштів, фінансуванню тероризму та фінансуванню незаконних організацій» скасував попередній Федеральний закон ОАЕ «Про криміналізацію злочину відмивання коштів та боротьбу з фінансуванням тероризму» від 2002 року № 4.

Перегляд нормативно-правового режиму ОАЕ у сфері протидії відмиванню коштів та фінансуванню тероризму проходив паралельно з прийняттям Декретного федерального закону ОАЕ «Про Центральний банк та організацію фінансових установ та діяльності», який доповнює Декретний федеральний закон ОАЕ «Про протидію відмиванню коштів, фінансуванню тероризму та фінансуванню незаконних організацій». Останній визначає правопорушення, що пов'язані з відмиванням коштів і фінансування тероризму, та деталізує санкції за такі злочинні діяння. Крім того, для боротьби з терористичними злочинами прийнято Федеральний закон ОАЕ «Про боротьбу з терористичними злочинами» від 2014 року № 7[896].

Дії, що пов'язані з відмиванням коштів, визначено статтею 2 Декретного федерального закону ОАЕ «Про протидію відмиванню коштів, фінансуванню тероризму та фінансуванню незаконних організацій». До таких дій належить:

a. здійснення будь-яких операцій із метою приховування незаконного джерела походження коштів;
b. приховування справжньої природи, походження, місцезнаходження, способу розпорядження чи володіння правами щодо доходів від правочину;
c. набуття, володіння чи використання доходів після їх одержання;
d. допомога особі, що вчинила таке правопорушення, уникнути покарання.

Особа, що вчиняє хоча б одну з вищезгаданих дій, вважається винною у правопорушенні, що пов'язане з відмиванням коштів.

Важливо зазначити, що для засудження особи за відмивання коштів не потрібно виявляти незаконне джерело походження коштів. Однак, відмивання коштів визнається відмиванням, якщо особа повністю усвідомлює, що ці кошти отримані внаслідок вчинення кримінального чи адміністративного правопорушення.

Для цілей розгляду поняття віртуальних валют, до коштів належать будь-які активи, у тому числі активи в цифровій чи електронній формі[897].

896 Федеральний закон ОАЕ «Про боротьбу з терористичними злочинами» від 2014 року № 7 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/38oSlZy (англійська мова).

897 Див. статтю 1 Декретного федерального закону «Про протидію відмиванню коштів, фінансуванню тероризму та фінансуванню незаконних організацій» від 2018 року № 20 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3FOxjQa (англійська мова).

Криптоактиви дійсно підпадають під дію режиму ОАЕ щодо протидії відмиванню коштів та фінансуванню тероризму.

Санкції за відмивання коштів включають позбавлення волі на строк до 10 років, штрафи для фізичних осіб у розмірі від 100 тис. дирхамів до 5 млн дирхамів[898]. Якщо представник юридичної особи вчиняє будь-які правопорушення, що передбачені Декретним федеральним законом «Про протидію відмиванню коштів, фінансуванню тероризму та фінансуванню незаконних організацій», то на нього чи на неї накладається штраф у розмірі від 500 тис. дирхамів до 50 млн дирхамів[899]. Якщо організацію визнано винною у фінансуванні тероризму, то її ліквідовують. У всіх випадках «заплямовані» кошти підлягають конфіскації або, якщо це неможливо, то накладається арешт на рівнозначні кошти[900]. Конфіскація також застосовується до віртуальних валют.

Знов-таки, хоча криптоактиви конкретно не згадуються в законодавстві, будь-які криптоактиви будуть розглядатись як активи, які можуть бути конфісковані судами, якщо ці кошти стали «заплямованими» через відмивання коштів.

До інших правопорушень належать умисне неповідомлення про підозрілу діяльність або ненадання додаткової інформації на запит, умисне приховування інформації[901] та неправомірне її розголошення[902]. Невиконання обов'язків щодо надсилання повідомлень через грубу недбалість також тягне за собою позбавлення волі чи накладання штрафу або застосування обидвох видів санкцій одночасно[903]. Порушення з боку зобов'язаних осіб можуть спричинити накладення санкцій, починаючи від попереджень, анулювання ліцензій, штрафів до арешту відповідальних осіб[904].

898 Стаття 22 Декретного федерального закону «Про протидію відмиванню коштів, фінансуванню тероризму та фінансуванню незаконних організацій» від 2018 року № 20 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3FOxjQa (англійська мова).

899 Стаття 23 Декретного федерального закону «Про протидію відмиванню коштів, фінансуванню тероризму та фінансуванню незаконних організацій» від 2018 року № 20 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3FOxjQa (англійська мова).

900 Стаття 26 Декретного федерального закону «Про протидію відмиванню коштів, фінансуванню тероризму та фінансуванню незаконних організацій» від 2018 року № 20 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3FOxjQa (англійська мова).

901 Стаття 30 Декретного федерального закону «Про протидію відмиванню коштів, фінансуванню тероризму та фінансуванню незаконних організацій» від 2018 року № 20 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3FOxjQa (англійська мова).

902 Стаття 25 Декретного федерального закону «Про протидію відмиванню коштів, фінансуванню тероризму та фінансуванню незаконних організацій» від 2018 року № 20 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3FOxjQa (англійська мова).

903 Стаття 24 Декретного федерального закону «Про протидію відмиванню коштів, фінансуванню тероризму та фінансуванню незаконних організацій» від 2018 року № 20 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3FOxjQa (англійська мова).

904 Стаття 14 Декретного федерального закону «Про протидію відмиванню коштів, фінансуванню тероризму та фінансуванню незаконних організацій» від 2018 року № 20 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3FOxjQa (англійська мова).

Дія Декретного федерального закону «Про протидію відмиванню коштів, фінансуванню тероризму та фінансуванню незаконних організацій» загалом поширюється на фінансові установи.

Проте, на відміну від попереднього законодавства, у Цьому законі тепер також чітко визначено, що нефінансові установи, професії та неприбуткові організації є зобов'язаними суб'єктами[905]. Термін «фінансові установи» охоплює будь-яких осіб, які виконують від імені клієнта хоча б якусь із нижче перерахованих дій:

a. отримання депозитів та інших коштів, які можуть бути внесені невизначеним колом осіб;
b. надання приватних банківських послуг, кредитних послуг, послуг з брокеражу, послуг з обміну валют та проведення грошових переказів, послуг зі збереження вартості, послуг з проведення електронних платежів за роздрібну та цифрову готівку, а також віртуальних банківських послуг;
c. проведення фінансових операцій із цінними паперами, фінансами та фінансовим лізингом;
d. емісія та управління платіжними засобами, гарантіями чи зобов'язаннями;
e. проведення торгівлі, здійснення інвестицій, оперування чи управління коштами, опціонними чи ф'ючерсними контрактами, а також курсами обміну валют;
f. проведення операцій із процентною ставкою, іншими деривативами або оборотними фінансовими інструментами;
g. участь в емісії цінних паперів та наданні супутніх фінансових послуг;
h. управління портфелями фондів;
i. управління коштами на депозитних рахунках;
j. підготовка чи реалізація фінансової діяльності;
k. проведення страхових операцій;
l. проведення будь-якої іншої діяльності або фінансової операції, що визначена наглядовим органом[906].

905 Статті 15 та 16 Декретного федерального закону «Про протидію відмиванню коштів, фінансуванню тероризму та фінансуванню незаконних організацій» від 2018 року № 20 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3FOxjQa (англійська мова).

906 Див. Статтю 1 Декретного федерального закону «Про протидію відмиванню коштів, фінансуванню тероризму та фінансуванню незаконних організацій» від 2018 року № 20 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3FOxjQa (англійська мова) разом зі статтями 1 та 2 Постанови Кабінету Міністрів ОАЕ від 2019 року № 10 «Щодо реалізації Декретного федерального закону від 2018 р. № 20» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3ldu5w5 (англійська мова).

До визначених нефінансових установ і професій належать:

a. брокери, коли вони здійснюють операції в інтересах клієнта щодо купівлі-продажу об'єктів нерухомості;
b. торгівці дорогоцінними металами та дорогоцінним камінням під час проведення будь-яких пов'язаних операцій на суму не меншу 55 тис. дирхамів;
c. адвокати, нотаріуси та бухгалтери під час підготовки, проведення або здійснення фінансових операцій для клієнтів щодо певних операцій;
d. постачальники послуг трастів та підприємств;
e. інші нефінансові установи та професії, які визначені наглядовим органом[907].

До неприбуткових організацій належать «будь-які організовані групи постійного характеру, засновані на тимчасовий чи необмежений період часу з метою збору, отримання чи розподілу коштів на благодійність, релігійну, культурну, освітню, соціальну, комунальну чи будь-яку іншу благодійну діяльність, до складу яких входять фізичні чи юридичні особи, а також неприбуткові правові утворення».

Ці визначення є широкими та невичерпними.

Серед видів діяльності, які вказують на належність будь-якого суб'єкта господарювання до дефініції фінансової установи, є, зокрема, «надання послуг з проведення електронних платежів за цифрову готівку». Водночас, ми тут не бачимо будь-яких додаткових пояснень щодо того, чи включає це визначення будь-які або всі форми криптовалют. Чи тільки фіатні токени, на кшталт стейблкоїнів, особливо тих, що прив'язані до фіатної валюти чи забезпечені нею[908], підпадають під це визначення? Однак, визначення активів, яке враховується разом із усією сукупністю зобов'язаних суб'єктів, є достатньо широким, щоб охопити установи, які мають справу криптоактивами, включаючи блокчейн-підприємства, що структуровані як фонди.

Декретний федеральний закон «Про протидію відмиванню коштів, фінансуванню тероризму та фінансуванню незаконних організацій» та Постанова Кабінету Міністрів ОАЕ від 2019 року № 10 «Щодо реалізації Декретного федерального закону від 2018 р. № 20» також розширюють повноваження установ, підрозділів та комітетів, на які покладено нагляд та забезпечення виконання режиму ПВК/ФТ в ОАЕ[909].

907 Див. Статтю 1 Декретного федерального закону «Про протидію відмиванню коштів, фінансуванню тероризму та фінансуванню незаконних організацій» від 2018 року № 20 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3FOxjQa (англійська мова) разом зі статтями 1 та 3 Постанови Кабінету Міністрів ОАЕ від 2019 року № 10 «Щодо реалізації Декретного федерального закону від 2018 р. № 20» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3ldu5w5 (англійська мова).

908 Наприклад: такі стейблкоїни: gemini dollar, tether, tusd.

909 Див. Постанову Кабінету Міністрів ОАЕ від 2014 року № 38 «Щодо реалізації Федерального закону від 2002 р. № 4, в частині відмивання коштів та боротьби з фінансуванням тероризму» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3NkW88K (англійська мова).

До них, зокрема, належать Центральний банк ОАЕ, який керує національним ПФР та має отримувати повідомлення про підозрілу діяльність від зобов'язаних осіб (СПФМ), Управління Мультитоварного центр Дубая у межах своєї вільної нефінансової зони, Управління фінансових послуг Дубая у Міжнародному фінансовому центрі Дубая та Управління з питань регулювання фінансових послуг у Глобальному ринку Абу-Дабі[910].

З того часу було оприлюднено декілька ключових рішень у сфері ПВК/ФТ, які доповнюють та оновлюють Декретний федеральний закон «Про протидію відмиванню коштів, фінансуванню тероризму та фінансуванню незаконних організацій»[911].

У березні 2021 року спільними зусиллями наглядових органів ОАЕ, за участю відповідних органів Міжнародного фінансового центру Дубая та Глобального ринку Абу-Дабі, спільними зусиллями було підготовлено керівні настанови «Щодо протидії відмиванню коштів, фінансуванню тероризму та діяльності незаконних організацій» версіями для фінансових установ[912], які безпосередньо охоплюють постачальників послуг, пов'язаних з обігом віртуальних активів, та для визначених нефінансових установ і професій[913] відповідно.

Вони описують мінімальні вимоги наглядових органів щодо чинників, які варто враховувати фінансовим установам та визначеним нефінансовим установам і професіям під час виконання правил з ПВК/ФТ.

910 Див., наприклад, статтю 7(6) Положення від 2015 року «Про фінансові послуги та ринки» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3PreSp1 (англійська мова).

911 Серед них:

- Постанова Кабінету Міністрів ОАЕ від 27.10.2020 № 74 «Про Перелік терористів та виконання резолюцій Ради Безпеки ООН щодо запобігання та протидії фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення та відповідні резолюції» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3Pnvcam (англійська мова);
- Постанова Центрального банку ОАЕ № 1/2019 «Про декларування валют, фінансових інструментів на пред'явника, що перебувають в обігу, дорогоцінних металів та дорогоцінного каміння, які є у мандрівників, що в'їжджають до або виїжджають з митної території ОАЕ;
- Рішення Ради директорів Центрального банку від 13.06.2019 № 59/04/219 «Щодо порядку протидії відмиванню коштів, фінансуванню тероризму та діяльності незаконних організацій» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3IjJXxa (англійська мова);
- Керівні настанови Центрального банку ОАЕ для фінансових установ «Щодо протидії відмиванню коштів, фінансуванню тероризму та діяльності незаконних організацій» (23 червня 2019 р.) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3G7REQN (англійська мова);
- Постанова Кабінету Міністрів ОАЕ № 16/2021 «Про Єдиний перелік правопорушень та адміністративних штрафів за зазначені правопорушення при виконанні заходів з протидії відмиванню коштів та фінансуванню тероризму, що знаходяться у сфері нагляду Міністерства юстиції ОАЕ та Міністерства економіки ОАЕ [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LkpFOr (англійська мова).

912 Керівні настанови для фінансових установ «Щодо протидії відмиванню коштів, фінансуванню тероризму та діяльності незаконних організацій» (березень 2021 року) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3Pvoe3k (англійська мова).

913 Керівні настанови для визначених фінансових установ та професій «Щодо протидії відмиванню коштів, фінансуванню тероризму та діяльності незаконних організацій» (березень 2021 року) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LmpFO9 (англійська мова).

З 2019 року уряд ОАЕ вимагає від піднаглядних суб'єктів (СПФМ), у тому числі фінансових установ, використовувати програмну платформу «goAML», яка розроблена ООН, щоб подавати повідомлення про будь-яку діяльність, де є підозри у відмиванні коштів, до Підрозділу фінансової розвідки Центрального банку ОАЕ[914].

Положення «Про регулювання діяльності з криптоактивами» Управління з цінних паперів та товарів ОАЕ посилається на Декретний федеральний закон «Про протидію відмиванню коштів, фінансуванню тероризму та фінансуванню незаконних організацій» та відповідні постанови Уряду ОАЕ, а також містить додаткові положення щодо ПВК/ФТ[915], наприклад, необхідність мати надійну систему відповідності, до якої належить принцип «знай свого клієнта» та постійний моніторинг протидії відмиванню коштів. У Цьому Положенні Управління з цінних паперів та товарів ОАЕ вимагає, щоб внесення та зняття коштів здійснювалися тільки на чи з визначеного банківського рахунку, відкритого на ім'я клієнта в уповноваженій фінансовій установі в ОАЕ або іноземній фінансовій установі, безпосередньо затвердженій Цим Управлінням[916].

Зверніть увагу, що у Цьому Положенні Управління з цінних паперів та товарів ОАЕ передбачає: криптоактиви, які неможливо належно відстежити, не можуть використовуватися для поповнення рахунків або проведення транзакцій через ліцензовану особу, наприклад, біржу криптоактивів з ліцензією Цього Управління[917]. Це має на меті обмежити в ОАЕ використання та торгівлю конфіденційними монетами, такими як монеро, зкаш або даш, а також монетами, що пересилаються через анонімні протоколи та змішувачі.

і. МІЖНАРОДНИЙ ФІНАНСОВИЙ ЦЕНТРУ ДУБАЯ

Згідно зі статтею 3 Закон «Про регулювання» 2004 року у Міжнародному фінансовому центрі Дубая діють норми Декретного федерального закону «Про протидію відмиванню коштів, фінансуванню тероризму та фінансуванню незаконних організацій» від 2018 № 20, Федерального закону ОАЕ «Про боротьбу з терористичними злочинами» від 2014 року № 7 положень щодо їхнього імплементування.

914 «Фінансові установи ОАЕ мають зареєструватись на новій платформі або їм загрожують штрафи» – «Khaleej Times» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3yIFNXF (англійська мова).
Див. також «Менеджер контролю доступу до послуг» Центрального банку ОАЕ [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3PkgTmS (англійська мова) та «Центральний банк ОАЕ у партнерстві з Управлінням ООН з питань наркотиків та злочинності (UNODC) запускає платформу «goAML» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3ljsfty (англійська мова).

915 Стаття 21 глави дев'ятої, стаття 25 глави одинадцятої Рішення Голови правління Управління з цінних паперів та товарів від 31.10.2020 № 23 «Про регулювання діяльності з криптоактивами» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wxpGcK (англійська мова).

916 Стаття 21(4) та (5) глави дев'ятої Рішення Голови правління Управління з цінних паперів та товарів від 31.10.2020 № 23 «Про регулювання діяльності з криптоактивами» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wxpGcK (англійська мова).

917 Стаття 21(2) глави дев'ятої Рішення Голови правління Управління з цінних паперів та товарів від 31.10.2020 № 23 «Про регулювання діяльності з криптоактивами» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wxpGcK (англійська мова).

Покарання за порушення нормативно-правового режиму боротьби з відмиванням коштів та фінансуванням коштів на основній частині ОАЕ також можуть застосовуватись у Міжнародному фінансовому центрі Дубая[918].

Крім того, Міжнародний фінансовий центру Дубая має власний нормативно-правовий режим ПВК/ФТ, який наведений у главі другій частини четвертої Закону «Про регулювання» 2004 року та Модулі з питань протидії відмиванню коштів, фінансуванню тероризму та з питань накладання санкцій Зводу правил Управління фінансових послуг Дубая, яке було востаннє оновленим у квітні 2020 року. До прийняття Декретного федерального закону «Про протидію відмиванню коштів, фінансуванню тероризму та фінансуванню незаконних організацій» від 2018 № 20 у материковій частині ОАЕ нормативно-правовий режим Міжнародного фінансового центру Дубая виходив за межі вимог ОАЕ, але тепер значною мірою відповідає їм[919].

Правила боротьби з відмиванням коштів також застосовують ризик-орієнтований підхід до уповноважених фірм (крім агентств кредитного рейтингу), уповноважених ринкових установ, визначених нефінансових установ, професій та аудиторів.

Якби господарська діяльність з блокчейном або криптоактивами ліцензувалась з боку Управління фінансових послуг Дубая, то суб'єкти господарювання, які займаються такою діяльністю, були б змушені дотримуватись вимог Модуля з питань протидії відмиванню коштів, фінансуванню тероризму та з питань накладання санкцій Зводу правил Управління фінансових послуг Дубая, в якому містяться, зокрема, комплексна перевірка клієнтів та постійний моніторинг протидії відмиванню коштів. Суб'єкти господарювання, які працюють на ринку децентралізованих фінансів, зокрема у сфері дохідного фермерства (фармінгу доходу) та майнингу ліквідності з допомогою децентралізованих протоколів, можуть зіткнутися з труднощами при дотриманні вимог.

ii. ГЛОБАЛЬНИЙ РИНОК АБУ-ДАБІ

Нормативно-правовий режим ПВК/ФТ основної частини ОАЕ також застосовується на терені Глобального ринку Абу-Дабі. Як і Управління фінансових послуг Дубая, так Управління з питань регулювання фінансових послуг Глобального ринку Абу-Дабі підтримує Звід правил щодо боротьби з відмиванням коштів, що доповнює федеральні нормативно-правові акти та встановлює детальні вимоги до піднаглядних суб'єктів (СПФМ), у тому числі щодо контролю за дотриманням прин-

918 Стаття 71(1) глави другої частини четвертої Закону «Про регулювання» 2004 року № 1 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3Npq0B7 (англійська мова).

919 Модуль з питань протидії відмиванню коштів, фінансуванню тероризму та з питань накладання санкцій Зводу правил Управління фінансових послуг Дубая [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/38x65kl (англійська мова).

ципу «знай свого клієнта» та здійснення заходів з протидії відмиванню коштів на основі ризик-орієнтованого підходу[920].

Управління з питань регулювання фінансових послуг переглянула нормативно-правову базу Глобального ринку Абу-Дабі у 2018 та 2019 роках (з обмеженими змінами в лютому та листопаді 2020 року), щоб привести її у відповідність із Декретним федеральним законом «Про протидію відмиванню коштів, фінансуванню тероризму та фінансуванню незаконних організацій» від 2018 № 20 та підзаконним актам[921].

Правила, що наведені у Зводі правил щодо протидії відмиванню коштів, поширюються на всіх суб'єктів, які перебувають під наглядом Управління з питань регулювання фінансових послуг, включаючи тих, що перебувають під наглядом відповідно до поправок 2018 року та наступних змін до Положення 2015 року «Про фінансові послуги та ринки», що стосуються бізнесу з віртуальними активами[922].

Відповідно до інших юрисдикцій Глобальний ринок Абу-Дабі вимагає надання детальних та всеосяжних політик відповідності віртуальних активів та призначення відповідального працівника за проведення фінансового моніторингу, на якого покладають обов'язки з нагляду за дотриманням уповноваженими особами правил, що наведені у Зводі правил щодо протидії відмиванню коштів[923].

V. РЕГУЛЮВАННЯ БІРЖ

i. ОНШОРИ ОАЕ

Положення «Про регулювання діяльності з криптоактивами» Управління з цінних паперів та товарів ОАЕ, видане 31 жовтня 2020 року, вимагає, щоб кожен, хто має бажання управляти біржою криптоактивів на теренах оншорів ОАЕ та з них, отримав ліцензію від Цього Управління[924].

920 Див. видання Управління з питань регулювання фінансових послуг «Правила та керівні настанови щодо протидії відмиванню коштів та щодо санкцій» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3sLJF6f (англійська мова), а також абзаци 37-46 видання Управління з питань регулювання фінансових послуг «Керівні настанови щодо регулювання діяльності з віртуальними активами на терені Глобального ринку Абу-Дабі» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wzENT1 (англійська мова).

921 Ibid.

922 Див. абзаци 45-46 видання Управління з питань регулювання фінансових послуг «Керівні настанови щодо регулювання діяльності з віртуальними активами на терені Глобального ринку Абу-Дабі» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wzENT1 (англійська мова), а також абзац 17.1.2 «Зводу правил щодо проведення господарської діяльності», укладеного Управлінням з питань регулювання фінансових послуг [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3LsLDim (англійська мова)

923 Див. абзац 45 видання Управління з питань регулювання фінансових послуг «Керівні настанови щодо регулювання діяльності з віртуальними активами на терені Глобального ринку Абу-Дабі» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wzENT1 (англійська мова)

924 Стаття 16(1) глави шостої Рішення Голови правління Управління з цінних паперів та товарів від 31.10.2020 № 23 «Про регулювання діяльності з криптоактивами» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wxpGcK (англійська мова).

Положення «Про регулювання діяльності з криптоактивами» Управління з цінних паперів та товарів ОАЕ широко визначає функціонування біржі криптоактивів як «платформу або майданчик для торгівлі криптоактивами, конвертації криптоактивів та/або обміну криптоактивів на інші криптоактиви, фіатну валюту, цінні папери та/або товари, що застосовує недискреційну торгівлю та/або правила узгодження ордерів, або які об'єднують потенційних покупців та продавців (незалежно від того, чи здійснюється на платформі будь-яка результуюча транзакція), або яка вважається біржою криптоактивів... або затверджена чи ліцензована як платформа для збору криптокоштів»[925]. Ліцензування та функціонування бірж криптоактивів регулюється відповідно до вимог положень Управління з цінних паперів та товарів ОАЕ, які стосуються відповідних ринків, але в окремих випадках можуть надаватись звільнення від виконання цих правил[926].

Ліцензійні умови

Щоб отримати ліцензію на управління біржою криптоактивів, оператор повинен відповідати найкращим міжнародним ринковим практикам, таким як демонстрація наявності стійких технологічних систем, вимоги до розподілу активів та до капіталу, встановлення надійних механізмів ринкового нагляду, ефективний контроль щодо протидії відмиванню коштів та фінансуванню тероризму, процедури попередньої перевірки клієнтів, щоб пересвідчитись у рівнях знань клієнтів та навичок інвестування в криптовалюту, а також ефективну політику для запобігання інсайдерській торгівлі та зловживанням на ринку[927].

Хоча таке формулювання безпосередньо спрямоване на централізованих учасників, його потенційно можна інтерпретувати як протоколи, які не виконують функції зі збереження криптоактивів клієнта, а також своєрідні дошки повідомлень, які об'єднують покупців та продавців, за умови, що централізованого оператора можна чітко ідентифікувати. Вимога про те, що оператор мусить бути юридичною особою, залишає простір для тлумачення того, що децентралізовані протоколи, якими управляють незареєстровані децентралізовані автономні організації або мережі без статусу юридичної особи, не підпадають під дію Положення «Про регулювання діяльності з криптоактивами» Управління з цінних паперів та товарів ОАЕ[928].

925 Стаття 1(1) глави першої Рішення Голови правління Управління з цінних паперів та товарів від 31.10.2020 № 23 «Про регулювання діяльності з криптоактивами» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wxpGcK (англійська мова).

926 Стаття 16(2) та (3) глави шостої Рішення Голови правління Управління з цінних паперів та товарів від 31.10.2020 № 23 «Про регулювання діяльності з криптоактивами» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wxpGcK (англійська мова).

927 Стаття 16(4) глави шостої Рішення Голови правління Управління з цінних паперів та товарів від 31.10.2020 № 23 «Про регулювання діяльності з криптоактивами» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wxpGcK (англійська мова).

928 Стаття 1(1) глави першої Рішення Голови правління Управління з цінних паперів та товарів від 31.10.2020 № 23 «Про регулювання діяльності з криптоактивами» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wxpGcK (англійська мова).

Лістинг криптоактивів

Взагалі, ліцензовані оператори, які бажають включити до лістингу на своїй біржі криптоактиви, зобов'язані дотримуватись чинних правил та рішень органу влади щодо лістингу цінних паперів та товарів, зважаючи на додаткові або інші вимоги, які наводяться у Положенні «Про регулювання діяльності з криптоактивами» Управління з цінних паперів та товарів ОАЕ[929]. Вимоги до авторизації залежать від того, чи відкрита біржа криптоактивів для роздрібних інвесторів чи ні[930]. Якщо біржа криптоактивів дозволяє торгувати тільки професійним інвесторам, то оператор такої біржі повинен подати до Управління з цінних паперів та товарів ОАЕ документацію щодо обмеженого розміщення, як зазначено у статті 9 Положення «Про регулювання діяльності з криптоактивами», але при цьому не просити дозволу на лістинг[931]. Тоді як у випадку бірж, які планують стати відкритими для роздрібних інвесторів, необхідно отримувати додаткові схвалення на лістинг для кожного криптоактиву окремо[932].

Біржі криптоактивів, які орієнтовані на роздрібних клієнтів, повинні допускати до торгівлі тільки тих користувачів, які або (1) спроможні продемонструвати досвід та ноу-хау в торгівлі криптоактивами чи традиційними цінними паперами, чи сировинними товарами, або (2) які бажають придбати криптоактив виключно для використання його корисності, без інвестиційних намірів[933]. Ця вимога, ймовірно, означає, що біржі криптоактивів здійснюють перевірку знань під час реєстрації користувачів або підтвердження того, що користувач бажає придбати криптоактив тільки заради його корисності. Схожі процедури вже достатньо поширені на міжнародному рівні.

Відмова Управління з цінних паперів та товарів ОАЕ дозволити включення до лістингу для торгівлі на криптобіржах конфіденційні монети, які не можна відстежувати, також відповідає зростаючій міжнародній тенденції[934].

929 Стаття 17(1) глави шостої Рішення Голови правління Управління з цінних паперів та товарів від 31.10.2020 № 23 «Про регулювання діяльності з криптоактивами» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wxpGcK (англійська мова).

930 Стаття 8 глави другої Рішення Голови правління Управління з цінних паперів та товарів від 31.10.2020 № 23 «Про регулювання діяльності з криптоактивами» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wxpGcK (англійська мова).

931 Стаття 8(1) глави другої Рішення Голови правління Управління з цінних паперів та товарів від 31.10.2020 № 23 «Про регулювання діяльності з криптоактивами» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wxpGcK (англійська мова).

932 Стаття 16(2) глави шостої Рішення Голови правління Управління з цінних паперів та товарів від 31.10.2020 № 23 «Про регулювання діяльності з криптоактивами» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wxpGcK (англійська мова).

933 Стаття 16(4).4 глави шостої Рішення Голови правління Управління з цінних паперів та товарів від 31.10.2020 № 23 «Про регулювання діяльності з криптоактивами» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wxpGcK (англійська мова).

934 Стаття 21(1).2 глави дев'ятої Рішення Голови правління Управління з цінних паперів та товарів від 31.10.2020 № 23 «Про регулювання діяльності з криптоактивами» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wxpGcK (англійська мова).

Поки незрозуміло, чи зможе Положення «Про регулювання діяльності з криптоактивами» Управління з цінних паперів та товарів ОАЕ заохотити біржі криптоактивів відкриватись в оншорах ОАЕ, а не тільки на терені Глобального ринку Абу-Дабі.

Під час написання статті жодна криптовалютна біржа повністю не функціонувала за межами оншорів ОАЕ. BitOasis, яка позиціонує себе як «перша та найбільша біржа криптовалют на Близькому Сході», спочатку була зареєстрована як суб'єкт господарювання у Силіконовому оазисі Дубая (вільній економічні зоні Дубая), але згодом переїхала на Британські Віргінські Острови[935]. Наразі через свою компанію «Blex Financial Ltd», яка є резидентом Глобального ринку Абу-Дабі, вона отримала ліцензію від Управління з питань регулювання фінансових послуг на право проведення господарської діяльності на терені Глобального ринку Абу-Дабі як оператор багатостороннього торговельного майданчика та зберігач криптоактивів[936].

У той час як Управління з цінних паперів та товарів ОАЕ порівняно повільно пропонувало домівку для бізнесу, пов'язаного з криптоактивами, Мультитоварний центр Дубая ще у грудні 2017 року запропонував пропрієтарну торгівлю криптотоварами як вид діяльності під № 659992, який регулюється та для якого потрібно одержувати ліцензію[937]. Це відповідає позиції Мультитоварного центру Дубая про те, що криптоактиви є товаром та, отже, належать до сфери юрисдикції вільної економічної зони. Однак, ліцензія не дозволяє створювати повноцінну платформу для торгівлі криптоактивами. Тим не менш, Мультитоварний центр Дубая і надалі реалізує власні криптоамбіції та вступає у різні партнерські відносини, в тому числі з CV VC AG, для подальшого розвитку екосистеми блокчейну на терені Мультитоварного центру Дубая, що є чимось схожим на швейцарську криптодолину[938].

У березні 2021 року Мультитоварний центр Дубая уклав меморандум про взаєморозуміння з Управлінням з цінних паперів та товарів ОАЕ, щоб створити базову основу, яка надасть змогу Мультитоварному центру Дубая розширити власну лінійку на весь спектр криптовалютних операцій, включаючи роботу бірж криптоактивів[939].

---

935 Компанія-оператор «BitOasis» перебуває під управлінням «BO Technologies Ltd» як зазначено на вебсайті BitOasis [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3yQzdyp (англійська мова).

936 Запис у публічному реєстрі Глобального ринку Абу-Дабі щодо компанії «Blex Financial Ltd» доступний за посиланням: https://bit.ly/3lpTVNm (англійська мова).
Див. також повідомлення BitOasis «BitOasis одержує дозволи наглядових органів на Глобальному ринку Абу-Дабі» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3sHWw9w (англійська мова).

937 Див. перелік видів діяльності, на які треба отримати ліцензію у Мультитоварному центрі Дубая (станом на лютий 2022 року) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3sMfwDT (англійська мова, формат xls).

938 Див. новину Мультитоварного центру Дубая «DMCC на Давосі-2020 оголошує про створення криптодолини в Дубаї, що покращить розвиток екосистеми блокченйу» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3sK88Jn (англійська мова).
Див. також «Розвивай свій криптобізнес разом з DMCC Cryptocentre» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wCfkbr (англійська мова).

939 Див. новину Мультитоварного центру Дубая «Криптопідприємства тепер можуть створюватись в DMCC в Дубаї відповідно до угоди з SCA» (21.03.2021) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3lnlelb (англійська мова).

Однак, однією з вимог цієї співпраці є те, що нагляд на терені Мультитоварного центру Дубая має відповідати суворим вимогам Положення «Про регулювання діяльності з криптоактивами» Управління з цінних паперів та товарів ОАЕ. Але, оскільки поки не з'ясовано, як Це Положення буде застосовуватись на терені Мультитоварного центру Дубая, то у клієнтів, ймовірно, буде брак розуміння як діяти у цій ситуації. Також, схожий меморандум про взаєморозуміння було підписано між Управлінням вільної економічної зони аеропорту Дубая та Управлінням з цінних паперів та товарів ОАЕ[940].

У квітні 2021 року було оголошено, що Мультитоварний центр Дубая створює афінажний завод та сховище для переробки та зберігання дорогоцінних металів, включаючи золото, срібло, платину, паладій і родій. Надалі дорогоцінний метал буде токенізовано на сайті goldexchange.com для підтримання емісії низки стейблкоїнів: goldcoin, silvercoin, platinumcoin, palladiumcoin і rhodiumcoin[941].

ii. МІЖНАРОДНИЙ ФІНАНСОВИЙ ЦЕНТР ДУБАЯ

Хоча на терені Міжнародного фінансового центру Дубая знаходяться NASDAQ DUBAI (одна з найбільших фондових бірж на Близькому Сході) та Дубайська товарна біржа (велика біржа, де торгуються енергетичні ф'ючерси та сировинні товари), Управління фінансових послуг Дубая досі не прийняла жодних нормативно-правових актів, які б конкретно стосувались бірж криптоактивів. Воно також не видало жодних повних ліцензій суб'єктам господарювання, які працюють у цьому напрямі. Функціонування біржі, багатостороннього торговельного майданчика або альтернативної торговельної платформи на терені Міжнародного фінансового центру Дубая є, серед іншого, ліцензованою діяльністю та регулюється.

У березні 2021 року Управління фінансових послуг Дубая оприлюднило консультацію щодо нормативно-правової бази для інвестиційних токенів, яка завершилася в другому кварталі 2021 року. Головною думкою консультації було те, що торговельним майданчикам або біржам, які бажають працювати з інвестиційними токенами, ймовірно буде необхідно дотримуватись тих самих правил, що й уповноважені ринкові структури та уповноважені фірми, які управляють альтернативними торговельними системами, а також буде необхідно дотримуватися нових правил, специфічних для ризиків, що пов'язані виключно з інвестиційними токенами та технологією розподіленого реєстру. Тому Управління фінансових послуг Дубая запропонувало вимоги для операторів об'єктів, що пов'язані з інформаційними

940 Див. повідомлення «SCA і DAFZA підписали угоду про підтримку регулювання криптоактивів» (19.03.2021) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3sFxiJ1 (англійська мова).

941 Див. повідомлення «DMCC завершує операцію з продажу землі в JLT з REIT Development, щоб побудувати афінажний завод щодо переробки дорогоцінних металів із підтримкою блокчейну в Дубаї» (21.04.2021) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3yMxs5e (англійська мова).

технологіями, включаючи технологічні аудити[942]. На час написання статті нормативно-правова база інвестиційних токенів ще не набула чинності, але її остаточне формування очікується у 2021 році.

Відсутність спеціального регулювання криптоактивів не завадила Bitcoin Fund QBTCu.TO 23 червня 2021 року здійснити власний дебют на Nasdaq Dubai, що зробило його першим на Близькому Сході індексованим криптовалютним фондом, який базується на цифрових активах[943]. Його емітент, канадська фірма з управління цифровими активами «3iQ», у квітні 2021 року отримала від Управління фінансових послуг Дубая погодження на лістинг в рамках чинної нормативно-правової бази цінних паперів Управління фінансових послуг Дубая[944].

iii. ГЛОБАЛЬНИЙ РИНОК АБУ-ДАБІ

На відміну від оншорів ОАЕ та Міжнародного фінансового центру Дубая, Глобальний ринок Абу-Дабі прийняв конкретні закони для регулювання діяльності криптовалютних бірж у рамках своєї нормативно-правової бази щодо віртуальних активів, яка вперше була оприлюднена в червні 2018 року[945] та востаннє оновлена у 2020 році[946]. Будь-яка біржа криптоактивів, де здійснюється обмін як фіатної валюти на криптовалюту, так і криптовалюти на іншу криптовалюту, має пройти реєстрацію та одержати ліцензію як постачальник фінансових послуг, що здійснює діяльність щодо віртуальних активів, яка регулюється[947]. Такою ж діяльністю, що регулюється є управління багатостороннім торговельним майданчиком, організованим торговельним майданчиком або визнаною інвестиційною біржою, а також якщо біржа зберігає приватні ключі своїх користувачів, то надання послуг зі зберігання.

Управління з питань регулювання фінансових послуг Глобального ринку Абу-Дабі тепер відносить види фінансової діяльності, пов'язаної з віртуальними активами, до тих же видів діяльності, які пов'язані з фінансовими інструментами, а саме:

a. операції з інвестиціями, що включають забезпечення;
b. операції з інвестиціями як основний вид діяльності;
c. операції з інвестиціями як агентські операції;

942 Див. статтю 65 Консультаційного документа Управління з питань регулювання фінансових послуг Міжнародного фінансового центру Дубая № 138 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3stagEX (англійська мова).

943 «Bitcoin Fund відкриває нові можливості на Близькому Сході після дебюту на Nasdaq Dubai» – Reuters, 23.06.2021 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://reut.rs/3yM43rL (англійська мова).

944 Повідомлення Nasdaq «Канадська компанія «3iQ» включить до лістингу на Nasdaq Dubai перший на Близькому Сході криптофонд» (20.04.2021) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/38Esbll (англійська мова).

945 Див. статтю 73B Змін від 2018 року № 2 до Положення 2015 року «Про фінансові послуги та ринки» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3wD5mGL (англійська мова).

946 Див. Зміни від 2020 року № 2 до Положення 2015 року «Про фінансові послуги та ринки» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3L8zPla (англійська мова).

947 Див. статтю 5A Змін від 2020 року № 2 до Положення 2015 року «Про фінансові послуги та ринки» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3L8zPla (англійська мова).

d. організації угод з інвестиціями;
e. консультування щодо інвестицій або кредиту;
f. надання послуг зі зберігання;
g. управління багатостороннім торговельним майданчиком або організованим торговельним майданчиком;
h. управління активами.

Керівні настанови Управління з питань регулювання фінансових послуг щодо віртуальних активів роз'яснюють, що розроблення чи розповсюдження програмного забезпечення для майнингу віртуальних активів виключені нормативно-правової бази Глобального ринку Абу-Дабі як вид господарської діяльності[948].

Управління з питань регулювання фінансових послуг дозволяє біржам криптовалют торгувати тільки «прийнятими віртуальними активами»[949]. Управління з питань регулювання фінансових послуг вирішує, які токени або монети є прийнятими віртуальними активами. Ведення публічного реєстру не здійснюється, оскільки визначення того, що є прийнятим віртуальним активом, залежить від конкретного заявника[950]. Управління з питань регулювання фінансових послуг розглядає питання стосовно нагляду: ліцензована біржа криптоактивів буде вважатись багатостороннім торговельним майданчиком, і щодо такої біржі буде передбачено повний спектр процесів нагляду, таких як:

a. ринковий нагляд, зокрема, питання стосовно зловживання ринком, формування звітності про операції та протидії формуванню оманливих вражень;
b. нагляд за дотриманням процедур у рамках принципу «знай свого клієнта» та протидії відмиванню коштів;
c. нагляд за здійсненням розрахункових процесів;
d. нагляд за процесом запису та обліку транзакцій;
e. нагляд за дотриманням прозорості та виконанням механізмів публічного оприлюднення інформації;
f. нагляд за здійсненням управління операційними системами, подібними до біржових[951].

948 Див. абзац 11 керівних настанов Управління з питань регулювання фінансових послуг «Регулювання діяльності з віртуальними активами на терені Глобального ринку Абу-Дабі» (24.02.2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3N9PjH3 (англійська мова).

949 Стаття 258(1) Положення 2015 року «Про фінансові послуги та ринки» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3PhnM8n (англійська мова).

950 Ibid., а також див. абзац 30 керівних настанов Управління з питань регулювання фінансових послуг «Регулювання діяльності з віртуальними активами на терені Глобального ринку Абу-Дабі» (24.02.2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3N9PjH3 (англійська мова).

951 Керівні настанови Управління з питань регулювання фінансових послуг «Регулювання діяльності з віртуальними активами на терені Глобального ринку Абу-Дабі» (24.02.2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3N9PjH3 (англійська мова).

Суб'єкти господарювання, які планують управляти біржою криптоактивів за межами Глобального ринку Абу-Дабі як багатостороннім торговельним майданчиком з використанням віртуальних активів, мають сплатити початковий внесок у розмірі 125 тис. доларів США[952] та щорічний збір за нагляд у розмірі 60 тис. доларів США[953]. Якщо порівняти з початковим внеском для інших суб'єктів господарювання, які планують займатись віртуальними активами, у розмірі 20 тис. доларів США[954] та щорічним збором за нагляд у розмірі 15 тис. доларів США[955], то бачимо підвищене нормативне навантаження з боку Управління з питань регулювання фінансових послуг, що здійснює нагляд за багатосторонніми торговельними майданчиками. Якщо біржа криптоактивів також проводить іншу ліцензовану господарську діяльність, то збори стають комулятивними.

Крім того, торговий збір у розмірі від 0,0006% до 0,0015% має бути сплачений Глобальному ринку Абу-Дабі. Він розраховується за змінною шкалою залежно від середньоденного обсягу торгів[956]. Авторизована особа, яка управляє багатостороннім торговельним майданчиком, зобов'язана підтримувати розмір мінімального регулятивного капіталу у фіаті за стандартами визнаної інвестиційної біржі, що еквівалентно операційним витратам за 12 місяців[957]. Цей мінімальний розмір може бути вищим, якщо Управління з питань регулювання фінансових послуг визначить, що діяльність біржі віртуальних активів становить високий ризик[958].

Завдяки власній чіткій позиції стосовно регулювання, Глобальний ринок Абу-Дабі з моменту запровадження своєї нормативно-правової бази щодо віртуальних активів у червні 2018 року став юрисдикцією, яка становить значний інтерес для глобального бізнесу віртуальних активів, зокрема традиційних централізованих бірж.

952 Абзац 176(b) керівних настанов Управління з питань регулювання фінансових послуг «Регулювання діяльності з віртуальними активами на терені Глобального ринку Абу-Дабі» (24.02.2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3N9PjH3 (англійська мова).

953 Абзац 178(b) керівних настанов Управління з питань регулювання фінансових послуг «Регулювання діяльності з віртуальними активами на терені Глобального ринку Абу-Дабі» (24.02.2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3N9PjH3 (англійська мова).

954 Абзац 176(a) керівних настанов Управління з питань регулювання фінансових послуг «Регулювання діяльності з віртуальними активами на терені Глобального ринку Абу-Дабі» (24.02.2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3N9PjH3 (англійська мова).

955 Абзац 178(a) керівних настанов Управління з питань регулювання фінансових послуг «Регулювання діяльності з віртуальними активами на терені Глобального ринку Абу-Дабі» (24.02.2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3N9PjH3 (англійська мова).

956 Абзац 182 керівних настанов Управління з питань регулювання фінансових послуг «Регулювання діяльності з віртуальними активами на терені Глобального ринку Абу-Дабі» (24.02.2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3N9PjH3 (англійська мова).

957 Абзац 33 керівних настанов Управління з питань регулювання фінансових послуг «Регулювання діяльності з віртуальними активами на терені Глобального ринку Абу-Дабі» (24.02.2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3N9PjH3 (англійська мова).

958 Абзац 32 керівних настанов Управління з питань регулювання фінансових послуг «Регулювання діяльності з віртуальними активами на терені Глобального ринку Абу-Дабі» (24.02.2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3N9PjH3 (англійська мова).

Кілька централізованих бірж одержали дозволи на надання фінансових послуг поза межами Глобального ринку Абу-Дабі, включаючи глобальну біржу «Kraken»[959], а також «BitOasis»[960], «Matrix Exchange»[961], «DEX»[962] та «MidChains»[963]. Останні три з яких офіційно працюють за межами Глобального ринку Абу-Дабі.

VI. РЕГУЛЮВАННЯ МАЙНЕРІВ

Майнинг криптоактивів не є регульованою практикою в ОАЕ або у будь-якій із вільних економічних зон в ОАЕ. Діяльність із майнингу також не охоплюється жодним попереднім законодавством, яке могло б бути застосованим до неї.

Нормативно-правова база віртуальних активів Глобального ринку Абу-Дабі не розглядає майнинг криптоактивів як діяльність, що підлягає регулюванню. Керівні настанови Управління з питань регулювання фінансових послуг «Регулювання діяльності з віртуальними активами на терені Глобального ринку Абу-Дабі» спеціально виключає «розроблення, поширення або використання програмного забезпечення з метою створення або майнингу віртуального активу» з видів діяльності, що підлягають регулюванню[964].

Положення «Про регулювання діяльності з криптоактивами» Управління з цінних паперів та товарів ОАЕ не стосується майнерів.

Консультаційний документ Управління фінансових послуг Дубая щодо інвестиційних токенів недвозначно вказує на те, що Це Управління не має наміру регулювати майнерів[965]. Але, водночас, там пропонується додатково проаналізувати, чи варто до майнерів застосовувати певні правила щодо протидії зловживанню ринком[966].

959 Запис у публічному реєстрі Глобального ринку Абу-Дабі щодо компанії «Payward Mena Holdings Limited» доступний за посиланням: https://bit.ly/3sOEC5b (англійська мова).

960 Запис у публічному реєстрі Глобального ринку Абу-Дабі щодо компанії «Blex Financial Ltd» доступний за посиланням: https://bit.ly/3lpTVNm (англійська мова).
Див. також повідомлення BitOasis «BitOasis одержує дозволи наглядових органів на Глобальному ринку Абу-Дабі» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3sHWw9w (англійська мова).

961 Запис у публічному реєстрі Глобального ринку Абу-Дабі щодо компанії «Matrix Limited» доступний за посиланням: https://bit.ly/3yOWil4 (англійська мова).
Див. також сайт компанії «Matrix Limited» https://www.matrix.co/ (англійська мова).

962 Запис у публічному реєстрі Глобального ринку Абу-Дабі щодо компанії «Dex Limited» доступний за посиланням: https://bit.ly/3NrP4Hs (англійська мова).
Див. також повідомлення Dex «Dex одержує дозволи на проведення господарської діяльності на терені Глобального ринку Абу-Дабі від FSRA» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3Nsgk8M (англійська мова).

963 Запис у публічному реєстрі Глобального ринку Абу-Дабі щодо компанії «Midchains Limited» доступний за посиланням: https://bit.ly/3sL57YY (англійська мова).
Див. також сайт компанії «Midchains Limited» https://midchains.com/ (англійська мова).

964 Абзац 11(b)(ii) керівних настанов Управління з питань регулювання фінансових послуг «Регулювання діяльності з віртуальними активами на терені Глобального ринку Абу-Дабі» (24.02.2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3N9PjH3 (англійська мова).

965 Консультаційний документ Управління фінансових послуг Міжнародного фінансового центру Дубая № 138 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3stagEX (англійська мова).

966 Див. абзац 169 Консультаційного документа Управління фінансових послуг Міжнародного фінансового центру Дубая № 138 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3stagEX (англійська мова).

VII. РЕГУЛЮВАННЯ ЕМІТЕНТІВ ТА СПОНСОРІВ

i. ОНШОРИ ОАЕ

Положення «Про регулювання діяльності з криптоактивами» Управління з цінних паперів та товарів ОАЕ охоплює всіх осіб, які розміщують, емітують або рекламують криптоактиви[967]. Водночас, вимоги щодо схвалення та одержання ліцензії є суворішими для інвестиційних токенів[968].

Особи, які емітують криптоактиви для залучення коштів з ОАЕ або особам в ОАЕ (наприклад, через продаж токенів, події генерації токенів, первинне розміщення монет чи первинні розміщення на біржах), повинні робити це тільки на ліцензованій платформі для залучення коштів криптоактивів[969]. Ці вимоги є схожими на вимоги, що діють на теренах інших провідних юрисдикцій. Застосування винятків здійснюється у випадку задокументованого зворотного залучення та коли криптоактиви пропонуються тільки професійним інвесторам[970]. Якщо платформа для залучення коштів також має намір діяти як зберігач криптоактивів, то тоді потрібно одержувати окрему ліцензію на надання послуг зі зберігання криптоактивів[971].

Особа, яка уповноважена залучати кошти для певного криптоактиву, також має відповідати кільком вимогам щодо розкриття інформації, до яких належить, зокрема формування детальної документації щодо розміщення[972].

На будь-який захід зі залучення коштів жодна особа не може інвестувати понад 350 тис. дирхамів[973], а платежі мають піддаватись перевірці у рамках виконання вимог принципу «знай свого клієнта» та протидії відмиванню коштів[974].

967 Стаття 3(1) глави першої Рішення Голови правління Управління з цінних паперів та товарів від 31.10.2020 № 23 «Про регулювання діяльності з криптоактивами» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wxpGcK (англійська мова).

968 Статті 4, 5 глави першої та 6 глави другої Рішення Голови правління Управління з цінних паперів та товарів від 31.10.2020 № 23 «Про регулювання діяльності з криптоактивами» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wxpGcK (англійська мова).

969 Статті 14, 15 глави п'ятої Рішення Голови правління Управління з цінних паперів та товарів від 31.10.2020 № 23 «Про регулювання діяльності з криптоактивами» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wxpGcK (англійська мова).

970 Стаття 14 глави п'ятої Рішення Голови правління Управління з цінних паперів та товарів від 31.10.2020 № 23 «Про регулювання діяльності з криптоактивами» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wxpGcK (англійська мова).

971 Стаття 14 глави п'ятої, а також див. статті 12 та 13 глави четвертої Рішення Голови правління Управління з цінних паперів та товарів від 31.10.2020 № 23 «Про регулювання діяльності з криптоактивами» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wxpGcK (англійська мова).

972 Стаття 14 глави п'ятої, а також див. статті 9, 10 та 11 глави третьої Рішення Голови правління Управління з цінних паперів та товарів від 31.10.2020 № 23 «Про регулювання діяльності з криптоактивами» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wxpGcK (англійська мова).

973 Стаття 14(2) глави п'ятої Рішення Голови правління Управління з цінних паперів та товарів від 31.10.2020 № 23 «Про регулювання діяльності з криптоактивами» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wxpGcK (англійська мова).

974 Стаття 14(3) глави п'ятої та статтю 21 глави дев'ятої Рішення Голови правління Управління з цінних паперів та товарів від 31.10.2020 № 23 «Про регулювання діяльності з криптоактивами» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wxpGcK (англійська мова).

Для участі в заходах зі залучення коштів на криптоактиви можна використовувати тільки криптоактиви, які можна відстежити, а не конфіденційні монети. Щоб мати можливість емітувати криптоактиви, емітенту необхідно відповідати вимогам щодо детального розкриття інформації, включаючи наявність детальної документації щодо розміщення криптоактивів[975].

Положення «Про регулювання діяльності з криптоактивами» Управління з цінних паперів та товарів ОАЕ не розглядає питання, які характерні у сфері децентралізованих фінансів, яка стала визначальною в екосистемі блокчейну та криптовалют. Тому у цьому нормативно-правовому акті нічого не зазначено про первинні лістинги на пулах ліквідності, наприклад: через Uniswap чи Balancer або, загалом, первинні розміщення через Dex. Всі такі випадки можна розглядати як діяльність, що підпадає під більш загальні вимоги щодо розміщення, коли сторона, яка вносить до лістингу криптоактиви, перебуває на теренах ОАЕ. Зважаючи на формулювання, первинні розміщення через Dex можуть залишатися можливими доти, поки сторони, які залучають кошти та просувають пули ліквідності, не перебувають на теренах ОАЕ.

Положення «Про регулювання діяльності з криптоактивами» Управління з цінних паперів та товарів ОАЕ також не розглядає емісію незамінних токенів (NFT).

ii. МІЖНАРОДНИЙ ФІНАНСОВИЙ ЦЕНТР ДУБАЯ

Управління фінансових послуг Дубая в минулому займало вичікувальну позицію стосовно безпосереднього нагляду за емісіями криптоактивів, їх емітентів та інвесторів, що підвищують попит. У вересні 2017 року Управління фінансових послуг Дубая оприлюднило попередження для інвесторів та роз'яснило, що «наразі Управління не регулює розміщення таких видів продуктів, а також на терені Міжнародного фінансового центра Дубая не видає ліцензії фірмам на право проведення такої діяльності»[976].

Незважаючи на те, що досі не було прийнято хоч якогось безпосереднього нормативно-правового акту для цієї сфери, віртуальні активи та блокчейн обговорюються у прискореному порядку на терені Міжнародного фінансового центра Дубая. Це питання є базовою частиною навчальних семінарів, які пропонує Міжнародний фінансовий центра Дубая[977].

975 Статті 9, 10 та 11 глави третьої Рішення Голови правління Управління з цінних паперів та товарів від 31.10.2020 № 23 «Про регулювання діяльності з криптоактивами» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wxpGcK (англійська мова).

976 «DFSA оприлюднює загальну заяву для інвесторів щодо криптовалют» (13.09.2017) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3FLDJQ8 (англійська мова).

977 Див., наприклад сайт Академії Міжнародного фінансового центра Дубая [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3sP9O4e (англійська мова).

29 березня 2021 року Управління фінансових послуг Дубая розпочало консультації щодо нормативно-правової бази з питань нагляду за середовищем інвестиційних токенів на терені Міжнародного фінансового центра Дубая та висловило намір пізніше розглянути питання щодо нагляду за середовищем інших криптоактивів[978]. Є сподівання, що нормативно-правова база для інвестиційних токенів, у тому числі положення, що регулюють емітентів та інвесторів, що підвищують попит, а також далекосяжні вимоги до проспекту емісії будуть потенційно більш обтяжливі, ніж ті, що зараз застосовуються до фінансових інструментів, набуде чинності у 2021 році[979].

iii. ГЛОБАЛЬНИЙ РИНОК АБУ-ДАБІ

У жовтні 2017 року Управління з питань регулювання фінансових послуг оприлюднило керівні настанови, які можуть використовувати ті особи, хто розглядає можливість розміщення віртуальних активів[980]. Ці настанови регулярно оновлювались (включаючи червень 2018 року[981] та травень 2019 року[982]), востаннє – у лютому 2020 року[983].

Управління з питань регулювання фінансових послуг в кожному окремому випадку розглядає питання про те, чи це розміщення монет або токенів, яке Це Управління все ще називає первинним розміщенням монет[984], потрібно регулювати відповідно до вимог Положення 2015 року «Про фінансові послуги та ринки»[985].

Це буде тільки у тому випадку, коли Управління з питань регулювання фінансових послуг встановить, що токени мають характеристики цінних паперів відповідно до статті 58(2)(b) Положення 2015 року «Про фінансові послуги та ринки».

978 Див. абзаци 1 та 2 (стор. 2) Консультаційного документа Управління фінансових послуг Міжнародного фінансового центру Дубая № 138 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3sNS4WG (англійська мова).

979 Див. абзаци 140-201 Консультаційного документа Управління фінансових послуг Міжнародного фінансового центру Дубая № 138 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3sNS4WG (англійська мова).

980 Керівні настанови «Додаткові настанови – регулювання початкових розміщень монет/токенів та віртуальних валют відповідно до Положення про фінансові послуги та ринки» (жовтень 2017 року) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/39H7iGq (англійська мова).

981 Керівні настанови «Регулювання початкових розміщень монет/токенів та віртуальних валют відповідно до Положення про фінансові послуги та ринки» (червень 2018 року).

982 Керівні настанови «Регулювання розміщення цифрових цінних паперів та криптоактивів відповідно до Положення про фінансові послуги та ринки» (травень 2019).

983 Керівні настанови «Регулювання віртуальних активів та розміщення цифрових валют відповідно до Положення 2015 року «Про фінансові послуги та ринки» (24.02.2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3N97wEF (англійська мова).

984 Є показовим те, що, незважаючи на швидкість адаптації своїх правил, яку розвиває Глобальний ринок Абу-Дабі, оновлені у лютому 2020 року загадані керівні настанови продовжують зосереджуватись на первинних розміщеннях монет, хоча первинні розміщення монет втратили переважну частину своєї актуальності в екосистемі, тоді як первинні розміщення на біржах, первинний лістинг Uniswap та первинне розміщення Dex набирають обертів, але до цього часу цей наглядовий орган мало звертав увагу на них.

985 Абзац 3.3 керівних настанов «Регулювання віртуальних активів та розміщення цифрових валют відповідно до Положення 2015 року «Про фінансові послуги та ринки» (24.02.2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3N97wEF (англійська мова).
Див. також абзаци 28-30 керівних настанов «Регулювання діяльності з віртуальними активами на терені Глобального ринку Абу-Дабі» (24.02.2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3N9PjH3 (англійська мова).

У цьому випадку Управління розглядає віртуальний актив як цифровий цінний папір. Тоді первинне розміщення монет має відповідати вимогам Положення 2015 року «Про фінансові послуги та ринки», якщо воно пропонується для невизначеного кола осіб у Глобальному ринку Абу-Дабі чи для осіб, що перебувають за його межами[986]. Отже: якщо первинне розміщення монет оформлене за кордоном, але пропонується невизначеному колу осіб на терені Глобального ринку Абу-Дабі, то необхідно одержати схвалення Управління з питань регулювання фінансових послуг, якщо тільки покупці, які перебувають на терені Глобального ринку Абу-Дабі, не будуть відсторонені від участі в цьому проєкті.

Крім того, рішення Управління з питань регулювання фінансових послуг вважати токен цінним папером призводить до виконання зобов'язань щодо наявності проспекту емісії згідно зі статтею 61 Положення 2015 року «Про фінансові послуги та ринки», інших зобов'язань відповідно до глави 4 Положення 2015 року «Про фінансові послуги та ринки», а також дотримання вимог протидії відмиванню коштів та принципу «знай свого клієнта»[987]. Звичайні винятки щодо проспекту емісії можуть застосовуватись, коли розміщення пропонується тільки професійним клієнтам (як визначено у Положенні 2015 року «Про фінансові послуги та ринки») або менше, ніж 50 особам протягом будь-якого 12-місячного періоду, або коли винагорода, яку має сплатити одна особа за придбання токенів, становить щонайменше 100 тис. доларів США[988].

У своїх найновіших керівних настановах із цифрових цінних паперів Управління з питань регулювання фінансових послуг сподівається, що емітенти цифрових цінних паперів повністю врахують контекст як первинного, так і вторинного ринків. Сюди належать зобов'язання емітента також намагатись здійснювати допуск цифрових цінних паперів до торгів на багатосторонніх торговельних майданчиках та визнаних інвестиційних біржах, що функціонують на терені Глобального ринку Абу-Дабі, зважаючи на неповну інтеграцію первинного та вторинного ринків цифрових цінних паперів[989].

Надання такому активу статусу цифрового цінного паперу також призводить до того, що ринкові посередники або оператори, такі як біржі криптоактивів, які тор-

986 Ibid.

987 Абзац 3.6 керівних настанов «Регулювання віртуальних активів та розміщення цифрових валют відповідно до Положення 2015 року «Про фінансові послуги та ринки» (24.02.2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3N97wEF (англійська мова).
Див. також абзаци 28-31 керівних настанов «Регулювання діяльності з цифровими цінними паперами на терені Глобального ринку Абу-Дабі» (24.02.2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/37ly5la (англійська мова).

988 Абзац 3.6 керівних настанов «Регулювання віртуальних активів та розміщення цифрових валют відповідно до Положення 2015 року «Про фінансові послуги та ринки» (24.02.2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3N97wEF (англійська мова).

989 Абзац 37 керівних настанов «Регулювання діяльності з цифровими цінними паперами на терені Глобального ринку Абу-Дабі» (24.02.2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/37ly5la (англійська мова).

гують цими токенами, уже підпадають під нагляд як держателі дозволів на надання фінансових послуг, визнані інвестиційні біржі або визнані клірингові палати[990]. Важливо зазначити, що Управління з питань регулювання фінансових послуг наразі не передбачає надавати дозволи на внесення до лістингу на вторинному ринку цифрових цінних паперів, які були емітованими за межами теренів Глобального ринку Абу-Дабі[991].

Крім того, Управління з питань регулювання фінансових послуг може розглядати токени, які використовуються фірмами для створення інвестиційного фонду на блокчейні, як паї у фонді колективного інвестування (як визначено у статті 106 Положення 2015 року «Про фінансові послуги та ринки»), до якого застосовуються правила фонду Глобального ринку Абу-Дабі[992]. Надання такого статусу також призводить до виконання значних нормативних вимог.

Якщо криптоактив, який буде емітовано, є стейблкоїном, то він може бути емітований тільки на терені Глобального ринку Абу-Дабі, за умови, що він буде забезпечений з розрахунку один до одного фіатною валютою. Тоді він буде розглядатись як фіатний токен[993]. Його емітент розглядається як суб'єкт господарювання, що надає грошові послуги, та який повинен мати дозвіл на право надання фінансових послуг для регульованої діяльності «надання грошових послуг» відповідно до Додатка 1, статті 52 Положення 2015 року «Про фінансові послуги та ринки»[994].

Тільки там, де відповідно до Положення 2015 року «Про фінансові послуги та ринки» криптоактиви не розглядаються як цифрові цінні папери, фіатні токени або деривативи, то первинне розміщення монет, ймовірно, не буде підпадати під нормативно-правову базу Глобального ринку Абу-Дабі[995]. Тому у керівних настановах «Регулювання віртуальних активів та розміщення цифрових валют відповідно до Положення 2015 року «Про фінансові послуги та ринки» Керівництво Управління з питань регулювання фінансових послуг закликає галузь розробити добровільні стандарти кращих практик для таких первинних розміщень монет[996].

990 Абзац 3.7 керівних настанов «Регулювання віртуальних активів та розміщення цифрових валют відповідно до Положення 2015 року «Про фінансові послуги та ринки» (24.02.2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3N97wEF (англійська мова).

991 Абзац 38 керівних настанов «Регулювання діяльності з цифровими цінними паперами на терені Глобального ринку Абу-Дабі» (24.02.2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/37Iy5la (англійська мова).

992 Абзац 3.9 керівних настанов «Регулювання віртуальних активів та розміщення цифрових валют відповідно до Положення 2015 року «Про фінансові послуги та ринки» (24.02.2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3N97wEF (англійська мова).

993 Абзац 166 керівних настанов «Регулювання діяльності з віртуальними активами на терені Глобального ринку Абу-Дабі» (24.02.2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3N9PjH3 (англійська мова).

994 Ibid.

995 Абзац 3.10 керівних настанов «Регулювання віртуальних активів та розміщення цифрових валют відповідно до Положення 2015 року «Про фінансові послуги та ринки» (24.02.2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3N97wEF (англійська мова).

996 Абзац 3.12 керівних настанов «Регулювання віртуальних активів та розміщення цифрових валют відповідно до Положення 2015 року «Про фінансові послуги та ринки» (24.02.2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3N97wEF (англійська мова).

VIII. КРИМІНАЛЬНЕ ТА ЦИВІЛЬНЕ ШАХРАЙСТВО І ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

Різні органи влади ОАЕ висловили занепокоєння щодо шахрайства, пов'язаного з транзакціями з криптоактивами. Управління з цінних паперів та товарів ОАЕ раніше вже попереджало резидентів ОАЕ про шахрайство та рекомендувало утриматись від здійснення торгівлі криптоактивами[997]. Крім того, Управління з цінних паперів та товарів ОАЕ раніше додавало певні облікові записи у соціальній мережі «Twitter» або назви організацій до свого списку попереджень за недостовірні повідомлення, що вони нібито перебувають під наглядом з боку Управління[998], а також оприлюднило загальне попередження про просування фінансових продуктів, пов'язаних із криптоактивами, чи торгівлю ними.

Управління фінансових послуг Дубая рекомендувало потенційним інвесторам проявляти обережність і проводити належну перевірку, щоб розуміти наявні ризики[999]. Крім того, Управління фінансових послуг Дубая раніше вже надсилало застереження про шахрайські криптоактиви, які заявляли недостовірно, що перебувають під наглядом відповідних органів у Міжнародному фінансовому центрі Дубая[1000].

Однією з причин рішення Управління з питань регулювання фінансових послуг про нагляд за середовищем криптоактивів було запобігання значним фінансовим злочинам та іншим ризикам. Поліція Дубая також кілька разів піднімала це питання[1001].

Загалом, в ОАЕ зростає кількість повідомлень про шахрайство з віртуальними валютами, в основному щодо позабіржових операцій із купівлі та продажу криптоактивів[1002], інвестиційних схем та шахрайських криптоактивів[1003]. Крім того, стало відомо, що тільки протягом першої половини 2021 року в еміраті Дубай через криптовалютні шахрайства було втрачено понад 80 млн дирхамів[1004].

997 Див. Попередження Управління з цінних паперів та товарів ОАЕ [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3MGsACM (англійська мова).

998 Ibid.

999 Ibid.

1000 Застереження Управління фінансових послуг Дубая «Шахрайство з передоплатою з використанням логотипу DFSA» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LIzFRU (англійська мова).

1001 «Поліція Дубая попереджає про криптошахрайства, прогнозуючи, що електронні гроші замінять готівку» – «CCN» (18.09.2018) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3PHmDYi (англійська мова). Див. також «ОАЕ: Поліція попереджає резидентів про фальшиві пропозиції щодо торгівлі криптовалютами» – «Khaleeji Times» (06.07.2021) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3PPK55J (англійська мова).

1002 «В ОАЕ заарештовано чоловіка за шахрайство з біткоїнами на суму 2 млн дирхамів» – «Khaleeji Times» (12.02.2018) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3Py1GPr (англійська мова).

1003 «Азіз Ком Мірза заарештований у Дубаї за шахрайство» – «Gulf News» (30.10.2019) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LzeyI7 (англійська мова). Див. також «Резидента Канади в Дубаї заарештували за шахрайство, включаючи криптошахрайство через habibi coin, «біткоїн Близького Сходу» (03.11.2019) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3PwxDaN (англійська мова).

1004 «Дубай: цього року через крипто-шахрайство втрачено 80 млн дирхам. Як подбати про безпеку своїх грошей» – «Khaleeji Times» (06.06.2021) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3NuXJJd (англійська мова).

На момент написання цієї статті шахрайство під назвою «Dubai Coin», яке стверджувало, що є офіційною криптовалютою Дубая та затверджено урядом, потрапило до заголовків ЗМІ, що змусило Дубайський медіаофіс оприлюднити кілька попереджень[1005].

Положення «Про регулювання діяльності з криптоактивами» Управління з цінних паперів та товарів ОАЕ роз'яснює, що чинне законодавство, у тому числі кримінальні та адміністративні покарання, може застосовуватись до шахрайства з криптоактивами та подібної поведінки на теренах ОАЕ[1006]. Крім того, Це Положення встановлює адміністративні стягнення, які є додатковими до кримінальних та адміністративних покарань, які вже були передбачені законом, з акцентом на забезпечення дотримання піднаглядними суб'єктами законів ОАЕ щодо ПВК/ФТ[1007]. Положення «Про регулювання діяльності з криптоактивами» Управління з цінних паперів та товарів ОАЕ також спеціально уповноважує Це Управління оприлюднювати імена порушників[1008].

Так само, відповідно до законодавства Глобального ринку Абу-Дабі, суб'єкти господарювання, що займаються віртуальними активами, можуть визнаватись винними у повному спектрі фінансових злочинів, адміністративних правопорушень та проступків, у тому числі зловживанні ринком та створенні оманливих заяв та вражень[1009].

IX. ОПОДАТКУВАННЯ

У 2016 році ОАЕ створили Федеральну податкову службу, у жовтні 2017 року запровадили акцизний податок на деякі товари та з січня 2018 року ввели податок на додану вартість на всі товари та послуги в ОАЕ, щоправда з деякими обмеженими винятками[1010]. Відповідно до законодавства про податок на додану вартість продаж криптоактивів може бути операцією, що підлягає оподаткуванню.

1005 «Влада ОАЕ попередила про dubai coin» – «Cointelegraph» (28.05.2021) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3NmRNSG (англійська мова). Див. також [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/38lnAPf (англійська мова).

1006 Статті 20(1), 21(1) глави дев'ятої та 27(1) глави одинадцятої Рішення Голови правління Управління з цінних паперів та товарів від 31.10.2020 № 23 «Про регулювання діяльності з криптоактивами» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wxpGcK (англійська мова).

1007 Статті 20, 21 глави дев'ятої та 27 глави одинадцятої Рішення Голови правління Управління з цінних паперів та товарів від 31.10.2020 № 23 «Про регулювання діяльності з криптоактивами» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wxpGcK (англійська мова).

1008 Стаття 28 глави одинадцятої Рішення Голови правління Управління з цінних паперів та товарів від 31.10.2020 № 23 «Про регулювання діяльності з криптоактивами» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wxpGcK (англійська мова).

1009 Статті 92, 102 та 103 Положення 2015 року «Про фінансові послуги та ринки» (зміни 2020 року) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://tmsnrt.rs/3MmRc32 (англійська мова).

1010 Декретний федеральний закон «Про податок на додану вартість» від 2017 року № 8 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3x4KVTB (англійська мова).

Проте, на час написання цієї статті Федеральна податкова служба ОАЕ не прийняла жодних офіційних нормативно-правових актів щодо криптоактивів. В ОАЕ немає податку на прибуток та корпоративного податку. Також немає встановленого розміру податку на прибуток та валютного контролю, які впливають на транскордонні платежі, де залучені криптоактиви.

X. ІНШІ ПИТАННЯ

1 липня 2020 року на терені Міжнародного фінансового центру Дубая набув чинності Закон «Про захист даних»[1011]. Цей Закон приводить нормативно-правові акти сфери конфіденційності даних у Міжнародному фінансовому центру Дубая до вимог найкращих світових практик, які, зокрема, відображені в Загальному Регламенті ЄС № 2016/679 «Про захист даних»[1012] та Законі штату Каліфорнія «Про конфіденційність споживачів»[1013].

Закон «Про захист даних» вимагає від компаній, які здійснюють систематично чи на регулярній основі «обробку з високим ступенем ризику», призначати відповідального працівника із захисту даних[1014]. До обробки з високим ступенем ризику належить обробка, яка використовує нові або інші технології чи методи, які створюють суттєво підвищений ризик для безпеки чи прав суб'єктів даних або ускладнюють реалізацію суб'єктам даних власних прав[1015]. Зі свого боку, до цих технологій належить обробка даних на основі блокчейна, яка обмежує право суб'єкта даних на їх видалення та виправлення[1016].

Закон «Про захист даних» вимагає від розпорядників даних інформувати суб'єкта даних про обмеження на виконання запитів щодо виправлення чи видалення їхніх даних, а також забезпечити розуміння та визнання суб'єктом даних цих обмежень.

1011 Закон Міжнародного фінансового центру Дубая «Про захист даних» від 2020 року № 5 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3sTRSoX (англійська мова).

1012 Регламент Європейського Парламенту і Ради (ЄС) № 2016/679 від 27.04.2016 «Про захист фізичних осіб у зв'язку з опрацюванням персональних даних і про вільний рух таких даних, та про скасування Директиви 95/46/ЄС (Загальний регламент про захист даних)» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/39IpmQx (українська мова).

1013 Закон штату Каліфорнія «Про конфіденційність споживачів» від 2018 року [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wDFr32 (англійська мова).

1014 Стаття 16(2)(b) частини другої Закону Міжнародного фінансового центру Дубая «Про захист даних» від 2020 року № 5 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3sTRSoX (англійська мова).

1015 Стаття 3 Додатку першого Закону Міжнародного фінансового центру Дубая «Про захист даних» від 2020 року № 5 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3sTRSoX (англійська мова).

1016 Стаття 33(1)(c) та (2) частини шостої Закону Міжнародного фінансового центру Дубая «Про захист даних» від 2020 року № 5 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3sTRSoX (англійська мова).

XI. ПЛАНИ НА МАЙБУТНЄ

Оскільки використання криптоактивів набуло значної популярності в усьому світі, особливо після пандемії коронавірусу, ОАЕ завойовують домінуюче становище у сфері блокчейну та технології розподіленого реєстру з допомогою вкладення значних коштів у цю екосистему та вжиття заходів з регулювання для бізнесу. Завдяки ранньому запровадженню власної нормативно-правової бази щодо віртуальних активів Глобальний ринок Абу-Дабі привернув широку міжнародну увагу та посприяв тому, що деякі централізовані біржі криптоактивів, які до цього працювали за межами Глобального ринку Абу-Дабі, почали тут працювати.

Доти, поки Глобальний ринок Абу-Дабі залишається гнучким та орієнтованим на сферу послуг, спроби створення на терені Глобального ринку Абу-Дабі, ймовірно, продовжаться, принаймні, для «традиційних» централізованих суб'єктів, чиї технології відповідають чинній нормативно-правовій базі. Це також стосується й Мультитоварного центру Дубая, який залучає значну кількість талановитих осіб завдяки міжнародному співробітництву та, ймовірно, зможе робити це все ще масштабніше завдяки партнерству з Управління з цінних паперів та товарів ОАЕ.

Положення «Про регулювання діяльності з криптоактивами» Управління з цінних паперів та товарів ОАЕ, яке набуло чинності у 2020 році, ймовірніше, допоможе надати більшої впевненості крипто-компаніям, які розглядають можливість функціонування на терені оншорів, та сприятиме ОАЕ досягти деяких своїх амбіцій щодо блокчейна.

Для процвітання блокчейн-інновацій на теренах ОАЕ багато чого буде залежати від залучення технічних талантів, а не тільки від зростання кількості суб'єктів господарювання та використання функцій маркетингу. Стратегія блокчейну уряду Дубая, яка спрямована на переведення всіх транзакцій з державними органами на блокчейн, і надалі залишається дуже перспективною[1017].

Однією з тем, яка поки залишається поза увагою, індустрія децентралізованих фінансів, що стрімко зростає. Вона стає центральною в екосистемі блокчейну та криптовалют у всьому світі. Режими регулювання на теренах ОАЕ, оншорів та Глобального ринку Абу-Дабі не надають стимулів для розвитку систем топології «peer-to-peer» та децентралізованих фінансів, сутність яких не передбачає одержання дозволів, оскільки нормативно-правовим актам бракує чіткості щодо цих сфер. Насправді, у попередньому проєкті Положення «Про регулювання діяльності з криптоактивами» Управління з цінних паперів та товарів ОАЕ був певний простір для маневру щодо децентралізованих фінансів, але його у підсумку вилучили під час затвердження Цього Положення.

1017 Див. матеріали вебсайту «Дубайська стратегія блокчейну» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3PE0Ct4 (англійська мова).

Так само у коментарях до консультаційного документа Міжнародного фінансового центру Дубая вказується про відсутність схильності до ризиків для підтримання індустрії децентралізованих фінансів, принаймні не в царинах, пов'язаних з інвестиційними токенами. Поки не зрозуміло, чи зміниться ця позиція найближчим часом.

Ще одним невирішеним питанням є статус невзаємозамінних токенів та їхня характеристика у рамках нормативно-правової бази та застосування законодавства про інтелектуальну власність. Для ОАЕ (країни, яка зосереджена на предметах розкоші та мистецтві) є доцільним якнайшвидше надати ясність щодо невзаємозамінних токенів.

РУМУНІЯ

I. ОЗНАЙОМЛЕННЯ З НОРМАТИВНО-ПРАВОВОЮ БАЗОЮ

Криптоактиви отримали користь від ситуації, що призвело до глобального явища, оскільки основні ключові функції блокчейну – незмінність та децентралізація – розширили можливості транзакцій без урахування кордонів чи інституційних схвалень. Поки що немає чіткої законодавчої бази, яка б регулювала криптовалюти. У Румунії, як і в багатьох юрисдикціях ЄС, криптовалюти не вважаються ні законним платіжним засобом, ні електронними грошима, а скоріше цифровими активами з обмеженою роллю валюти або корисною функцією у визначеній кооперативній системі. Їх часто називають альтернативними платіжними інструментами, узгодженими між сторонами, які укладають грошову угоду. Очікуючи прискорення розвитку криптовалют в Румунії та ЄС, цей розділ має на меті (1) описати законодавчу базу в Румунії; та (2) внести ясність щодо потенційних операційних та правових ризиків за відсутності керівних настанов від відповідних національних органів. Тим не менш, тривала відсутність спеціальної нормативно-правової бази в Румунії не обов'язково була недоліком для підприємців, які керують компаніями, займаються криптовалютами, включаючи криптовалютні біржі, криптовалютні банкомати (банкомати) і крипто-гаманці. Первинне розміщення монет (ICO) та первинні біржові пропозиції (IEO) на чолі з румунськими командами були скоординовані в різних дружніх юрисдикціях, за винятком Румунії, де було більше ясності щодо юридичної відповідальності. Загалом, Румунія може похвалитися великою кількістю сильних сторін щодо прийняття криптовалют, а саме:

a. Румуни посіли високе місце серед споживачів, опитаних на предмет позитивного ставлення до криптовалют (44% респондентів позитивно оцінюють майбутнє використання криптовалют – на другому місці після Туреччини та Польщі та Іспанії).[1018]

1018 Міжнародне дослідження ING, «Від готівки до криптовалют: грошова революція» (вересень 2019 р.), с. 7.

b. Румунія посіла 33-є місце у світі за індексом готовності до криптовалют, з двома примітними згадками: вона посідає перше місце в усьому світі за щорічним збільшенням кількості пошукових запитів у Google за запитом «крипто», а також входить до 10 найкращих країн за кількістю зареєстрованих криптовалютних банкоматів.[1019]

c. Великі міста Румунії стають провідними центрами інформаційних технологій в Європі, а румунські шифрувальники добре відомі у сфері фінтеху, блокчейну та криптовалют. Оскільки все більше шифрувальників приєднуються до проєктів у цій області, крипто-спільнота продовжуватиме зростати.

d. У цьому контексті розвиваються різні проєкти: є кілька місцевих криптобірж – національні провідні платіжні процесори, які долають розрив між традиційними електронними платежами та криптовалютними платежами; блокчейн рівня 1 – Elrond (швидкість передачі одна з найшвидших серед існуючих) і мобільний додаток Maiar; різноманітні децентралізовані додатки (відомі як Dapps), які створюють нові екосистеми (наприклад, децентралізовані торгові майданчики, боти для торгівлі криптовалютами), онлайн-ринки NFT та менеджери криптоактивів, а також додатки блокчейн у секторі ланцюжка поставок.

e. Уряд Румунії використав блокчейн як базову інфраструктуру на національних виборах.[1020]

II. ЗАКОНИ ПРО ЦІННІ ПАПЕРИ ТА ІНВЕСТИЦІЇ

i. РЕГУЛЯТОРИ ФІНАНСОВОГО РИНКУ

Зростаюча популярність криптовалют призвела до посиленого контролю з боку регулюючих органів. Наразі в ЄС криптовалюти, в основному, не регулюються, і Румунія не є винятком, коли йдеться про конкретні положення щодо регулювання криптовалют. Крім того, у Румунії немає конкретних положень про цінні папери щодо віртуальних валют або їх пропозицій. Світовий фінансовий ринок регулюється Управлінням фінансового нагляду (ASF)[1021] і Національним банком Румунії (НБР).[1022] ASF і НБР відповідають за нагляд і моніторинг банків та компаній, що надають фінансові послуги, які працюють в Румунії. ASF захищає інтереси учасників фінансових ринків і відповідає за нагляд за фінансовими продуктами, інформаці-

1019 Crypto Head, «Індекс готовності до криптовалют 2021: Які країни найбільш готові до поширення криптовалют?» доступно за посиланням: https://cryptohead.io/research/crypto-ready-index/.

1020 Для отримання додаткової інформації див.: https://cointelegraph.com/news/blockchain-tech-in-national-elections-an-experience-from-romania.

1021 https://asfromania.ro/en/

1022 http://bnr.ro/

єю, що публікується компаніями та постачальниками фінансових послуг, тоді як НБР відповідає за нагляд за окремими фінансовими установами (наприклад, кредитні установи, інвестиційні фірми, платіжні установи, небанківські фінансові установи та установи, що займаються електронними грошима) та належне функціонування фінансової системи в цілому. ASF повністю покладається на рекомендації, видані Європейською комісією з цінних паперів та ринків (ESMA) щодо ризиків, притаманних ICO. ASF не пропонує жодних конкретних положень, що стосуються проспектів емісії, прозорості, зловживання ринком та ринками із законодавства про фінансові інструменти, а скоріше, мовчазно приймає законодавство ЄС, включаючи Регламент ЄС «Про проспекти емісії» (PR),[1023] Директиву ЄС «Про ринки фінансових інструментів» (MiFID II) та Директива «Про керівників альтернативних інвестиційних фондів» (AIFMD). ASF, як видається, застосовує принципи ЄС що стосуються цінних паперів, які перебувають в обігу та фінансових інструментів, визначених у MiFID II.

Як наслідок, залежно від їхніх властивостей, віртуальні валюти можуть бути класифіковані як цінні папери, які перебувають в обігу, що вимагатиме публікації проспекту емісії до того, як вони будуть запропоновані громадськості. Відповідно до MiFID II, децентралізована криптовалюта не буде цінним папером, який перебуває в обігу, на відміну від інвестиційного токена, який схожий на акцію або облігацію. ESMA визнає, що нормативно-правова база віртуальних валют ще не доопрацьована та що між регулюючим органами ЄС та країнами-учасницями ЄС існують значні розбіжності (які переважно застосовують однакове фінансове законодавство ЄС) щодо кваліфікації певних типів токенів: наприклад, в залежності від країни та регулюючого органу, стейблкоїни можуть бути класифіковані як фінансові інструменти, цінні папери, які перебувають в обігу, похідні інструменти, схеми колективного інвестування, розрахункові одиниці, електронні гроші або комбінація вищезгаданого.[1024]

ii. PR

PR вимагає надання належної інформації, при спробі залучити кошти від інвесторів в ЄС. Перед ICO емітент повинен опублікувати проспект емісії, який чітко викладає всю інформацію, необхідну інвестору для оцінки потенційних інвестицій. Інформація має бути представлена в чіткій, короткій та зрозумілій формі. У PR не уточнюється, хто несе відповідальність за підготовку проспекту емісії, але вимагається, щоб сторона, відповідальна за інформацію (тобто, принаймні, емітент, офе-

1023 Запроваджено в Румунії Законом 24/2017 «Про емітентів фінансових інструментів та ринкових операцій», згодом зміненим Законом 158/2020.

1024 Див. Влад Бурілов, Регулювання криптотокенів і первинних пропозицій монет в ЄС (2019), Eur. J. Comp. L. & Gov. 6 (2019) 146–186 (виявлення потреби ЄС у чіткому визначенні сфери застосування токенізованих фінансових інструментів).

рент, сторона, яка вимагає допуску до торгів, або гарант), була згадана в проспекті. Залежно від структури ICO, монети або токени можуть підпадати під визначення гарантії, що передається а, отже, можуть вимагатися публікації проспекту емісії, який має бути представлений на затвердження ASF.

iii. AIFMD

ASF запровадило AIFMD, яка встановлює правила для авторизації, діяльності та постійної прозорості керівників альтернативних інвестицій, які керують або продають альтернативні інвестиційні фонди (АІФ) в ЄС. Залежно від своєї структури, схема ICO може кваліфікуватися як АІФ, тією мірою, якою вона використовується для залучення капіталу від ряду інвесторів для інвестування відповідно до певної інвестиційної політики. Тому компанії, які беруть участь в ICO, повинні дотримуватися норм AIFMD, зокрема норм, що стосуються капіталу, операцій, організації а також вимог прозорості.

III. БАНКІВСЬКІ ТА ГРОШОВІ ПЕРЕКАЗИ

Першим підходом Європейського центрального банку до розвитку ринку криптовалют стала заява про те, що віртуальні валюти «не є безготівковими, електронними, цифровими або віртуальними формами певної валюти. Вони є чимось іншим, відмінним від відомих валют», і, таким чином, не підпадають під дію першої Директиви «Про платіжні послуги» або Директиви «Про електронні гроші»[1025] (див. також Розділи III.ii та III.iii).

Цю позиція була підтверджена як Європейським банківським управлінням (EBA), так і ESMA, а також НБР, які визнали криптовалюти «високо нестабільними та надзвичайно ризикованими спекулятивними активами» ще у 2015 та 2018 роках, хоча згодом НБР змінив свою точку зору в більш оптимістичній ноті в квітні 2021 року.[1026] В останньому висновку чітко сказано:

«Положення, які регулюються Національним банком Румунії, не забороняють кредитним установам надавати послуги з обслуговування рахунків постачальникам послуг з обміну між віртуальними і фіатними валютами та постачальникам кастодіальних гаманців. Кредитні установи зобов'язані дотримуватися положень Закону № 129/2019, а саме застосовувати заходи «знай свого клієнта» та заходи з управління ризиками у сфері запобігання відмиванню коштів та фінансуванню тероризму, а також з урахуванням ризиків, які вони несуть в результаті надання послуг

1025 Директива 2009/110/ЄК Європейського Парламенту та Ради від 16 вересня 2009 року «Про відкриття, здійснення та пруденційний нагляд за діяльністю установ, які займаються електронними грошима.

1026 Прес-реліз НБР від 16 квітня 2021 року щодо його позиції про віртуальні валюти, доступно за посиланням: https://www.bnr.ro/page.aspx?prid=19236.

платіжних рахунків цим підприємствам, шляхом коригування внутрішньої політики ризиків та можливостей управління ризиками на об'єктивній та пропорційній основі».

Заявлена позиція НБР включає зобов'язання постачальників послуг обміну та електронних гаманців на цьому ринку дотримуватися положень Закону 129/2019 «Про запобігання та боротьбу з відмиванням грошей та фінансуванням тероризму» (Закон «Про ПВК/ФТ»), який вперше був опублікований в «Офіційному віснику Румунії» 18 липня 2019 року та був оновлений минулого року Надзвичайним урядовим Указом № 111/2020 (GEO 111/2020) з метою забезпечення нормативної бази на основі технічних висновків та реєстрації у Міністерстві фінансів.

Незважаючи на те, що GEO 111/2020 набув чинності на початку 2020 року, він не супроводжувався впроваджувальними нормативними актами і, отже, ще не передбачає чіткої процедури реєстрації криптобіржі або постачальника послуг електронного гаманця, а також для отримання технічного дозволу на експлуатацію цих платформ.

Цей законодавчий пропуск не дозволяє постачальникам послуг, пов'язаним із криптовалютою, відкривати банківські рахунки в Румунії та безперебійно працювати як з банками, так і з клієнтами, навіть незважаючи на те, що вимоги «знай свого клієнта» (KYC) та заходи з протидії відмиванню коштів (ПВК) були запроваджені на високому рівні, саме задля забезпечення дотримання вимог банків. За відсутності підзаконних актів для GEO 111/2020, постачальники послуг у Румунії виїжджають за кордон, щоб отримати ліцензії на криптовалюту на Мальті, Литві чи Естонії.

Переходячи до 2021 року, ми виявляємо, що ринкова практика вийшла далеко за межі випадків тих використання, які спочатку були визнані центральними регулюючими органами. На станціях метро та на автобусних зупинках тепер можна побачити рекламу мобільних додатків, які заохочують звичайних людей інвестувати в криптовалюти та пов'язані з ними інноваційні проєкти.

і. ДЕЦЕНТРАЛІЗОВАНІ ФІНАНСИ

Проєкти у галузі децентралізованого фінансування (DeFi) спрямовані на використання технології розподіленого реєстру для забезпечення взаємного фінансування. Більшість проєктів DeFi працюють на блокчейні Етеріума. Найпоширенішими випадками використання є позики та кредитування DeFi, перетворення на постачальника ліквідності для децентралізованої біржі або надання можливостей для прибуткового фермерства.

Процентні ставки за криптовалютними депозитами, як правило, привабливіші, ніж ставки, запропоновані традиційними банками, і бар'єр для доступу до позик є низьким порівняно з традиційною системою, оскільки жоден персональний кредитний ризик не пов'язаний з рішенням про кредитування. Найчастіше єдиною вимогою для отримання позики DeFi є можливість надати заставу у вигляді інших криптоактивів, якими ви володієте. Користувачі іноді можуть пропонувати свої невзаємозамінні токени (NFT) як заставу; наприклад, залежно від протоколу DeFi.

Централізоване фінансування (CeFi), у якому можна ідентифікувати кредитора, він також підпадає під дію банківського регулювання за умови, що характер відповідної діяльності дуже схожий на характер регульованої банківської діяльності. Наскільки нам відомо, наразі в Румунії немає місцевих учасників CeFi, які надають послуги з кредитування. Нові проєкти DeFi будуть перебувати у невигідному конкурентному становищі порівняно з традиційними фінансовими компаніями, які не вимагатимуть окремого дозволу на надання послуг з криптоактивів, оскільки вони зможуть це робити на основі їхньої наявної ліцензії.

Відповідно до нещодавно запропонованого Регламенту ЄС «Про ринки криптоактивів» (MiCA),[1027] емітенти токенів з прив'язкою до активів, які бажають отримати дозвіл, повинні подати заявку до відповідного регулюючого органу. Пакет документів повинен містити набір інформації, у тому числі, наприклад, бізнес-план, юридичний висновок, який підтверджує, що токени, з прив'язкою до активів, не кваліфікуються як фінансові інструменти, електронні гроші, депозити або структуровані депозити (тобто, токени не підпадають під дію іншого законодавства), детальний опис структури управління та необхідний офіційний документ.

ii. ЕЛЕКТРОННІ ГРОШІ

Електронні гроші визначені у Директиві «Про електронні гроші»,[1028] і це визначення можна розбити на наступні основні характеристики електронних грошей: (1) вони зберігають грошову вартість в електронному вигляді, в тому числі у магнітній формі, (2) вони представлені як вимога до емітента, (3) випускається при отриманні коштів, (4) мають на меті здійснення платіжних транзакцій, і (5) приймається фізичною або юридичною особою, крім емітента електронних грошей. Послуги електронних грошей у Румунії надаються приватними організаціями згідно з румунським режимом ліцензування (який є дзеркальним відображенням Директиви «Про електронні гроші») або іншими установами електронних грошей, що мають ліцензію ЄС, з допомогою прав доступу.

1027 Пропозиція до Регламенту Європейського Парламенту та Ради «Про ринки криптоактивів» та внесення змін до Директиви (ЄС) 2019/193, COM/2020/593 остаточна.

1028 Директива 2009/110/ЄК Європейського Парламенту та Ради від 16 вересня 2009 року про початок діяльності установ електронних грошей та пруденційний нагляд за ними, яка вносить зміни до Директив 2005/60/ЄК та 2006/48/ЄК та скасовує Директиву 2000/46/ЕК.

У юридичному сенсі, який використовується законодавцями ЄС для електронних грошей, віртуальні валюти відрізняються від електронних валют тим, що віртуальні валюти не обов'язково є вимогою до емітента і не обов'язково використовуються як платіжні інструменти. На відміну від електронних грошей, віртуальна валюта не супроводжується юридичною гарантією погашення в будь-який час і за номінальною вартістю.

Однак нещодавній розвиток стейблкоїнів (і, зокрема, стейблкоїни з фіатними забезпеченням) стирає межу між законними валютами та криптовалютами; деякі токени можуть «запозичувати» риси, які характерні для електронних грошей, підвищуючи вимоги до ліцензування по всьому ланцюжку створення вартості. Наприклад, деякі токени випускаються в обмін на фіатну валюту та можуть бути обмінені на неї, тому фіатний елемент трансакції може підпадати під сферу дію Директиви «Про електронні гроші» та будуть вимоги ліцензування електронних грошей для деяких емітентів стейблкоїнів, забезпечених фіатною підтримкою. щоб мати можливість працювати в Румунії.

iii. ПЛАТІЖНІ ПОСЛУГИ

Протягом останнього десятиліття ландшафт цифрових платежів значно змінився. Закон Румунії № 209/2019 «Про платіжні послуги» реалізує другу Директиву ЄС «Про платіжні послуги» (PSD2)[1029] і створює середовище для відкритих платіжних послуг у Румунії. Румунське регулювання платіжних послуг пов'язане з використанням законної валюти (тобто законного платіжного засобу, випущеного суверенною країною) або коштів. Віртуальні валюти, як правило, не вважаються коштами в рамках PSD2, оскільки вони не є банкнотами та монетами, безготівковими або електронними грошима. Однак є дві особливі ситуації, які можуть виникнути. По-перше, інтеграція платіжних послуг, що надаються криптобіржами, до банківських рахунків або установ, що займаються електронними грошима, або будь-які інші послуги ініціації платежів або інформаційні послуги платіжного рахунку, де використовуються як фіатні, так і віртуальні валюти; наприклад, задля використання віртуальних гаманців для віртуальних валют і фіатних коштів, у цьому випадку може знадобитися ліцензійний дозвіл як платіжної установи. По-друге, утримання рахунків електронних грошей (утримання коштів клієнтів) або робота з токенами електронних грошей (дуже вузькоспеціалізований підхід для токенів – тих, які є вимогою до емітента), у цьому випадку буде потрібно спеціальний дозвіл. Таким чином, питання про те, чи кваліфікується отримання та відправлення криптовалют від імені третіх сторін як регульована послуга, слід оцінювати в кожному випадку окремо.

1029 Директива 2015/2366 Європейського Парламенту та Ради «Про платіжні послуги на внутрішньому ринку».

IV. ПРОТИДІЯ ВІДМИВАННЮ КОШТІВ

Хоча Закон «Про боротьбу з відмиванням коштів» у Румунії запровадив певні заходи щодо протидії відмиванню коштів у Румунії, він не повністю включив положення П'ятої Директиви ЄС «Про боротьбу з відмиванням грошей» (AMLD5), виключивши категорії звітуючих суб'єктів, наприклад, у сфері криптовалют. Не включення положень AMLD5 призвело до того, що Суд Європейського Союзу ухвалив, що Румунія «не виконала свої зобов'язання за статтею 67 Директиви 2015/849» (тобто не прийняла AMLD5).[1030]

Для упорядкування механізму запобігання та протидії відмиванню грошей до рівня, передбаченого AMLD5, та уникнення можливих фінансових наслідків від процедури порушення, уряд Румунії прийняв GEO 111/2020. Цей Надзвичайний Указ вніс зміни та доповнення до ПВК/ФТ, а також включив інші положення AMLD5 в законодавство Румунії, у якому в даний час використовуються такі визначення:

«(1) віртуальна валюта – цифрове представлення цінності, яке не випускається або не гарантується центральним банком або органом державної влади, не обов'язково пов'язане до законно встановленої валюти та не має законного статусу валюти чи грошей, але приймається фізичними або юридичними особами як засіб обміну та можуть передаватися, зберігатися та торгуватися в електронній формі.

(2) постачальник послуг цифрового гаманця – це особа, яка надає послуги з безпечного зберігання послуг приватних криптографічних ключів від імені своїх клієнтів, для утримання, зберігання та переказу віртуальної валюти».

У зв'язку з цим, кастодіальні гаманці («гарячі гаманці») є єдиними постачальниками цифрових гаманців, які підпадають під дію Закону «Про боротьбу з відмиванням коштів».

Законодавчі зміни, що стосуються криптоактивів, пов'язані переважно з їх подальшим використанням для відмивання коштів та фінансування тероризму, масовим зростанням «приватних токенів», що використовуються для збору коштів, і поява стейблкоїнів і цифрових валют центрального банку. Багато недавніх досліджень показали, що існують як законні, так і незаконні криптовалютні ринки, на яких діють відповідно легальні та нелегальні користувачі.[1031]

1030 C-549/18 – Комісія проти Румунії (боротьба з відмиванням грошей) доступно за посиланням: https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=228664&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=518892

1031 Для отримання додаткової інформації про законність ринку криптовалют дивіться дослідження Комітету Європейського парламенту ECON: Houben, Snyers, Crypto-assets: Key developments,regulatory issues and responses, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies General Directorate for Внутрішня політика, PE 648.779 – квітень 2020 р., с. 27.

Перелік зобов'язаних осіб відповідно до Закону «Про боротьбу з відмиванням коштів» можна було б розширити та усунути такі прогалини: (1) криптобіржі, які обмінюють криптовалюту на криптовалюту; (2) постачальники фінансових послуг, які активно надають фінансові послуги та беруть участь у фінансових послугах, пов'язаних з пропозицією або продажем криптоактивів емітента; та (3) торгові платформи, принаймні, якщо вони керуються централізовано. Потрібне подальше юридичне визначення щодо того, чи слід включати або виключати емітентів або оференів криптоактивів зі списку зобов'язаних осіб.[1032]

З іншого боку, постачальники послуг некастодіальних гаманців надають лише технічні інструменти для використання іншими користувачами і, як правило, не функціонують як посередники, тому не має особливого сенсу використовувати їх з метою ПВК.

Основними зобов'язаннями щодо ПВК для відповідних організацій є: (1) зобов'язання повідомляти про підозрілі операції – повідомлення про підозрілі операції мають негайно надсилатися до Управління Румунії з запобігання та контролю відмивання грошей (OPCSB); про непідозрілі операції, які еквівалентні за вартістю щонайменше 10 000 євро, необхідно повідомляти в OPCSB; (2) належна перевірка клієнтів та перевірка «знай свого клієнта»; (3) звітність кінцевих бенефіціарних власників – суб'єкти повинні мати необхідну технологічну інфраструктуру для підтримки електронної ідентифікації та верифікації; і (4) зобов›язання щодо обміну інформацією – суб›єкти повинні збирати, зберігати та узагальнювати інформацію всередині організації, щоб дані могли бути своєчасно отримані в разі потреби або коли вони запитуються органами влади. Дивіться також Розділ V для короткого аналізу ПВК та криптобірж і Розділ VIII про кримінальне право.

V. РЕГУЛЮВАННЯ БІРЖ

i. СЕРЕДОВИЩЕ

Румуни мають необмежений доступ до глобальних платформ обміну, а також до установ електронних грошей, які надають фіатний шлюз та управління рахунками для цифрових активів, використовуючи свої права доступу відповідно до законодавства ЄС. Існує кілька внутрішніх бірж, які розвинули місцеву конкурентну перевагу, надавши криптовалютні торгові пари, пов'язані з румунською національною валютою, румунським леєм, а також створивши фізичні пункти обміну та банкома-

1032 Для отримання додаткової інформації про відповідність нормативно-правової бази дивіться дослідження Комітету Європейського парламенту TAX3: Houben, Snyers, Криптовалюти та блокчейн: Правовий контекст і наслідки для фінансових злочинів, відмивання грошей та ухилення від сплати податків, Департамент політики з питань економіки, науки та якості. Генеральне управління внутрішньої політики з питань життєвої політики, PE 619.024 – липень 2018 р., гл. 5.3 на стор. 76

ти для криптобірж по всій Румунії. Ми спостерігаємо інтерес до місцевого ринку рішень для торгових платежів у криптовалютах як збоку місцевих компаній з ЄС, так і з провідних платіжних процесорів на ринку, які виводять мережу користувачів та торговців у Румунії на новий рівень.

Банкомати представляють собою зростаючу альтернативу, оскільки наразі у великих містах Румунії діють понад 80 криптобанкоматів[1033] (найвища їх концентрація виявлена в Бухаресті). Тим не менш, такі банкомати повинні забезпечувати дотримання лімітів на зняття коштів відповідно до положень ПВК, які на практиці виключають їх використання для великих транзакцій, але вони корисні для швидкого доступу до криптовалютних пар, пов'язаних з леєм.

Крипто-спільнота чекала нормативно-правової бази для своєї діяльності, враховуючи, що багато місцевих криптовалютних бірж зіткнулися з операційними труднощами, пов'язаними з їх нездатністю відкрити та підтримувати рахунок у місцевому банку (*див. Розділ XI*).

ii. ПОЛОЖЕННЯ ЩОДО ПВК, ЩО СТОСУЮТЬСЯ КРИПТОБІРЖ

Обмін криптовалют на криптовалюту наразі не входить у сферу дії Закону «Про ПВК», оскільки в даний час основна увага приділяється ризику відмивання фіатних грошей з незаконних джерел шляхом їх конвертування у віртуальну валюту та, зі свого боку, конвертування назад у фіатну валюту. Проте, очікується, що статус обміну криптовалюти на криптовалюту зміниться, враховуючи, що останні рекомендації Міжнародної групи з протидії відмиванню коштів (FATF) включають визначення послуг обміну віртуальних активів між різними формами віртуальних активів.[1034]

Більша частина законної діяльності з криптоактивами – і зокрема з криптовалютами – відбувається на криптобіржах. Споживачі зазвичай купують і тримають криптовалюти як спекулятивну інвестицію, а не використовують їх як платіжний засіб за товари або послуги, запропоновані законним торговцем. Вони також, як правило, мають більший баланс, ніж незаконні користувачі.

Окрім конкретних правил, що стосуються звітування та надання повідомлень про підозрілі операції та відомчої звітності в OPCSB, існує кілька нових правил, спрямованих на криптовалютні біржі та постачальників кастодіальних гаманців, а саме:

a. авторизація та реєстрація криптовалютні бірж здійснюється Міністерством фінансів через комітет, відповідальний за авторизацію валютних бірж;

1033 Див. примітку 2.

1034 Рекомендації FATF, рекомендації щодо застосування ризк-орієнованого підходу до віртуальних активів і постачальників послуг віртуальних активів (червень 2019 р.), FATF, Париж; https://thelawreviews.co.uk/title/the-virtual-currency-regulation-review/www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/Guidance-RBA-virtual-assets.html, пункт 33c, с. 13.

b. новостворене Управління з цифровізації Румунії повинно надати технічний висновок як умову для подальшої авторизації;

c. Закон «Про боротьбу з відмиванням коштів» надає права доступу до криптовалютних бірж, які розташовані на базі ЄС та Європейської економічної зони (ЄЕЗ) через процедуру повідомлення, з двома умовами:
   - Криптовалютні біржі за межами ЄС/ЄЕЗ повинні зареєструвати румунську компанію для надання послуг з обміну криптовалют; і
   - Служби обміну ЄС/ЄЕЗ зобов'язані мати уповноваженого представника, який повинен мати місце реєстрвції в Румунії і який уповноважений укладати контракти від імені іноземної особи та представляти клієнта в державних органах та судах Румунії. Тому, це можна пояснити таким чином, що ці європейські постачальники послуг повинні відповідати критерію реєстрації-авторизації відповідно до законодавства Румунії для перевірки того, чи вони відповідають законодавству країни походження, а також законодавству країни, в якій вони надають свої послуги. Введення законодавчим органом цієї подвійної умови реєстрації та авторизації можна вважати надмірно жорстким, враховуючи, що інші фінансові послуги користуються правом доступу без потреби уповноваженого агента.

d. Закон «Про боротьбу з відмиванням коштів» прямо наголошує, що несанкціонована або незареєстрована діяльність однозначно заборонена, а інтернет-, радіо- та телевізійні оператори повинні обмежувати доступ до сайтів, що надають послуги обміну між собою, та до постачальників послуг неавторизованих та незареєстрованих цифрових гаманців у Румунії або в ЄЕЗ.[1035] На цьому фоні очікується своєрідна цензура щодо послуг торгівлі криптовалютою, які не авторизовані або не зареєстровані владою Румунії. Однак біржі криптовалют та DEX в принципі не повинні постраждати.

e. Термін реєстрації та отримання дозволу становить 12 місяців з дня набрання чинності рішення уряду з докладним викладом процедури отримання дозволу для процедури авторизації-реєстрації, а також умови, які має виконувати уповноважений представник. GEO 111/2020 встановив 90-денний термін для ухвалення цього рішення Уряду; однак на момент підготовки цього документа, рішення ще не було прийнято, що залишає формальну прогалину у його здійсненні. Відповідно до законодавчого принципу, в ринковій економіці дозволено те, що не заборонено, тому наразі криптовалютні біржі, які мають спеціальний дозвіл, можуть вільно працювати, якщо вони відповідають нормам Закону «Про боротьбу з відмиванням коштів» та вимогам звітності. Положення OPCSB 1/2021 передбачає імплементацію по-

1035 Для отримання додаткової інформації див.: https://cointelegraph.com/news/romania-is-on-the-way-to-blockchain-and-crypto-regulation

ложення Закону «Про боротьбу з відмиванням коштів» у формі норми,[1036] яка вимагає реєстрації підозрілої діяльності на онлайн-платформі OPCSB.[1037]

f. Оскільки Закон «Про боротьбу з відмиванням коштів» не містить конкретного положення про територіальність і наразі не розрізняє румунські та нерумунські криптовалютні біржі, не зовсім зрозуміло, чи повинні іноземні біржі (включаючи біржі в ЄС) повідомляти про підозрілі операції, які пов'язані з Румунією. Отже, це як питання юрисдикції, так і питання про те, як можна інтерпретувати маркетингову та рекламну діяльність криптовалютних бірж можна в контексті. Це вимагає аналізу питань юрисдикції відповідно до законодавства Румунії та ЄС у кожному конкретному випадку.

iii. ДОДАТКОВІ ПОТЕНЦІЙНО РЕГУЛЬОВАНІ ВИДИ ДІЯЛЬНОСТІ

З постійно зростаючим інтересом до віртуальних валют і зростанням складності бізнес-моделей криптовалютних сервісів з'являється додатковий рівень складності для класифікації токенів і монет як у сфері фінансових інструментів, так і поза їх сферою. Криптовалютна біржа, яка займається обміном віртуальних активів, які можуть кваліфікуватися як цінні папери відповідно до MiFID II та згідно з місцевим законодавством про переміщення, вимагатиме ліцензії як постачальника послуг цінних паперів відповідно до положень MiFID II та MiFIR, враховуючи, що купівля цінних паперів рівнозначна здійсненню регульованих інвестицій, і це послуги, які можуть надавати лише постачальники регульованих інвестиційних послуг. Наразі немає місцевих криптовалютних бірж, уповноважених на обмін цінними паперами.

iv. КІБЕРБЕЗПЕКА ТА ЗАХИСТ СПОЖИВАЧІВ

Оскільки криптографічний простір зростає в геометричній прогресії, особливу увагу слід приділяти кібербезпеці криптовалютних бірж, а також питанням захисту прав споживачів та конфіденційності. На щастя, на сьогоднішній день, за загальновідомими даними, жодна румунська криптовалютна біржа не зазнала хакерських атак. Тим не менш, учасникам слід підготуватися до гіршого, і навіть якщо конкретні норми щодо відповідності вимогам кібербезпеки криптобіржі не були прийняті, криптовалютні біржі повинні самостійно запровадити суворі стандарти відповідності, особливо захист ключів для кастодіальних гаманців (технічні та управлінські заходи), що заснований на ризик-орієнтованому підході до забезпечення операційної стійкості та заходів щодо запобігання конфлікту інтересів та зловживання ринком з боку інсайдерів.[1038]

1036 Введено в дію наказом OPCSB 47/2021 від 12 березня 2021 року.

1037 https://raportare.onpcsb.ro/

1038 Для отримання додаткової інформації щодо проблем кібербезпеки дивіться дослідження Комітету Європейського парламенту з питань кібербезпеки: Houben, Snyers, Crypto-assets: Key developments,regulatory attributes and responses, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies-General for Internal Policies, PE 648.779 – квітень 2020 р., с. 60–64.

v. КРИПТОВАЛЮТНІ БІРЖІ ТА НЕВЗАЄМОЗАМІННІ ТОКЕНИ

Інший момент юридичної інтерпретації відноситься до торгових платформ та онлайн ринків для невзаємозмінних токенів (NFT), таких як Opensea.io; це також відносеться до централізованих постачальників інструментів кредитування DeFi, де токени NFT використовуються у якості застави. З огляду на визначення віртуального активу, NFT є особливою формою токена. Хоча на практиці віртуальні валюти здебільшого мають взаємозамінний характер (який із юридичної точки зору може бути дещо іншим), NFT не є взаємозамінними. Крім цієї відмінності, NFT мають ті ж характеристики, що й віртуальні активи, і класифікуються як такі, тому, якщо торгова платформа пропонує NFT для обміну на фіатну валюту (через продаж або кредитування під заставу NFT), положення для обміну криптовалют на фіатні валюти в принципі будуть діяти.

«Коли торгова платформа сприяє обміну та/або передачі віртуальних активів або іншій фінансовій діяльності, що включає віртуальні активи, у тому числі шляхом купівлі віртуальних активів у продавця (коли операції або заявки та пропозиції збігаються на торговій платформі) та продаж їх покупцю, то така торгова платформа кваліфікується як постачальник послуг віртуальних активів, що здійснює обмінну та/або переказну діяльність від імені своїх клієнтів».[1039]

На відміну від цього, децентралізовані та однорангові ринки, а також біржі та ринки обміну NFT на криптовалюту наразі не регулюються Законом «Про боротьбу з відмиванням коштів».

VI. РЕГУЛЮВАННЯ МАЙНЕРІВ

У Румунії майнери віртуальної валюти не підпадають під дію жодних особливих нормативних або ліцензійних вимог, хоча загальні положення ведення бізнесу застосовуватимуться до майнерів віртуальної валюти для їхньої діяльності. Майнинг, як правило, не вважається незаконним у Румунії, якщо майнери отримують законний доступ до електромережі. Будь-яка фізична або юридична особа, яка отримує дохід від майнингу, наприклад, від продажу або оренди майнингових установок або послуг з майнингу, може підпадати під дію румунського податкового законодавства і може бути зобов'язана сплачувати податок на прибуток фізичних або юридичних осіб.

1039 Рекомендації FATF, «Рекомендації щодо ризик-орієнтованого підходу до віртуальних активів і постачальників послуг віртуальних активів», (червень 2019 р.), FATF, Париж; https://thelawreviews.co.uk/title/the-virtual-currency-regulation-review/ www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/Guidance-RBA-virtual-assets.html. Детальний аналіз політики щодо торгових платформ див. Ibid. виноска 1025.

VII. РЕГУЛЮВАННЯ ЕМІТЕНТІВ ТА СПОНСОРІВ

У Румунії немає спеціальних законів щодо емітентів або спонсорів криптовалют. На емітентів поширюватимуться існуючі норми і положення щодо цінних паперів. Емітент повинен надати Управлінню фінансового нагляду проспект емісії перед пропозицією криптовалюти, якщо пропозиція не звільняється відповідно до Регламенту ЄС «Про проспекти емісії», але лише якщо криптовалюта розглядається як цінні папери.

i. ЕМІТЕНТИ ІНВЕСТИЦІЙНИХ ТОКЕНІВ

ЄС має тенденцію класифікувати пропозиції інвестиційних токенів як цінні папери, і положення, що застосовуються до цінних паперів, зазвичай застосовуються до пропозицій інвестиційних токенів (STO) на додаток до положень, які стосуються випуску токенів або інших криптоактивів. Цифрове представлення активу на блокчейні можна створити легко та швидко. Таким чином, актив представлений в цифровому вигляді певною кількістю токенів, які існують в рамках одного блокчейну, такого як Solana або Ethereum, або кількох блокчейнів. Щоб створити ці цифрові токени, розробник блокчейну може створити смартконтракт, який керує бажаною кількістю токенів на кожному блокчейні. Власники токенів повинні мати можливість забезпечити дотримання прав, пов'язаних із їхнім інвестиційним токеном у реальному світі. З цією метою Європейська комісія ухвалила кілька законодавчих пропозицій як частину своєї стратегії цифрових фінансів: MiCA, пілотний режим ринкової інфраструктури DLT, регулювання у галузі цифрової операційної стійкості та Директива про внесення змін до чинного законодавства про фінансові послуги.

Важливо відзначити, що Європейська комісія делегувала кожному місцевому органу відповідальність за те, як регулювати токени. Відповідно до запропонованого нового законодавства, інвестиційні токени, випущені з використанням DLT, підпадають під сферу дії MiFID II, і, як наслідок, до них застосовуватимуться й інші положення фінансового ринку. Конкретні закони застосовуватимуться залежно від країни кожного емітента та країн, де емітент має намір запропонувати токенізований контракт. Існує кілька типів інвестиційних токенів, таких як: токенізація акціонерної корпорації, токенізовані субординовані позики і токенізація активів нерухомості та дорогоцінних металів. Ми очікуємо, що STO будуть і надалі зростати, і стане важливо створити узгоджену нормативну базу, особливо у випадку STO, торгівля якими ведеться у всьому світі, хоча й з недостатньою нормативною визначеністю.

ii. ЕМІТЕНТИ NFT

Хоча ЄС розширив нормативно-правову базу щодо боротьби з відмиванням коштів, включивши в неї «біржі віртуальної валюти» та «постачальників кастодіальних гаманців» з введенням в дію П'ятої Директиви ЄС «Про боротьбу з відмиванням грошей» у 2018 році,[1040] він не зміг розробити нормативні акти, спеціальні для NFT, швидше за все тому, що NFT добре відомі серед криптоентузіастів, не були широко поширені до недавнього часу.[1041]

Відповідно до розділу II запропонованого MiCa, NFT, швидше за все, потраплять до загальної категорії «інші криптоактиви». Примітно, що запропонований MiCA звільняє емітентів «криптоактивів [які] є унікальними і не взаємодіють з іншими криптоактивами» від вимоги опублікувати офіційний документ для публічних пропозицій, тому ми можемо обґрунтовано очікувати, що цей виняток, ймовірно, буде поширюватися на NFT. Однак важливо зазначити, що MiCA включає ліцензійні та операційні вимоги для постачальників послуг криптоактивів (CASP). Тому компанії, які надають послуги, пов'язані з NFT, швидше за все, підпадають під загальне визначення криптоактивів, запропоноване MiCA, і, як такі, повинні відповідати вимогам постачальників послуг криптоактивів.

Визначення послуги криптоактивів дідповідно до MiCA є широким і включає: зберігання та управління криптоактивів від імені третіх сторін; функціонування торгової платформи для криптоактивів; обмін криптоактивів на фіатну валюту, яка є законним платіжним засобом, або на інші криптоактиви; виконання замовлень з криптоактивами від імені третіх осіб; розміщення криптоактивів; отримання і передача замовлень з криптоактивами від імені третіх осіб; надання консультацій щодо придбання або продажу одного або кількох криптоактивів; або використання послуг з криптоактивами.[1042] У своєму нещодавньому проєкті керівних настанов, опублікованому в березні 2021 року, FATF замінила попереднє посилання «взаємозамінні активи» на «конвертовані та взаємозамінні активи», визначаючи сферу дії віртуальних активів, які, на думку FATF, вимагають регулювання, що підвищує ймовірність того, що NFT можуть бути включені в це визначення.

1040 Директива (ЄС) 2018/843 Європейського Парламенту та Ради від 30 травня 2018 року щодо запобігання використанню фінансової системи з метою відмивання коштів або фінансування тероризму.

1041 Помітним винятком є гра «Cryptokitties».

1042 Див. MiCA Recital (8).

VIII. КРИМІНАЛЬНЕ ТА ЦИВІЛЬНЕ ШАХРАЙСТВО І ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

Використання та переказ віртуальних валют у Румунії повністю законні. Кримінальний кодекс Румунії (ККР) захищає власників криптовалют від крадіжок, розтрат та шахрайства так само, як і власників будь-якого рухомого майна або інших жертв злочинного зловживання довірою. Хоча ККР передбачає загальні положення щодо шахрайства, скоєного з допомогою комп'ютерних систем та електронних платіжних засобів, останнім часом у румунському юридичному світі є тенденцією дискусії щодо характеру віртуальних валют як рухомого майна.

i. ДИРЕКТИВА «ПРО БЕЗГОТІВКОВІ ПЛАТЕЖІ» ТА ККР

Незважаючи на вищезазначене, до введення в дію Директиви ЄС «Про безготівкові платежі»,[1043] крадіжка віртуальних валют з допомогою електронних засобів спеціально не підлягала конкретним кримінальним покаранням. Директива «Про безготівкові платежі» буде реалізована шляхом внесення змін до ККР.[1044] Мета цих змін є криміналізація дій та шахрайства, пов'язаних із безготівковими платіжними інструментами, до яких тепер прямо включені віртуальні валюти. Варто зазначити, що ККР сам по собі не передбачав покарання за конкретні дії, пов'язані з шахрайськими переказами віртуальної валюти, оскільки стаття 250 ККР включала лише інструменти, пов'язані з електронними грошима. Нижче наведено найважливіші положення, пов'язані з віртуальними валютами, які, як очікується, будуть введені в дію у 2021 році:

a. положення про (навмисне) шахрайське використання нематеріальних безготівкових платіжних інструментів, таких як: (1) підробка або фальсифікація нематеріальних безготівкових платіжних інструментів; (2) володіння незаконно отриманим, підробленим або фальсифікованим нематеріальним безготівковим платіжним інструментом для використання з метою шахрайства, принаймні, якщо незаконне походження було відоме на момент володіння інструментом; і (3) придбання для себе або для інших, включаючи продаж, передачу чи розповсюдження або надання у розпорядження незаконно отриманого, підробленого або фальсифікованого нематеріального безготівкового платіжного інструменту для використання з метою шахрайства;[1045]

1043 Директива (ЄС) 2019/713 Європейського Парламенту та Ради від 17 квітня 2019 року про боротьбу з шахрайством та підробкою безготівкових платіжних засобів та заміна Рамкового рішення Ради 2001/413/JHA.

1044 На момент написання цього документу Законопроєкт PL-x № 162/2021 був прийнятий парламентом і очікує остаточного затвердження (оприлюднення) Президентом Румунії.

1045 Статті 250, 250 (1) та 251 ККР.

b. виробництво, придбання для себе або для іншої особи, включаючи імпорт, експорт, продаж, транспортування чи розповсюдження, або надання у розпорядження пристрою або інструменту, комп'ютерних даних чи будь-яких інших засобів, розроблених або налаштованих для фальсифікації безготівкових платіжних інструментів, карається позбавленням волі на строк від двох до семи років;[1046]

c. прийняття переказу віртуальної валюти, якщо відомо, що цей переказ здійснюється з допомогою фальсифікованого безготівкового інструменту або використовується без згоди власника, карається позбавленням волі на строк від одного до п›яти років;[1047]

d. Прокуратура при Вищому касаційному суді має бути призначена як оперативний національний контактний пункт, доступний цілодобово, сім днів на тиждень, в разі надходження термінових запитів про надання допомоги.

ii. ІНШЕ СПЕЦІАЛЬНЕ ЗАКОНОДАВСТВО З КРИМІНАЛЬНИМИ ПОКАРАННЯМИ: ЗАКОН «ПРО ЦІННІ ПАПЕРИ», ЗАКОН «ПРО ПРОТИДІЮ ВІДМИВАННЮ КОШТІВ»

В принципі, будь-який незареєстрований продаж цінних паперів порушує Закон «Про цінні папери» (на який значною мірою впливають MiFID II та PR). Таким чином, ICO або STO, які не дотримуються правил фінансового ринку, підлягатимуть чималим штрафам і кримінальним покаранням як для фізичних осіб, які очолюють емісію, так і для організацій, які здійснюють незаконне фінансування з допомогою віртуальних валют. Також застосовуються конкретні покарання та положення щодо маніпулювання ринком або розповсюдження шахрайської інформації з допомогою неточних або неправдивих заяв в офіційних документах.

Закон «Про протидію відмиванню коштів» передбачає безліч покарань – від адміністративних штрафів до позбавлення волі та кримінальних штрафів. Зокрема, за неповідомлення про підозрілі операції може бути накладений штраф у розмірі до 10% річного обороту, конфіскація та інші додаткові заходи, такі як відкликання ліцензій. Передача майна, знаючи, що це майно отримано від злочинної діяльності, з метою приховування або маскування незаконного походження цього майна або допомоги будь-якій особі, яка була залучена до злочинної діяльності, щоб уникнути правових наслідків своїх дій, або придбання, володіння або використання майна, якщо відомо, що це майно отримано внаслідок злочинної діяльності, карається позбавленням волі на строк від трьох до десяти років. Замах на злочинну діяльність також карається відповідно до статті 49 Закону «Про протидію відмиванню коштів».

1046 Стаття 314 ККР.

1047 Стаття 251 ККР.

Зокрема, кримінальне покарання за відмивання коштів має екстериторіальний характер за національною ознакою, оскільки покарання застосовуються до будь-якого румунського громадянина або компанії, навіть якщо злочин було скоєний за межами Румунії або ЄС, і навіть якщо в третій країні йдеться про передбачувану діяльність відмивання коштів, вона не визнається злочином проти законодавства третьої країни.

Щодо екстрадиції на підставі передбачуваної діяльності з відмивання коштів, пов'язаної з використанням віртуальних валют, нещодавній випадок пов'язаний з головним виконавчим директором (генеральним директором) румунської криптовалютної біржі, громадянином Румунії, який був екстрадований до Сполучених Штатів за допомогу та підбурювання до кібершахрайства, в наслідок якого були ошукані різні громадяни США. Колишнього генерального директора та компанію звинуватили у відмиванні коштів, і наразі їм пред›явлені звинувачення за Законом «Про організації, що впливають на рекет і корупцію», у судах штату Кентуккі.[1048]

iii. ЗАХОДИ ЩОДО ДОТРИМАННЯ ЗАКОНОДАВСТВА З БОКУ ВЛАДИ РУМУНІЇ

Як і спецпідрозділи поліції Румунії, які займаються шахрайством з використанням інформаційних систем, так і прокуратура добре обізнані про типи злочинів, у яких віртуальні валюти використовуються для програм-вимагачів, шахрайства або відмивання коштів. В останні роки, обмін інформацією між Управлінням з розслідування організованої злочинності та тероризму Румунії (DIICOT), Європолом, Інтерполом і Федеральним бюро розслідувань та Міністерством юстиції США отримав високу оцінку від цих відомств. У одній з недавніх справ DIICOT, коли кошти були вкрадені з сьомої за величиною криптовалютної біржі (що знаходиться на Кайманових островах), DIICOT діяло оперативно, заарештувавши підозрюваного приблизно через місяць.[1049]

Влада Румунії може конфіскувати віртуальні валюти, які були незаконно отримані в ході кримінальних правопорушень, так само, як вони можуть конфіскувати інші незаконно отримані активи. Раніше Національне агентство з управління арештованими активами проводило аукціони щодо вилучених у кримінальних справах Bitcoin та Ethereum. Ці аукціони проводяться в режимі онлайн, і будь-хто може зареєструватися як учасник торгів.

1048 Для отримання додаткової інформації див.: https://cointelegraph.com/news/15-people-plead-guilty-in-bitcoin-powered-fake-auctions-case

1049 Для отримання додаткової інформації див.: https://www.coindesk.com/romanian-barber-arrested-for-allegedly-stealing-620k-in-crypto; https://www.diicot.ro/mass-media/3042-comunicat-de-presa-05-03-2021.

IX. ОПОДАТКУВАННЯ

У Румунії операції з віртуальними валютами вперше були врегульовані в 2019 році на підставі Закону 30/2019,[1050] який ввів у Податковий кодекс Румунії положення щодо оподаткування доходів, отриманих від операцій із криптовалютою.

i. ПОДАТКОВИЙ РЕЖИМ ДЛЯ ІНДИВІДУАЛЬНИХ ІНВЕСТОРІВ

Доходи від переказу віртуальної валюти належать до категорії доходів від «альтернативних джерел» і підпадають під спеціальний режим оподаткування, що передбачений для цієї категорії. Відповідно до статті 116(1) Закону 227/2015 Податкового кодексу, будь-яка особа, яка отримує прибуток від операцій із віртуальними валютами, зобов'язана визначати податок на прибуток, а також будь-які відповідні внески та повідомляти про весь отриманий прибуток. Прибуток, отриманий від операцій із віртуальною валютою, представлений простою різницею між ціною продажу та ціною покупки, включаючи прямі витрати, пов'язані з операцією. Приріст капіталу в криптовалюті для індивідуальних інвесторів оподатковується за фіксованою ставкою 10 відсотків у Румунії. Прибуток нижче за суму 200 леїв (приблизно 40 євро) за операцію звільняється від оподаткування за умови, що загальний прибуток не перевищує суму 600 леїв (приблизно 120 євро) за фінансовий рік. У випадку, якщо загальний прибуток, отриманий з альтернативних джерел, становить суму, еквівалентну 12 мінімальним заробітним платам (приблизно 5500 євро), платник податків також повинен буде сплатити внесок на соціальне страхування у розмірі приблизно 500 євро. Сплата податку на приріст капіталу в криптовалюті здійснюється приблизно в березні за кожний оподатковуваний рік. Слід зазначити, що конвертація з криптовалюти в стейблкоїн без переказу з біржової платформи на банківський рахунок не дає реальної відчутної вигоди для бенефіціара (як правило, кошти можуть бути використані лише для придбання одиниць криптовалюти, якщо вони знаходяться в управлінні платформи). Отже, сама собою конвертація, здійснена на платформі, не є випадком, коли вона повинна оподатковуватися. Оподаткування відбувається лише тоді, коли кошти перераховуються з платформи на банківські рахунки бенефіціара.

ii. ОПОДАТКУВАННЯ КОРПОРАЦІЙ

Прибуток корпорацій від приросту капіталу, отриманий румунськими компаніями, оподатковується, як і будь-який інший корпоративний прибуток. Що стосується малого бізнесу або мікропідприємства, то прибуток оподатковується за єдиною ставкою 3% або 1% для компаній, які мають принаймні одного працівника, разом із

1050 Закон № 30/2019 від 10 січня 2019 року «Про затвердження Надзвичайного розпорядження Уряду» № 25/2018 щодо зміни та доповнення деяких нормативних актів та затвердження бюджетних заходів, виданий Парламентом Румунії та опублікований в Офіційному віснику № 44 від 17 січня 2019 року.

податком на дивіденди у розмірі 5% та будь-якими відповідними соціальними внесками. Компанія повинна дуже ретельно вести точний і належний облік усіх оподатковуваних операцій із криптовалютою (отримання платежів у криптовалютах, обмін тощо). У минулому проводилися податкові перевірки, що були спрямовані на операції з криптовалютою, а залучені сторони мали брати участь у судових розглядах з проханням підтвердити або спростувати податкові зобов'язання, що накладаються фіскальними органами. Слід очікувати, що в недалекому майбутньому подібні перевірки проводитимуться частіше.

iii. РЕЖИМ ПОДАТКУ НА ДОДАНУ ВАРТІСТЬ

Відповідно до Закону Румунії, не існує податків на додану вартість, які застосовуються до будь-якого переказу криптовалют. Справді, обмін віртуальної валюти на звичайну валюту вважається послугою відповідно до статті 271 (1) Податкового кодексу. Ці послуги звільняються від податку на додану вартість відповідно до статей 268(9)(c) та 292(2)(a)-4 Податкового кодексу. Ця політика враховує рішення, винесене Судом Європейського Союзу у справі шведа Гедквіста,[1051] яке стосується Румунії як держави-члена Європейського Союзу.

X. ІНШІ ПИТАННЯ

i. ДОСТУП ДО БАНКІВСЬКИХ ПОСЛУГ ДЛЯ КРИПТОВАЛЮТНИХ БІРЖ

Важливий момент стосується перешкод під час проведення операції, з якими стикаються криптовалютні біржі під час відкриття банківського рахунку. Банківські рахунки, що використовують криптовалюту, вважалися святим Граалем для бізнесу в просторі блокчейн, і особливо для криптовалютних бірж.[1052] Це стає «грою престолів» між різними органами влади в Румунії, оскільки криптовалютні біржі скаржаться на відсутність прозорості та дискримінаційне ставлення з боку місцевих банків. Криптовалютна біржа, яка відповідає Закону «Про протидію відмиванню коштів», повинна мати можливість пропонувати свої послуги та встановлювати місце проживання в Румунії при повному функціонуванні (оплата послуг операторів, зарплата та перекази між банківськими рахунками). На практиці цього немає. Хоча НБР не має компетенції з моніторингу криптовалютних бірж, він нещодавно опублікував попереджувальну заяву про спекулятивний та ризикований характер віртуальних валют.[1053]

1051 CJEU, 22 жовтня 2015 р., C-264/14, Гедквіст.

1052 Для отримання додаткової інформації див.: https://cointelegraph.com/news/romania-is-on-the-way-to-blockchain-and-crypto-regulation.

1053 Прес-реліз НБР від 16 квітня 2021 року щодо його позиції про віртуальні валюти, доступний за посиланням: https://www.bnr.ro/page.aspx?prid=19236

Проте НБР також заявив, що «були розроблені принципи управління ризиком незаконного використання віртуальних валют» і, що віртуальні валюти та їх використання «мають було створено» і що віртуальні валюти та їх використання «наразі не становлять загрози фінансовій стабільності в Румунії». На цьому фоні, НБР наголошує, що положення НБР не забороняють кредитним установам пропонувати свої послуги на криптовалютних біржах. Хоча це вірно, що банки мають право вибирати своїх клієнтів, комерційна компанія з будь-якого сектора економіки (включаючи криптовалютні біржі) не може функціонувати без банківського рахунку з очевидних причин. Підводячи підсумок, банки необґрунтовано блокують законні операції румунських бірж і криптовалютних компаній, оскільки вони не розуміють бізнес-модель і прикриваються недовірою регуляторних органів до децентралізації та модернізації фінансів. Як наслідок, інституційні інвестори не мають можливості скористатися «вікном можливостей» для Румунії для інвестування у цифровізацію фінансів, оскільки фінтех є зростаючим сектором у регіоні Центральної та Східної Європи. З нетерпінням чекали прийняття Закону «Про протидію відмиванню коштів», оскільки очікувалося, що він надасть більше ясності та визначить зобов'язання для криптовалютних бірж, що, Зі свого боку, дасть банкам юридичне визнання цього сектору, що створюється. Насправді мало що змінилося.[1054] З точки зору макроекономіки, нагальна проблема криптовалютних компаній Румунії полягає в тому, що вони можуть програти в конкуренції іншим криптовалютним компаніям ЄС, яким допомагають їхні положення, вони добре фінансуються національними інституційними інвесторами, підтримуються банками, і в силу своїх прав, діяльність у Румунії на основі прав та свобод послуг у межах ЄС не може бути заблокована владою Румунії. Це призводить до недобросовісної конкуренції, яку слід усунути до набуття чинності Регламенту ЄС «Про ринки криптоактивів», оскільки темпи зростання криптоекосистеми значно перевищують швидкість процесу регулювання.

ii. ОПЕРАЦІЙНІ ПИТАННЯ, ПОВ'ЯЗАНІ З КЛАСИФІКАЦІЄЮ КРИПТОАКТИВІВ

Торгові компанії, які приймають криптовалютні платежі, скаржилися на відсутність чіткості класифікації віртуальних валют для цілей бухгалтерського обліку. Те ж саме стосується бірж і майнерів. Є також торгові компанії, які бажають інвестувати у віртуальні активи. Дипломовані бухгалтери відносять криптовалюти до нематеріальних активів або як товарів чи запасів.[1055] Більше того, оцінка віртуальних активів та їх відображення у балансі компанії ускладнюється, оскільки в законодавстві Румунії немає певної методології або керівних настанов.

1054 Подібні ситуації також є у Франції; див. Огляд регулювання віртуальної валюти (3-тє видання), главу Франції Юбера де Воплана та Віктора Шарпіа «Доступ до банківських послуг».

1055 Додаткову інформацію про принципи бухгалтерського обліку в Румунії щодо віртуальних валют див.: https://www.accountinghub.ro/cum-inregistram-in-contabilitate-tranzactiile-cu-criptomonede/

Відсутність ясності порушує практичні питання, пов'язані з податковими зобов'язаннями та корпоративними питаннями (наприклад, виплата дивідендів, ліквідація та неплатоспроможність, а також погашення зобов'язань шляхом прийняття або здійснення платежів віртуальними валютами). Ми очікуємо, що виникнуть практичні проблеми щодо майна та заповітів, пов'язаних з криптовалютами. Незважаючи на відсутність ясності, практичні рішення та інноваційні підходи були знайдені та прищеплені до принципів внутрішнього правового режиму Румунії, щоб впоратися зі збільшенням використання віртуальних валют у ділових операціях.

XI. ПЛАНИ НА МАЙБУТНЄ

Ми (оптимістично) очікуємо, що перешкоди для відкриття банківського рахунку або рахунку електронних грошей будуть усунені протягом наступного року. Ми очікуємо, що процес видачі дозволів криптовалютним біржам та депозитарним банкам буде спрощено за рішенням уряду відповідно до вимог Закону «Про протидію відмиванню коштів». Що стосується податкових та корпоративних питань, очікується, що податкові органи нададуть керівні настанови щодо класифікації віртуальних валют. Таким же чином, з точки зору бізнесу, ми очікуємо, що в ЄС буде більша кількість бірж, платіжних установ та установ, які надають послуги, пов'язані з віртуальними валютами, використовуючи свої права доступу. Цілком імовірно, що ми побачимо, що торгові платежі здійснюються з допомогою криптовалют, а також тенденцію до зростання надання послуг DeFi. Ми також спостерігаємо підвищений інтерес до токенізації активів та фінансування в Румунії, особливо з боку забудовників нерухомості. Хоча децентралізовані автономні організації (ДАО) наразі не захищені, нещодавно ми помітили зацікавленість у створенні кооперативних організацій, щоб діяти як функціональні ДАО відповідно до Цивільного права Румунії.

Наразі розробляються технічні рішення NFT та місцеві ринки. І останнє, але не менш важливе, ми очікуємо побачити зростаючу зацікавленість з боку інвесторів венчурного капіталу, інкубаторів та акселераторів до DLT та крипто-стартапів, які планують розширити на міжнародному рівні, оскільки програма ЄС щодо інновацій почала більше зосереджуватися на віртуальних валютах та їх економічному використанні.

24 вересня 2020 року Європейська комісія прийняла пакет цифрових фінансів, який включає MiCA, законодавчу пропозицію щодо регулювання ринків криптоактивів, згадану вище (*див. Розділ III.i*). MiCA включає положення, які будуть застосовуватися до NFT у певних випадках, і вперше в ЄС визначає криптоактив як «циф-

рове представлення вартості або прав, які можуть передаватися та зберігатися в електронному вигляді з допомогою технології розподіленої мережі або аналогічної технології». Європейська комісія офіційно не назвала конкретних термінів впровадження MiCA, але очікує, що вони будуть прийняті протягом наступних чотирьох років.[1056] Як постанова ЄС, вона буде застосовуватися безпосередньо у всіх державах-членах ЄС і не вимагатиме імплементації в національне законодавство. Запропонований MiCA застосовується до (1) публічного розміщення криптоактивів, (2) переліку платформ для торгівлі криптоактивами, (3) ліцензування CASP та (4) впровадження положень для використання ринком криптоактивів. MiCA зазвичай посилається на три основні категорії токенів (токени, пов'язані з активами, токени електронних грошей та інші криптоактиви), з різними вимогами до кожної з них щодо ліцензування та операцій емітентів.

1056 Повідомлення Комісії до Європейського парламенту, Ради, Європейського економічного та соціального комітету та Комітету регіонів щодо стратегії цифрових фінансів для ЄС, 24 вересня 2020 р., COM(2020) 591 остаточний.

СІНГАПУР

I. ОЗНАЙОМЛЕННЯ З НОРМАТИВНО-ПРАВОВОЮ БАЗОЮ

Хоча, з юридичної точки зору Сінгапуру, на ринку доступна величезна кількість цифрових токенів, важливо виходити за рамки ярликів і натомість розглянути структуру та характеристики кожного цифрового токена, оскільки до них можуть застосовуватися різні нормативні підходи, залежно від того, чи структура та характеристики підпадають під визначення регульованого продукту. Відповідно, в кожному окремому випадку буде необхідний фактичний аналіз кожного цифрового токена, щоб з'ясувати, як кожен цифровий токен буде класифікуватися з правової точки зору.

У цьому розділі ми розглянемо чотири поширені типи цифрових токенів, які зараз існують на ринку, а саме: 1) інвестиційні токени, 2) платіжні токени, 3) токени, які забезпечені активами та 4) службові (утилітарні) токени. Слід зазначити, що ці терміни не є конкретно визначеними юридичними термінами; скоріше, вони використовуються лише для зручності обговорення.

i. ІНВЕСТИЦІЙНІ ТОКЕНИ

Ми використовуємо термін «інвестиційні токени», як правило, для позначення цифрових токенів, які становлять будь-який продукт ринків капіталу (CMP) відповідно до Закону про цінні папери та ф'ючерси (SFA),[1057] до якого можуть входити цінні папери, акції, боргові зобов'язання, трастові паї, паї в схемах колективного інвестування та деривативні контракти.[1058]

1057 Securities and Futures Act (SFA), Chapter 289 of Singapore

1058 See Section 2 of the SFA read with Paragraph 1 of the Schedule to the Securities and Futures (Capital Markets Products) Regulations 2018.

26 травня 2020 року монетарний орган Сінгапуру (MAS) випустив переглянутий посібник під назвою «Посібник з розміщення цифрових токенів» (The DT Guide)[1059]. MAS уточнив[1060], що розміщення або емісія цифрових токенів може регулюватися, якщо цифровий токен буде частиною CMP відповідно до SFA, який є основним законом, що регулює розміщення та торгівлю CMP в Сінгапурі.

Щоб визначити, чи буде цифровий токен регулюватися згідно з SFA і таким чином ініціювати відповідні вимоги згідно з SFA, MAS розглядатиме структуру та характеристики цифрового токена, а також права, пов'язані з цим токеном.[1061]

The DT Guide надає список невичерпних прикладів, коли цифрові токени можуть являти собою CMP. Наведені приклади включають акції, де акції представляють або надають частку власності в корпорації, представляють зобов'язання власника токена в корпорації та представляють взаємні угоди власника токена з іншими власниками токенів в корпорації. Інший приклад включає боргові розписки, коли вони вказують на заборгованість емітента цифрових токенів щодо будь-якої кількості грошей, які надані або можуть бути позичені емітенту власниками токенів.[1062]

Відповідні вимоги більш детально розглядаються в Розділі II.

ii. ПЛАТІЖНІ ТОКЕНИ

Ми використовуємо термін «платіжні токени», як правило, для позначення цифрових токенів, які становлять собою або цифрові платіжні токени (DPT) або електронні гроші відповідно до Закону про платіжні послуги (PSA)[1063], який набрав чинності 28 січня 2020 року.

PSA має на меті (1) упорядкувати платіжні послуги в рамках єдиного законодавчого акту, об'єднавши попередній Закон про ведення ділової діяльності з обміну та переказу грошей[1064] та Закон про платіжні системи (та нагляд за ними)[1065], (2) розширити сферу регульованої діяльності, аби врахувати зміни в платіжних послугах (включаючи послуги, пов'язані з DPT та електронними грошима) та (3) відкалібрувати правила відповідно до ризиків, які несуть такі види діяльності, шляхом прийняття модульного режиму регулювання.[1066]

1059 This can be accessed at: https://bit.ly/3tkjKDP.

1060 See Paragraph 2.1 of the DT Guide.

1061 See Paragraph 2.2 of the DT Guide.

1062 See Paragraph 2.3.1 and 2.3.2 of the DT Guide.

1063 Payment Services Act 2019 (No. 2 of 2019) of Singapore.

1064 Money-Changing and Remittance Businesses Act, Chapter 187 of Singapore, now repealed.

1065 Payment Systems (Oversight) Act, Chapter 222A of Singapore, now repealed.

1066 See Paragraph 1.2 of MAS, 'Consultation paper on Proposed Payment Services Bill' (the PSA Consultation Paper) (21 November 2017), https://bit.ly/33ujYgB

Згідно з PSA, регульовані види діяльності, які потребують отримання ліцензії постачальника платіжних послуг, включають послуги з оформлення рахунків, послуги з внутрішніх та транскордонних переказів, послуги з купівлі-продажу, послуги з DPT та емісію електронних грошей.

Цифровий токен може бути DPT, якщо, як визначено у розділі 2 PSA, він є цифровим представленням вартості (крім тих, які слід виключити відповідно до MAS), що:

a. виражений в якості якоїсь одиниці;
b. не номінований в жодній валюті та не прив'язаний його емітентом до жодної валюти;
c. є або має бути засобом обміну, який приймається громадськістю або частиною громадськості для оплати товарів або послуг або для погашення боргу;
d. його можна передавати, зберігати або торгувати в електронному вигляді; та
e. задовільняє іншим характеристикам, які може визначити MAS.

Деякі приклади DPT вказані у DT Guide і включають Bitcoin та Ether.

Наразі, згідно з PSA, надання послуг з DPT включає послуги з купівлі-продажу DPT або послуги зі сприяння обміну DPT шляхом створення або функціонування біржі з DPT. Будь-яка особа, яка надає будь-які з цих вищезазначених послуг, повинна пройти ліцензування відповідно до PSA.[1067]

Деякі платіжні токени можуть, в якості альтернативи, являти собою електронні гроші, що визначено в Розділі 2 PSA, які є будь-якою грошовою вартістю, що збережена в електронному вигляді, яка:

a. номінована у будь-якій валюті або прив'язана емітентом до будь-якої валюти;
b. була сплачена наперед для здійснення платіжних операцій із допомогою платіжного рахунку;
c. приймається іншою особою, ніж її емітент; та
d. представляє вимогу до емітента, але не включає будь-який внесок, прийнятий у Сінгапурі, від будь-якої особи в Сінгапурі.

Емітент електронних грошей також повинен пройти ліцензування відповідно до PSA.

Слід зазначити, що гроші, які визначені відповідно до PSA, включають електронні гроші, але виключають будь-який DPT та будь-яке виключене цифрове представлення вартості.

DPT та електронні гроші обговорюються далі в Розділі III.

1067 See Part 1 of the First Schedule to the PSA.

iii. ТОКЕНИ, ЗАБЕЗПЕЧЕНІ АКТИВАМИ

Переваги технології блокчейн полягають у тому, що вона дозволяє токенізувати більшість (якщо не всі) активів, права власності на такі активи можуть бути у володінні кількох сторін, а цифрові токени можна відносно легко торгувати в будь-якій частині світу. Однак необхідно уважно розглядати кожний конкретний актив, який токенізується, оскільки це може призвести до багатьох правових проблем.

Нерухомість є прикладом активу, який можна токенізувати. Якщо токенізована нерухомість утримується через компанію спеціального призначення, а токен представляє акції в цій компанії, токен може вважатися інвестиційним токеном. Крім того, якщо емітент збирає фіатну валюту від власників токенів і об'єднує внески для придбання нерухомого майна (за управлінням якого власники токенів не мають повсякденного контролю), а нерухомість керується менеджером або від його імені, з передбачуваною метою, щоб дозволити власникам токенів брати участь і отримувати прибуток або дохід від цього нерухомого майна, така угода може вважатися схемою колективного інвестування.[1068] Тоді це спричинить відповідні вимоги щодо розміщення згідно з SFA. Більш детально це обговорюється в Розділі II.

Товари (наприклад, дорогоцінні метали) є ще одним прикладом активів, які часто токенізуються. Торгівля токенами, які забезпечені активами, де основним активом є дорогоцінний метал, потенційно може призвести до необхідності виконання відповідних вимог Закону про торгівлю товарами (CTA).[1069]

iv. СЛУЖБОВІ (УТИЛІТАРНІ) ТОКЕНИ

Ми використовуємо терміни «службові токени», як правило, для позначення цифрових токенів, які не підпадають під визначення інвестиційних токенів, платіжних токенів або будь-яких інших регульованих категорій.

З точки зору регулювання, важливо, щоб учасники ринку гарантували, що службові токени, які пропонуються в рамках первинного розміщення монет (ICO), не є CMP на основі своєї структури та характеристик, оскільки вони тоді будуть характеризуватися як інвестиційні токени, іншими словами, розміщення та операції з таким токеном викличуть відповідні вимоги згідно з SFA, як зазначено в Розділі I.i та більш детально висвітлено у Розділі II.

1068 See Section 2 of the SFA.

1069 Commodity Trading Act, Chapter 48A of Singapore.

II. ЗАКОНИ ПРО ЦІННІ ПАПЕРИ ТА ІНВЕСТИЦІЇ

i. ЗАКОН ПРО ЦІННІ ПАПЕРИ ТА Ф'ЮЧЕРСИ (SFA)

Розміщення інвестиційних токенів, а також токенів, забезпечених активами, з відповідними характеристиками (такими, що будуть вважатися CMPs) підпадають під режим регулювання, передбачений частиною XIII Закону про цінні папери та ф›ючерси (SFA).

Розміщення може бути зроблене тільки в тому випадку, якщо воно відповідає відповідним вимогам Частини XIII SFA, наприклад, має бути здійснене через оформлення проспекту емісії або супроводжуватися проспектом, підготовленим відповідно до вимог, подане до MAS та зареєстроване MAS (Вимоги до проспекту), якщо немає інших винятків.[1070]

Зокрема, розміщення цифрових токенів з характеристиками, які відносяться до колективних інвестиційних схем, залежатиме від відповідних вимог щодо отримання дозволу/авторизації або визнання (A/R), а також повинно відповідати вимогам до ведення бізнесу відповідно до Кодексу про схеми колективного інвестування та Закону про цінні папери та ф›ючерси (пропозиції інвестицій) (схеми колективного інвестування) 2005 року, якщо інше не передбачено.[1071]

ii. ВИНЯТКИ З ВИМОГ ДО ПРОСПЕКТУ ЕМІСІЇ ТА ВИМОГ ДО A/R

Розміщення токенів не підпадає під вимоги до проспекту емісії та вимог до A/R, якщо воно здійснено відповідно до умов виключення або безпечної гавані. До таких винятків належать:

a. невелика та персональна пропозиція[1072], коли загальна сума, залучена протягом 12 місяців, не перевищує 5 мільйонів сінгапурських доларів (або еквівалент в іноземній валюті);
b. пропозиція про приватне розміщення[1073], що робиться не більше ніж 50 особам протягом 12 місяців; і
c. коли пропозиція робиться лише інституційним інвесторам[1074] або акредитованим інвесторам[1075].

1070 Розділ 296 SFA. https://bit.ly/3zUc4cS
1071 Див. пар. 2.6 DT Guide.
1072 Див. розділи озділ272A та 302B SFA
1073 Див. розділи 272B та 302C SFA.
1074 Див. розділи 274 та 304 SFA.
1075 Див. розділи 275 та 305 SFA.

iii. ВИМОГИ SFA ДО ЛІЦЕНЗУВАННЯ

Особа, що здійснює торгівлю або операції з CMPs (які включають цифрові токени, що є CMPs), повинна мати ліцензію на надання послуг на ринках капіталу (CMS) для здійснення операцій із CMP відповідно до SFA, якщо інше не виключено.

Окремо, особа, яка є управителем цифровими токенами, які є схемою колективного інвестування, повинна мати ліцензію CMS на управління фондами відповідно до SFA, якщо інше не передбачено.

iv. ЗАКОН ПРО ФІНАНСОВИХ КОНСУЛЬТАНТІВ

Будь-яка особа, яка консультує інших осіб за цифровими токенами з характеристиками, які можуть відноситися до CMPs, або консультує інших осіб шляхом випуску або розповсюдження аналітичних досліджень або дослідницьких звітів за такими токенами, може вважатися такою, що надає послуги фінансового консультування[1076], і, відповідно, має бути уповноваженою на це шляхом отримання ліцензії[1077] відповідно до Закону про фінансових консультантів[1078] (FAA), якщо інше не передбачено.[1079]

v. ЕКСТЕРИТОРІАЛЬНІСТЬ SFA ТА FAA

SFA та FAA мають екстериторіальне застосування[1080].

Відповідно до SFA, будь-які дії (включаючи пропозиції та дилерську діяльність), вчинені особою частково в Сінгапурі та частково за його межами, можуть розглядатися як вчинені повністю в Сінгапурі, а будь-які дії, вчинені особою повністю за межами Сінгапуру, можуть розглядатися як вчинені у Сінгапурі, якщо вони мають суттєві та розумно прогнозовані наслідки в Сінгапурі.[1081] Вимоги SFA відповідно застосовуються до всіх вищевказаних дій.

Згідно з FAA, навіть якщо особа знаходиться за кордоном, в разі, якщо ця особа залучена до або здійснює будь-яку діяльність, яка спрямована або може спонукати населення Сінгапуру або будь-яку частину населення використовувати будь-яку фінансову консультаційну послугу, що надається цією особою, включаючи консультування інших осіб щодо інвестиційних токенів, ця особа буде вважатися фінансовим консультантом у Сінгапурі незалежно від того, має чи може мати ця

1076 See Section 2 read with the Second Schedule to the FAA.
1077 See Section 6 of the FAA.
1078 Financial Advisers Act, Chapter 110 of Singapore.
1079 See Paragraph 2.10 of the DT Guide.
1080 See Paragraphs 2.12 and 2.13 of the DT Guide.
1081 See Section 339 of the SFA.

діяльність такий ефект за межами Сінгапуру.[1082] *(Див. розділи V та VII, в яких обговорюються питання регулювання бірж та регулювання емітентів та спонсорів відповідно*).

III. БАНКІВСЬКІ ТА ГРОШОВІ ПЕРЕКАЗИ

i. ВИНЯТКИ ДЛЯ БАНКІВ, ТОРГОВИХ БАНКІВ ТА ФІНАНСОВИХ КОМПАНІЙ

Відповідно до PSA деякі особи звільняються від обов›язку[1083] мати ліцензію постачальника платіжних послуг для надання послуг з цифрових платіжних токенів (DPT), у тому числі банки, які мають ліцензію відповідно до Закону про банківську діяльність[1084]; торгові банки, затверджені відповідно до Закону про MAS[1085], та фінансові компанії, ліцензовані відповідно до Закону про фінансові компанії (попри це, на них можуть, як і раніше, поширюватися деякі чинні вимоги PSA щодо комплаєнсу).[1086]

ii. ПЕРЕКАЗ КОШТІВ

Надання послуг з грошових переказів з країни та в країну, а також послуг з переказу грошових коштів від місцевого платника до місцевого одержувача в Сінгапурі, буде вважатися послугами з транскордонного переказу грошових коштів та внутрішніми послугами з переказу грошових коштів відповідно до PSA[1087] та вимагатиметься ліцензія постачальника платіжних послуг,[1088] якщо немає інших винятків.

Оскільки в рамках PSA проводиться чітка різниця між електронними грошовими переказами та DPTs, очевидно, що будь-яка особа, яка має намір надавати послуги з переказу грошових коштів або е-валюти, або того й іншого, повинна мати ліцензію постачальника платіжних послуг щодо внутрішніх послуг з переказу коштів та послуг з транскордонного переказу коштів, залежно від обставин. Крім того, як зазначено в розділі I.II, послуги з торгівлі DPTs (купівля або продаж або те й інше) та послуги з сприяння обміну DPTs шляхом створення або функціонування біржі DPTs будуть вважатися послугами з DPTs, для яких потрібна ліцензія відповідно до PSA.[1089] Хоча наразі передача DPTs не є послугою, для якої потрібна ліцензія відповідно до PSA, у майбутньому ситуація зміниться. Це питання докладніше у розділі XI.

1082 Section 6(2) of the FAA.
1083 See Section 13 of the PSA
1084 Banking Act, Chapter 19 of Singapore
1085 Monetary Authority of Singapore Act,
1086 Finance Companies Act, Chapter 108 of Singapore
1087 See Section 5 read with the First Schedule of the PSA.
1088 See Section 5 of the PSA
1089 See Section 5 of the PSA

IV. ПРОТИДІЯ ВІДМИВАННЮ КОШТІВ

i. ПРОТИДІЯ ВІДМИВАННЮ КОШТІВ ТА ФІНАНСУВАННЮ ТЕРОРИЗМУ

Режим протидії відмиванню коштів та фінансуванню тероризму (ПВК/ФТ) у Сінгапурі здебільшого відповідає рекомендаціям ФАТФ. Сінгапур є активним членом ФАТФ та одним із засновників Азіатсько-Тихоокеанської групи з боротьби проти відмивання коштів.

Засоби контролю, які MAS вимагає від фінансових установ вводити в дію у зв›язку з ПВК/ФТ, зазвичай включають виявлення та знання клієнтів (включаючи бенефіціарних власників), проведення регулярних перевірок рахунків, моніторинг та повідомлення про будь-які підозрілі операції.

Наглядові очікування MAS щодо вимог та очікувань фінансових установ у зв›язку з ПВК/ФТ викладені в повідомленнях, керівних настановах та інших інструкціях, випущених MAS.

21 листопада 2017 року MAS випустив Консультаційний документ PSA, і у контексті отримання коментарів від громадськості щодо підходу до введення конкретних заходів щодо зниження ризиків MAS прокоментував, що оскільки послуги DPT несуть підвищені ризики відмивання коштів та фінансування тероризму (ВК/ФТ), пов'язані з можливістю здійснення переказу коштів під псевдонімом, відповідно, не буде підгрупи послуг з низьким рівнем ризику, і всі постачальники послуг з DPT повинні будуть дотримуватись заходів з ПВК/ФТ[1090].

5 грудня 2019 року MAS опублікував свою відповідь на відгуки, отримані на консультаційний документ щодо ПВК/ФТ щодо платіжних послуг.[1091] MAS прокоментував, що існують більш високі ризики, пов'язані з операціями DPT,[1092] і що анонімність, швидкість та транскордонний характер операцій із DPT означають, що існує більш високий ризик зловживання незаконною діяльністю, включаючи ВК/ФТ щодо таких операцій.[1093]

ii. ЗАКОНИ ПРО ПВК/ФТ ЩОДО ПОСЛУГ З DPT

5 грудня 2019 року MAS випустив повідомлення щодо надання послуг з DPT (Повідомлення про ПВК/ФТ).[1094]

1090 See Paragraph 5.14 of the PSA Consultation Paper

1091 MAS, 'Response to Feedback received on the proposed payment services notices on prevention of money laundering and countering the financing of terrorism' (the AML/CFT Response) (6 June 2019), https://bit.ly/3HXKbTN

1092 See Paragraph 5.18 of the AML/CFT Response

1093 See Paragraph 5.7 of the AML/CFT Response

1094 MAS, 'PSN02 Prevention of Money Laundering and Countering the Financing of Terrorism – Digital Payment Token Service' (5 December 2019), https://bit.ly/3tm4TsE

Згідно з повідомленням про ПВК/ФТ, постачальники послуг з DPT зобов›язані впровадити надійні засоби контролю для виявлення та припинення потоку незаконних коштів через фінансову систему Сінгапуру. Як зазначено в розділі I.ii, послуги з DPT включають послуги з торгівлі DPT (купівля або продаж або те й інше) або послуги зі сприяння обміну DPT шляхом створення або функціонування біржі DPT.

Відповідно до Повідомлення про ПВК/ФТ, вимоги ПВК/ФТ, яким повинні відповідати постачальники послуг з DPT, включають оцінку ризиків та зниження ризиків, належну перевірку клієнтів, зберігання даних, повідомлення про підозрілі операції, а також внутрішню політику, комплаєнс, аудит та навчання[1095].

V. РЕГУЛЮВАННЯ БІРЖ

i. ОСНОВНА ПЛАТФОРМА

Особи, які створюють або управляють платформою для оферентів задля основних пропозицій цифрових токенів (основна платформа), де ці цифрові токени включають інвестиційні токени, можуть вважатися такими, що здійснюють операції з CMP відповідно до SFA,[1096] для яких потрібна ліцензія на CMS, якщо інше не передбачено.[1097]

Особи, які створюють або управляють основною платформою для DPT, можуть розглядатися як засновники або керівники біржі DPT, яка є платіжною послугою відповідно до PSA,[1098] для якої потрібна ліцензія постачальника платіжних послуг, якщо інше не передбачено.[1099]

ii. ПЛАТФОРМА ОБМІНУ

Особи, які створюють або управляють платформою для вторинних торгових операцій із цифровими токенами (платформа обміну),[1100] де ці цифрові токени включають інвестиційні токени, можуть розглядатися як засновники або керівники організованого ринку,[1101] який вимагає, щоб особи були затверджені або визнані MAS як відповідно затверджена біржа або визнаний учасник ринку, якщо інше не передбачено.[1102]

1095 See Paragraphs 4, 6, 7, 8, 14, 16 and 17 of the AML/CFT Notice
1096 Див. Розділ 82 разом із другим додатком SFA.
1097 Див. Параграф 2.9 Посібника DT.
1098 Див. Розділ 5 разом із Першим Додатком PSA.
1099 Див. Розділ 13 УРП.
1100 Див. Параграф 2.8.3 Посібника DT.
1101 Див. Розділ 7 разом із Першим додатком SFA.
1102 Див. Параграф 2.11 Посібника DT.

Особи, які створюють або управляють платформою обміну, яка сприяє обміну DPT, можуть розглядатися такими, що надають послуги DPT відповідно до PSA, а послуга буде розглядатися як платіжна послуга відповідно до PSA,[1103] для якої потрібна ліцензія постачальника платіжних послуг, якщо інше не передбачено.[1104]

VI. РЕГУЛЮВАННЯ МАЙНЕРІВ

Майнинг цифрових токенів, як правило, є законним згідно із законодавством Сінгапуру.

У Сінгапурі відсутній регулюючого режим, специфічного для майнингу цифрових токенів, і наразі немає ніяких опублікованих заходів щодо майнингу цифрових токенів.

Однак, якщо цифровий токен, який видобувається, є інвестиційним токеном або токеном, забезпеченим активами (а саме товарним токеном), і залежно від точної сфери дії конкретної угоди про майнинг, можуть застосовуватися відповідні нормативні або ліцензійні аспекти, згідно з SFA та CTA.

Наприклад, управління колективним майнинговим пулом, який об'єднує та розподіляє доходи від майнингу, може розглядатися як дія спільної інвестиційної схеми або товарного пулу.

VII. РЕГУЛЮВАННЯ ЕМІТЕНТІВ ТА СПОНСОРІВ

Як правило, емітенти DPT та утилітарних токенів не регулюються в Сінгапурі щодо випуску таких токенів.

Послуга з видачі електронних грошей будь-якій особі, з метою надання їй можливості здійснювати платіжні операції, також буде платіжною послугою відповідно до PSA,[1105] для якої потрібна ліцензія постачальника платіжних послуг, якщо інше не передбачено.[1106]

Крім того, відповідно до частини XIII SFA на емітентів інвестиційних токенів поширюватимуться відповідні вимоги, якщо інше не передбачено, як про це говориться у в Розділах II.i та ii.

1103 Див. Розділ 5 разом із Першим Додатком PSA.

1104 Див. Розділ 13 PSA.

1105 Див. Розділ 5 разом із Першим Додатком PSA.

1106 Див. Розділ 13 PSA.

VIII. КРИМІНАЛЬНЕ ТА ЦИВІЛЬНЕ ШАХРАЙСТВО І ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

Загальновідомо, що з огляду на анонімність цифрових токенів та транскордонний характер транзакцій з цифровими токенами, організації, з якими мають справу інвестори, мають непрозоре походження та здійснюють діяльність, яка не дозволяє проводити належний рівень належної перевірки, мають підвищена ризик правопорушення.[1107]

Відповідно, було б складно виявити правопорушника, у випадку кримінального переслідування, або контрагента, у випадку цивільного позову, на це знадобляться значні ресурси та зусилля для оцінки будь-якого судового позову. Відповідно, MAS випустила низку рекомендацій щодо можливих шахрайських інвестицій у цифрові токени, включаючи ті, які вимагають інвестицій у певні DPT із сфабрикованими коментарями, які приписуються високопосадовцям, включаючи політичних лідерів Сінгапуру.[1108]

Насправді, осіб звинувачували у просуванні шахрайського цифрового токена з допомогою багаторівневої маркетингової схеми. Місцеві інвестори брали участь у цій схемі, купуючи певні курси, які були в комплекті з промо-токенами.[1109]

IX. ПОДАТОК

i. ПОДАТОК НА ТОВАРИ ТА ПОСЛУГИ

19 листопада 2019 року Податкове управління Сінгапуру опублікувало електронний посібник з податку на товари та послуги стосовно DPT (Посібник GST).[1110]

У Посібнику ПДВ пояснюється, що з 1 січня 2020 року обмін DPT на інші DPT або фіатну валюту (наприклад, обмін біткоїна на ефір і обмін DPT на сінгапурські долари, а саме ICO) буде розглядатися як постачання, яке не підлягає оподаткуванню, і відповідно не підпадатиме під дію від GST.[1111]

У Посібнику GST також пояснюється, що використання або надання DPT в якості оплати за будь-що (окрім інших DPT або фіатної валюти) не розглядається як постачання з метою стягування ПДВ.

1107 MAS, 'MAS cautions against investments in cryptocurrencies' (20 December 2017), https://bit.ly/3I00jUO

1108 MAS, 'Warning on Fraudulent Websites Soliciting 'Cryptocurrency' Investments' (29 January 2019), https://bit.ly/3nn04vn.

1109 Singapore Police Force, 'Two Men Charged for Promoting A Multi-Level Marketing Scheme Involving Cryptocurrency' (10 April 2019), https://bit.ly/31QeZ9G.

1110 Можна переглянути за посиланням: https://bit.ly/31Rv5jv.

1111 Див. Параграф 6.4 Довідника ПДВ.

Податок на товари та послуги стягується лише при постачанні товарів та послуг, незалежно від використання DPT для придбання товарів та послуг.[1112]

Поточна ставка податку на товари і послуги становить 7 відсотків.

ii. ПОДАТОК НА ПРИБУТОК

17 квітня 2020 року Податкове управління Сінгапуру опублікувало посібник з електронного оподаткування щодо податку на прибуток цифрових токенів (Посібник з податку на прибуток).[1113] валюта або інші ДПТ залежать від того, чи є прибуток від вибуття капіталу чи доходу.59 У Сінгапурі немає податку на приріст капіталу або його еквіваленту.

У Посібнику з податку на прибуток зазначено, що чи підлягає особа оподаткуванню при обміні DPT на фіатну валюту, чи інші, це залежить від того, чи є прибуток, отриманий від продажу.[1114] Немає податку на приріст капіталу або його еквіваленту в Сінгапур.

Поточна ставка податку на прибуток становить 17 відсотків.

X. ІНШІ ПИТАННЯ

Навіть якщо емітенти цифрових токенів можуть покладатися на законодавчі пільги щодо здійснення процесів розміщення, всеодно існує необхідність упевнитися, що вся діяльність, яка проводиться у зв'язку з розміщенням, здійснюється з дотриманням відповідних законів.

У 2019 році емітент інвестиційного токена збирався покладатись на законодавчі пільги відповідно до вимог Закону про цінні папери та ф'ючерси, а саме на відсутність вимоги щодо наявності акредитованого інвестора, що дозволило б йому здійснювати процеси розміщення без реєстрації проспекту емісії. Однак один з його радників звернув увагу на розміщення через публікацію в соціальних мережах, що порушило умову звільнення, яка забороняє рекламу. Це призвело до того, що Монетарне управління Сінгапуру попередило емітента про те, що він більше не зможе використовувати відповідне звільнення. Після цього емітент призупинив глобальне розміщення інвестиційного токена[1115].

1112 Див. Параграфи 6.1–6.3 Посібника з ПДВ.

1113 Можна переглянути за посиланням: https://www.iras.gov.sg/irashome/uploadedFiles/IRASHome/e-Tax_Guides/etaxguide_CIT_Income%20Tax%20Treatment%20of%20Digital%20Tokens.pdf

1114 Див. пункти B і C розділу 2 Додатка A до Посібника з податку на прибуток.

1115 «Монетарне управління Сінгапуру зупиняє розміщення інвестиційного токена через порушення нормативних документів» (24 січня 2019 року) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3fiHW1i.

Це не перше таке попередження з боку Монетарного управління Сінгапуру. У 2018 році воно попередило вісім бірж цифрових токенів у Сінгапурі, щоб вони не сприяли торгівлі інвестиційними токенами, а також попередило і видало розпорядження емітенту припинити розміщення своїх цифрових токенів у Сінгапурі[1116].

XI. ПЛАНИ НА МАЙБУТНЄ

i. СТЕЙБЛКОЇНИ

23 грудня 2019 року Монетарне управління Сінгапуру опублікувало консультаційний документ, в якому розкрило думки щодо сфери використання грошей, електронних грошей та цифрових платіжних токенів, а також щодо регулювання платіжних послуг на основі таких форм оплати (Консультаційний документ щодо Стейблкоїна)[1117].

Оскільки ландшафт цифрових токенів постійно розвивається, подальші інновації призвели до появи нових цифрових токенів, а саме стейблкоін, які потенційно можуть кинути виклик концепції грошей, що переважає у рамках Закону про платіжні послуги[1118].

Поточні визначення термінів «цифровий платіжний токен» та «електронні гроші» наведено у Розділі I.ii.

Консультаційний документ щодо Стейблкоїна стверджує, що існують дві визначальні характеристики, які відрізняють електронні гроші та цифрові платіжні токени: електронні гроші – це цифрове представлення однієї фіатної валюти, тоді як цифровий платіжний токен – це просто відображення вартості, яке може не мати жодного посилання на фіатну валюту. Електронні гроші повинні представляти вимоги до емітента, тоді як цифрові платіжні токени не повинні[1119].

Стейблкоїни – це новий клас цифрових токенів, призначених для підтримки стабільної вартості щодо іншого активу (наприклад, фіатної валюти або товарів) або кошика активів. Стейблкоїни потенційно можуть виконувати функції грошей, оскільки вони не мали б надмірної волатильності цін, як цифрові платіжні токени, які були випущені раніше, і якщо припустити, що стейблкойни отримають широке визнання.

1116 «Монетарне управління Сінгапуру попереджає біржі цифрових токенів та емітента первинного розміщення монет» (24 травня 2018 року) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3zRmDgv.

1117 Монетарне управління Сингапуру, «Консультації щодо Закону про платіжні послуги (2019) – Сфера використання електронних грошей та цифрових платіжних токенів» (23 грудня 2019 року) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3njayfb.

1118 Див. абзац 1.2 Консультаційного документа щодо Стейблкоїна.

1119 Див. абзац 3.4 Консультаційного документа щодо Стейблкоїна.

Стейблкоїни також можуть відрізнятися з точки зору доступності (для роздрібних або оптових клієнтів) і можливості торгівлі на вторинному ринку[1120]. Монетарне управління Сінгапуру заявило, що, таким чином, було б складно розрізняти електронні гроші та цифрові платіжні токени для цілей регулювання[1121].

У світлі вищевикладеного, рішення Монетарного управління Сінгапуру щодо того, як воно має намір регулювати стейблкоїни і, зокрема, визначити до якої з цих двох категорій стейблкоїни підпадатимуть (або можливо з'явиться нова категорія), є широко очікуваним, особливо з огляду на те, що Монетарне управління Сінгапуру заявило, що не пропонує вносити зміни до визначення електронних грошей або цифрових платіжних токенів[1122]. Консультація завершилася 28 січня 2020 року, а відповіді на відгуки, які надходили стосовно Консультаційного документу щодо Стейблкоїна, мають бути опубліковані.

ii. РОЗШИРЕННЯ СФЕРИ ПОСЛУГ ЦИФРОВИХ ПЛАТІЖНИХ ТОКЕНІВ

23 грудня 2019 року Монетарне управління Сінгапуру також опублікувало консультаційний документ, в якому в якому розкрило думки щодо запропонованих змін до Закону про платіжні послуги (Консультаційний документ про внесення змін до Закону про платіжні послуги), включаючи розширення сфери діяльності постачальників послуг цифрових платіжних токенів, щоб включати переказ цифрових платіжних токенів, надання гаманців зберігача для або від імені клієнтів і посередництво в транзакціях цифрових платіжних токенів (без володіння грошима або цифровими платіжними токенами з боку постачальника послуг)[1123].

Монетарне управління Сінгапуру заявило у Консультаційному документі про внесення змін до Закону про платіжні послуги, що відповідні зміни розробляються з метою повного узгодження з останніми змінами стандартів FATF у червні 2019 року щодо регулювання постачальників послуг віртуальних активів[1124]. Монетарне управління Сінгапуру опублікувало свою відповідь на відгук, отриманий щодо Консультаційного документа про внесення змін до Закону про платіжні послуги 4 листопада 2020 року. Зокрема, Монетарне управління Сінгапуру підтвердило у своїй відповіді, що продовжить розширювати сферу регульовання послуг цифрових платіжних токенів, щоб включати:

a. будь-яку послугу прийому цифрового платіжного токена з одного облікового запису цифрового платіжного токена для цілей переказу або організації переказу його на інший обліковий запис цифрового платіжного токена;

1120 Див. абзац 3.6 Консультаційного документа щодо Стейблкоїна.

1121 Ibid.

1122 Див. абзац 3.8 Консультаційного документа щодо Стейблкоїна.

1123 Монетарне управління Сингапуру, «Консультації щодо Закону про платіжні послуги (2019) – Запропоновані зміни до цього Закону» (23 грудня 2019 року) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/34JH9V4.

1124 Див. абзац 1.3 Консультаційного документа щодо змін до Закону про платіжні послуги.

b. будь-яку послугу з охорони або адміністрування цифрового платіжного токена або його інструмента, з допомогою якої постачальник послуг контролює цифровий платіжний токен або його інструмент;

c. будь-яку послугу для спонукання або спроби спонукати будь-яку особу укласти або будь-які пропозиції щодо укладення будь-яких угод про купівлю або продаж цифрового платіжного токену в обмін на гроші або цифрові платіжні токени.

Оновлений Закон про платіжні послуги (2021 рік), який включає поправки, які розглядались у відповіді на вищевказаний відгук, був опублікований 1 березня 2021 року, але ще не набув чинності.

iii. ВИСНОВКИ

За відносно короткий проміжок часу Сінгапур динамічно вирішив необхідність розробки нормативної бази або «перепрофілювання» поточного режиму для вирішення проблем регулювання, що виникають у зв'язку з розміщенням, торгівлею та послугами, пов'язаними з цифровими токенами.

Учасники світового ринку та стейкхолдери прокоментували, що нещодавно прийнятий Оновлений Закон про платіжні послуги забезпечує нормативну визначеність та рамки, що визначають відповідність законодавству, виокремлюючи тих учасників галузі, з якими інвестори можуть працювати з упевненістю та довірою[1125].

Усі ці останні події є позитивним шляхом вперед і показують зростаючу готовність місцевого регулятора включити цифрові токени до об'єкта нагляду.

Хоча завжди може залишатися деяка невизначеність, враховуючи динамічну та постійно змінювану природу цифрових токенів. Але звертає на себе увагу готовність, спритність і гнучкість Монетарного управління Сінгапуру працювати з новими розробками у параметрах цифрових токенів та швидко реагувати на їхні зміни[1126].

1125 Bloomberg, «Новий закон Сингапуру дозволяє міжнародним криптокомпаніям розширитись на національному рівні» (28 січня 2020 року) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3nkwcj9.

1126 Див. абзац 3.9 Консультаційного документа щодо змін до Закону про платіжні послуги.

США

I. ОЗНАЙОМЛЕННЯ З НОРМАТИВНО-ПРАВОВОЮ БАЗОЮ

У Сполучених Штатах Америки (США) багато регуляторів заявили, що наглядові повноваження над учасниками ринку, які здійснюють транзакції з віртуальними валютами чи іншими цифровими активами, дублюються та часто містять протиріччя. Учасники цього ринку змушені враховувати нормативно-правові режими, контроль за дотриманням яких на федеральному рівні здійснюють Комісія з цінних паперів і фондових бірж США (SEC), Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США (CFTC), Мережа боротьби з фінансовими злочинами (FinCEN, ПФР США), Управління контролю за іноземними активами Міністерства фінансів США (OFAC) та федеральні банківські регулятори.

Крім того, штати США, Федеральний округ Колумбія та, можливо, навіть заморські території США мають окремі нормативно-правові режими, які треба враховувати під час проведення діяльності з віртуальними валютами. До них належать вимоги щодо переказів коштів, порядки ліцензування віртуальних валют та закони «синього неба»[1127], що застосовуються для транзакцій із цифровими активами, які розглядаються як цінні папери, а також загальноприйняті закони, які пов'язані із шахрайством.

Водночас, учасникам ринку треба розглянути торговельне, податкове законодавство та закони про банкрутство, перш ніж брати участь у транзакціях із віртуальними валютами.

Тому, як бачимо, в американському режимі регулювання обігу віртуальних валют бракує простоти та зрозумілості.

1127 Нормативно-правові акти, що направлені на захист інвесторів від шахрайських дій з цінними паперами.

На час написання статті Республіка Ель-Сальвадор якраз оголосила, що визнає біткоїн законним платіжним засобом. Розвиток ситуації в Ель-Сальвадорі може вплинути на те, як різні регулятори США будуть розглядати біткоїн. Деякі закони та положення США розрізняють операції з грошима та іншими операціями або між операціями у валюті (чи іноземній валюті) та іншими операціями. Чи штовхає в США біткоїн з однієї категорії в іншу той факт, що якась країна визнає біткоїн законним платіжним засобом? На це поки що немає остаточної відповіді.

II. ЗАКОНИ ПРО ЦІННІ ПАПЕРИ ТА ІНВЕСТИЦІЇ

У цій секції ми обговоримо закони та положення щодо цінних паперів та товарів, які застосовуються до цифрових активів. Для кращого розуміння варто також продивитися інформацію, що наводиться нижче в секціях V (Регулювання майнерів), VI (Регулювання емітентів та спонсорів) та VII (Кримінальне та цивільне шахрайство і правозастосування). У цих секціях будуть розглядатися інші аспекти нормативних актів про цінні папери та товари, у частині стосовно цифрових активів.

i. ЦІННІ ПАПЕРИ ТА ЦИФРОВІ АКТИВИ

Комісія з цінних паперів і фондових бірж США регулює транзакції з цифровими активами, якщо вони розміщуються чи торгуються як цінні папери або якщо вони розміщуються через інститути спільного інвестування. Також Комісія опублікувала звіти та настанови стосовно розміщення з метою вторинної торгівлі цифровими активами та інвестування в них, якщо такі активи розглядаються як цінні папери.

Під час торгівлі цифровими активами чи інвестування у них необхідно враховувати, чи є певний цифровий актив цінним папером та, отже, підпадає під дію федерального законодавства про цінні папери. Розділ 5 Закону США «Про цінні папери»[1128] забороняє будь-якій особі використовувати засоби або інструменти торгівлі між штатами для розміщення чи продажу цінних паперів, якщо такі цінні папери не зареєстровано у Комісії з цінних паперів і фондових бірж США або немає відповідного звільнення від реєстраційних вимог.

У липні 2017 року Комісія з цінних паперів і фондових бірж США опублікувала «Звіт про розслідування» («Звіт DAO»), в якому було проаналізовано, чи регулюється розміщення та продаж цифрового активу федеральним законодавством про цінні папери[1129].

1128 Закон США від 27.05.1933 «Про цінні папери» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3CXF8I5 (англійська мова).

1129 «Звіт про розслідування щодо DAO» від 25.07.2017 № 81207, який опублікований відповідно до Розділу 21(a) Закону США «Про фондові біржі» (1934) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3tiPMQb (англійська мова).

Цифровий актив, про який йдеться, були токенами, емітованими некорпоративною організацією, відомою як «Розподілена (децентралізована) автономна організація» (DAO). DAO була створена німецькою корпорацією «Slock.it UG». На часу опублікування «Звіту DAO» DAO розмістила та продала приблизно 1,15 млрд токенів DAO в обмін на загальну суму приблизно 12 млн віртуальної валюти етер, яка використовується на блокчейні Етеріум. Загальна вартість цих 12 млн етерів на момент закриття пропозиції становила приблизно 150 млн доларів США.

Комісія з цінних паперів і фондових бірж США проаналізувала, чи є токен DAO інвестиційним контрактом та, отже, цінним папером, як визначено Верховним Судом Сполучених Штатів Америки у зразковій справі «SEC проти WJ Howey Co»[1130], яка стосувалась пропозиції та продажу часток в апельсиновому гаю. Суд визначив інвестиційний контракт як вкладення грошей у колективне підприємство з обґрунтованим очікуванням прибутку, який буде отримано від підприємницьких чи управлінських зусиль інших осіб.

У «Звіті DAO» Комісія з цінних паперів і фондових бірж США схвально процитувала зауваження Верховного Суду США про те, що це визначення втілює «гнучкий, а не статичний принцип, якого можна прирівняти до незліченних та мінливих схем, розроблених тими, хто прагне використовувати чужі гроші, обіцяючи прибуток»[1131].

Дослідивши факти та обставини, пов'язані з токенами DAO, Комісія з цінних паперів і фондових бірж США дійшла висновку, що токен DAO був інвестиційним контрактом, оскільки були такі складові:

a. вкладення грошей (у цьомв разі в етер);
b. спільне підприємство (платформа DAO);
c. очікування прибутку (рекламні матеріали інформували інвесторів, що DAO є комерційною структурою, метою якої є фінансування проєктів в обмін на дохід від інвестицій);
d. отримання прибутку залежить від зусиль інших осіб («Slock.it UG» та куратори).

Хоча власники токенів DAO мали право голосу, Комісія з цінних паперів і фондових бірж США дійшла висновку, що такі права голосу були обмежені та що власники цих токенів суттєво залежали від управлінських зусиль «Slock.it UG» та кураторів.

Водночас, стосовно інвестиційного контракту у «Звіті DAO» зазначено, що розміщення та продаж токенів DAO повинні бути зареєстровані відповідно до Закону США «Про цінні папери» (якщо не застосовується звільнення від реєстрації, що пе-

1130 Виклад рішення щодо цієї справи доступно за посиланням: https://bit.ly/3IlHJGH (англійська мова).

1131 Див. сторінку 299 у викладі рішення, що наведено у виносці 5.

редбачено чинним законодавством) і що платформи, що торгують токенами DAO, які відповідають визначенню біржі, також мають зареєструватись як такі відповідно до Закону США «Про фондові біржі»[1132].

З часу опублікування «Звіту DAO» Комісія з цінних паперів і фондових бірж США вчинила низку правозастосовних заходів у відношенні окремих фізичних та юридичних осіб за ймовірні порушення Розділу 5 Закону США «Про цінні папери» щодо проведення незареєстрованих розміщень цінних паперів на основі Howey-тесту. Крім того, у багатьох із цих правозастосовних заходах, але не у всіх, також розглядалось звинувачення в шахрайських діях.

Завдяки цим правозастосовним заходам Комісія з цінних паперів і фондових бірж США внесла додаткову ясність, що, незважаючи на те, що цифровий актив може мати «практичне використання на момент розміщення, це не виключає того, що токен може бути цінним папером. Визначення того, чи залучений до транзакції цінний папір, не залежить від маркування… але натомість потребує оцінювання економічних реалій, що лежать в основі транзакції».

Оцінюючи ці економічні реалії, Комісія з цінних паперів і фондових бірж США розглядає спосіб продажу та заяви, зроблені промоутером токена, а також те, чи підштовхували маркетинговими зусиллями «інвесторів» до обґрунтованих очікувань, що їхні «інвестиції» зростуть у ціні.

У червні 2018 року начальник відділу корпоративних фінансів Вільям Хінман виступив із важливою промовою, у якій висвітлив подальші настанови щодо уточнення підходу Комісія з цінних паперів і фондових бірж США до аналізу, коли цифровий актив пропонується як інвестиційний контракт та, отже, є цінним папером[1133]. Він інакше поставив це питання, зосередившись не на власне цифрових активах, а переважно на обставинах, що пов'язані з цифровим активом, та способі його продажу. Хінман визнав, що токен, або «хай би як називався пакет цифрової інформації», власне не є цінним папером. Так само як і не були такими частки в апельсиновому гаю у Howey. Токен – це «просто код».

Натомість, «спосіб продажу некористувачам, який використовують організатори підприємства можна розглядати як частину інвестицій. Тому це може бути та в цьому контексті найчастіше токен є цінним папером – оскільки це свідчить про інвестиційний контракт. З огляду на це, є сенс регулювати ці транзакції як транзакції з цінними паперами».

1132 Закон США від 06.06.1934 «Про фондові біржі» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3IpAGwp (англійська мова).

1133 Коментарі начальника відділу корпоративних фінансів Комісії з цінних паперів і фондових бірж США до саміту «Yahoo Finance All Markets Summit: Crypto» (14.06.2018) на тему: «Транзакції цифрових активів: коли Howey зустрів Gary (пластик)» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3N1iY6g (англійська мова).

Коли є інформаційна асиметрія між промоутерами або засновниками та інвесторами, тоді своєрідний захист з боку Закону США «Про цінні папери», а саме розкриття та відповідальність за суттєві викривлення та упущення, є необхідним та доречним.

З іншого боку, пан Хінман зазначив, що «якщо мережа, у якій має поширюватись токен або монета, є достатньо децентралізованою – тобто, де покупці більше не будуть обґрунтовано очікувати, що особа чи група осіб будуть виконувати основні управлінські чи підприємницькі зусилля – то тоді ці активи не можуть розглядатись як інвестиційні договори. До того ж, коли зусилля третьої сторони перестають бути ключовим чинником для визначення успіху підприємства, матеріальна інформаційна асиметрія зменшується».

Тому пан Хінман відніс біткоїн та етер до цієї останньої категорії. Тобто, це є цифрові активи, де немає центральної третьої сторони, чиї зусилля є ключовим визначальним чинником у спільному підприємстві, та де режим розкриття інформації, який передбачений федеральним законодавством про цінні папери, виглядає таким, що не принесе значної користі держателям біткоїнів та етерів.

Іншими словами, інвестиційний контракт, як завжди, може бути укладений практично щодо будь-якого активу, включаючи цифрові активи, за умови, що інвестор обґрунтовано очікує прибутку від зусиль промоутера. Як повторив Хінман: «Економічний зміст транзакції визначає її аналіз, а не назва».

Водночас, так само інвестиційний контракт також може бути розірваний або припинений. Договір про управління апельсиновим гаєм може бути розірвано.

Що стосується цифрових активів, то новаторство полягає в тому, що такий перехід або зміна може відбутися чи відбувається як наслідок змін фактів та обставин, пов'язаних із токеном, без обов'язкового проведення будь-яких дій держателем. У відповідь на промову Хінмана багато учасників ринку намагались знайти розуміння щодо точного поєднання фактів, які відрізнятимуть продаж цифрових активів від операцій із цінними паперами.

У квітні 2019 року Стратегічний центр із питань інновацій та фінансових технологій Комісії з цінних паперів і фондових бірж США[1134], базуючись на матеріалах дослідження «Howey та його наслідки», розробив загальну схему, яку можна використовувати під час аналізу інвестиційних контрактів щодо цифрових активів.

1134 Комісія започаткувала Стратегічний центр з питань інновацій та фінансових технологій (FinHub) у жовтні 2018 року як «майданчик для залучення громадськості до питань та ініціатив Комісії, що пов'язані з фінансовими технологіями SEC», включаючи цифрові активи. Стратегічний центр укомплектований персоналом з усіх відділів та управлінь Комісії.

Така схема «допоможе учасникам ринку оцінити, чи застосовується федеральне законодавство про цінні папери до розміщення, продажу або емісії певного цифрового активу»[1135].

Хоча ця схема не створює новий закон, вона розкриває позицію співробітників Комісії з цінних паперів і фондових бірж США щодо того, чи призводять конкретні факти, які зазвичай присутні в контексті цифрових активів, до більш чи менш ймовірної подібності з певними елементами Howey-тесту.

Крім того, ця загальна схема надає додаткові чинники, які потрібно враховувати. Ці чинники можуть вказувати на те, чи розміщується цифровий актив для «споживацьких» намірів (на відміну від інвестиційних намірів). А також, схема висвітлює окремі факти, які можуть змінюватися з часом. Це зроблено з метою встановлення факту, що подальші розміщення та продаж цифрового активу, який раніше був проданий як цінний папір, уже не можуть вважатися розміщенням та продажем цінного паперу. Зокрема, щодо «віртуальної валюти», у цій схемі зазначено, що можливість безпосереднього використання віртуальної валюти для здійснення платежів за товари та послуги без необхідності конвертувати її в інший цифровий актив або фіатну валюту може зменшити ймовірність подібності до елементів Howey-тесту.

Станом на сьогодні відділ корпоративних фінансів Комісії з цінних паперів і фондових бірж США випустив три листи-відмови щодо розміщення та продажу цифрового активу[1136], у яких йшлося про те, що відповідні токени не потрібно реєструвати відповідно до Законів США «Про цінні папери» чи «Про фондові біржі». У першому листі-відмові, опублікованому у квітні 2019 року, відділ корпоративних фінансів Комісії з цінних паперів і фондових бірж США, зокрема, зазначив:

a. емітент не буде використовувати кошти від продажу токенів для розроблення відповідного додатка та що на момент продажу токенів цей додаток буде повністю розробленим та розпочне функціонування;
b. токени безпосередньо можуть бути використані для належної функціональності (придбання авіачартерних послуг) під час їх продажу;
c. токени не можуть бути переказані до додатку ззовні;
d. токени завжди будуть продаватись за фіксованою ціною та обмінюватися на послуги, які оцінюються за цією ж вартістю.

1135 Ця схема опублікована 03.04.2019 на офіційному вебсайті Комісії з цінних паперів і фондових бірж США та доступна за посиланням: https://bit.ly/3KUOqB1 (англійська мова).

1136 Лист-відмова Комісії до «TurnKey Jet, Inc» від 03.04.2019 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3MVh8Ue (англійська мова).

У липні 2019 року відділ корпоративних фінансів Комісії з цінних паперів і фондових бірж США видав другий лист-відмову на адресу компанії, яка планувала розповсюджувати цифрові активи. Вказуючи на відсутність вимоги щодо того, що відповідні токени потрібно буде реєструвати згідно із Законами США «Про цінні папери» чи «Про фондові біржі», Комісія зазначила наступне:

a. емітент не буде використовувати будь-які кошти, що залучені від продажу токенів, для створення відповідного додатку. Цей додаток буде повністю розроблено та відразу розпочне функціонування. Водночас, ці події відбудуться ще до продажу першого токену;
b. токени безпосередньо будуть придатними для використання в рамках передбачуваної їхньої функціональності (ігри) на момент продажу;
c. емітент запровадить технологічні та договірні положення, що регулюють токени та пов'язаний додаток, що обмежують переказ токенів емітенту або гаманцям у відповідному додатку;
d. з метою підтвердження участі в кіберспортивних турнірах гравці зможуть тільки переказувати токени зі своїх гаманців на платформі для ігрового процесу на адреси розробників, із затвердженими обліковими записами, або до емітента;
e. тільки розробники та впливові особи, із затвердженими обліковими записами, зможуть обмінювати токени на Етеріум за заздалегідь визначеними курсами, переказуючи свої токени до смартконтракт токена;
f. для створення погодженого облікового запису розробники та впливові особи підлягатимуть перевірці в рамках процедури «знай свого клієнта» (KYC) та протидії відмиванню коштів. Це буде здійснюватись при створенні облікового запису, а також у подальшому;
g. токени будуть постійно доступні для найпоширенішого типу користувачів (геймерів) у необмеженій кількості за фіксованою ціною;
h. буде наявна кореляція між ціною покупки токенів та ринковою ціною доступу з іграми, що беруть участь у цьому додатку, та взаємодії з ними;
i. емітент буде просувати та продавати токени гравцям виключно для споживчого використання як засоби доступу та взаємодії з іграми, що беруть участь у цьому додатку.

У листопаді 2020 року відділ корпоративних фінансів видав третій лист-відмову на адресу іншого розробника гри. У своєму вхідному листі з проханням надати допомогу розробник пояснив, що токени використовуються в споживчих цілях на платформі й будуть продані та викуплені за фіксованою ціною, яку буде підтримувати емітент.

Також, емітент буде вживати певних заходів, щоби запобігти спекуляціям. Надаючи допомогу, відділ корпоративних фінансів узяв до уваги вищевикладене та наступні факти:

a. прибуток від продажу токенів не буде використаний для фінансування мережевої екосистеми;
b. токени будуть негайно використані;
c. емітент встановить обмеження на транзакції з токенами;
d. користувачі будуть зобов'язані підтвердити, що вони набувають активи для споживчих цілей, та підлягатимуть перевірці в рамках процедури «знай свого клієнта» (KYC) та протидії відмиванню коштів.

У жовтні 2019 року Комісія з цінних паперів і фондових бірж США подала до суду на «Telegram Group Inc» та її дочірню компанію «TON Issuer Inc» (разом надалі – Telegram), стверджуючи, що Telegram не зареєстрував розміщення та продажі цифрових активів під назвою «Grams», які відбулись у США та за кордоном і залучили понад 1,7 млрд доларів США від інвесторів. Комісія отримала тимчасовий заборонний наказ, що перешкоджає доставці Grams покупцям.

Оскаржуючи клопотання Комісії з цінних паперів і фондових бірж США щодо попередньої заборони, яка надалі перешкоджає доставці Grams, Telegram стверджував, що попередні продажі інвесторам і транзакції в Grams після запуску блокчейну Telegram потрібно розглядати окремо. Відповідно до слів Telegram, продаж Grams інвесторам був розміщенням цінних паперів, яке Telegram здійснив, спираючись на звільнення від реєстрації відповідно до Закону США «Про цінні папери» (Правило 506(c)[1137] згідно з абзацом D). Щоправда, транзакції в Grams після запуску блокчейну будуть являти собою спотові транзакції з товарами, а не з цінними паперами.

У березні 2020 року Окружний суд США Південного округу штату Нью-Йорк (S.D.N.Y) ухвалив важливе рішення на користь Комісії з цінних паперів і фондових бірж США, встановивши, що продажі інвесторам та будь-які подальші транзакції після запуску блокчейну складалися з однієї схеми (але, зокрема, не власне Grams). Це є інвестиційним контрактом відповідно до критеріїв Howey-тесту[1138].

1137 Правило 506 є частиною Загальних правил та регламентів, підготовлених на виконання Закону США «Про цінні папери», які Зі свого боку є частиною Зводу федеральних регламентів США. Текст Правила 506 доступний за посиланням: https://bit.ly/36BmlQE (англійська мова).

1138 Справа № 19-cv-09439-PKC «Комісія з цінних паперів і фондових бірж США проти «Telegram Group Inc» та інших» (S.D.N.Y., 11.10.2019). Див. також Дж. Кастел «Висновок та наказ у справі № 1:19-cv-09439-PKC «Комісія з цінних паперів і бірж США проти «Telegram Grp. Inc» та «Ton Issuer Inc»»» (S.D.N.Y., 24.03.2020). Прес-реліз щодо цієї справи є на офіційному вебсайті Комісії за посиланням: https://bit.ly/3wzRE9t (англійська мова).

Інший позов, який подала Комісія з цінних паперів і бірж США проти «Kik Interactive Inc» щодо нереєстрації токенів як цінних паперів під час їхнього розміщення. Незважаючи на оскарження, ця справа завершилася перемогою Комісії у жовтні 2020 року. Цей судовий розгляд також широко висвітлювався.

За матеріалами справи, відповідач продав свій цифровий токен Kin у два етапи. На першому етапі відбувався приватний продаж угод щодо майбутньої доставки токенів досвідченим інвесторам. На другому етапі проходив публічний продаж (серед невизначеного кола осіб). Між двома етапами відповідач заробив приблизно 100 млн доларів США.

Відповідач погоджувався, що перший етап дійсно являв собою продаж цінного паперу. Але він підпадав під умови щодо звільнення від реєстрації згідно з вищевказаним Правилом 506(c). А другий етап не був подібним до елементів Howey-тесту, оскільки такий проєкт не являв собою спільне підприємство з очікування прибутку, отриманого від зусиль інших.

Погодившись з Комісією з цінних паперів і фондових бірж США, Окружний суд США Південного округу штату Нью-Йорк зауважив, що такий проєкт передбачав спільне підприємство, оскільки відповідач об'єднав усі грошові кошти інвестора та використав їх для розвитку екосистеми токена. Це означає, що внески всіх інвесторів поєднали разом. Крім того, відповідач рекламував токени як інвестиції, переконуючи, що вартість токенів буде зростати завдяки розвитку екосистеми токена.

Встановивши, що токени являють собою цінні папери, Суд постановив, що перший етап продажу не відповідав умовам звільнення, оскільки він повинен був поєднуватись з другим етапом. Другий етап, по суті, не відповідав Правилу 506(c), оскільки не був обмежений середовищем акредитованих інвесторів, як того вимагає Це правило.

У грудні 2020 року Комісія з цінних паперів і фондових бірж США подала скаргу на «Ripple Labs» за безперервне розміщення незареєстрованих цінних паперів, пов'язаних з цифровим активом XRP. У скарзі Комісії стверджувалось, що «Ripple Labs» та двоє її керівників продали XRP на суму приблизно 1,4 млрд доларів США, не зареєструвавши розміщення цінних паперів. До того ж вони не мали права на звільнення від цього. Комісія зазначила, що XRP є інвестиційним контрактом за критеріями Howey-тесту та, отже, є цінним папером, оскільки покупці XRP інвестували в спільне підприємство, сподіваючись одержати прибуток від «підприємницьких» та «управлінських» зусиль «Ripple Labs». На підтвердження своїх претензій Комісія звертала увагу, що відповідачі «неодноразово й публічно» зобов'язувалися розвивати використання XRP та просувати ринок для торгівлі XRP.

У своїй реакції на скаргу відповідачі стверджували, що XRP є віртуальною валютою та, отже, не підпадає під дію законодавства про цінні папери. На підтримання цієї теорії вони зазначали, що XRP є «проміжною валютою», яка надає змогу користувачам здійснювати транскордонні транзакції. «Ripple Labs» надалі переконує, що вартість XRP залежить не від їхніх зусиль, а від вартості інших віртуальних валют, і що система реєстру, через яку поширюється XRP, є відкритою, децентралізованою та поза контролем «Ripple Labs».

На момент написання цієї статті судовий процес триває.

У лютому 2020 року комісар Комісії з цінних паперів і фондових бірж США Хестер Пірс виступила з промовою, пояснюючи необхідність внесення ясності щодо застосування федерального законодавства про цінні папери до розміщення та продажу цифрових активів, описуючи пропозицію щодо «безпечної гавані» та зважаючи на вимоги Закону США «Про цінні папери» стосовно реєстрації[1139]. «Безпечна гавань», якщо її приймуть, буде спрямована, щоби надати командам розробників трирічний період, протягом якого їм можуть сприяти в участі у функціональній чи децентралізованій мережах, які будуть звільнені від вимог федерального законодавства про цінні папери щодо реєстрації[1140].

Щоби розраховувати на «безпечну гавань», команді розробників потрібно буде розкрити певну інформацію на вільнодоступному публічному вебсайті, а токен необхідно розміщати та продавати з метою полегшення доступу до мережі, участі в мережі або її розвитку. Компанія повинна сумлінно та розумно докладати зусиль для створення ліквідності через допуск токена до торгів на торговельних платформах, які не підпадають під визначення «біржа», «брокер» або «дилер» відповідно до Закону США «Про фондові біржі». Крім того, емітент має подати до Комісії з цінних паперів і фондових бірж США повідомлення про те, що він їй довіряє.

Наступного 2021 року, у квітні, комісар пані Пірс запропонувала оновлену версію «безпечної гавані», яка була розроблена на основі відгуків спільноти цифрових активів, юристів, що працюють на ринку цінних паперів, та представників громадськості. Оновлена «безпечна гавань» відображає три основні зміни:

a. тепер пропозиція вимагає від команди розробників оновлювати план розробки кожні пів року та випускати провідник блоків (наприклад, вебпрограмне забезпечення, яке отримує різні дані з блокчейну та представляє дані користувачам у форматі з можливістю пошуку);

1139 Див. текст промови комісара Комісії з цінних паперів і фондових бірж США Хестер Пірс на тему «Біг на місці: пропозиції щодо заповнення прірви між регулюванням та децентралізацією», що була виголошена 06.02.2020 на Четвертому міжнародному конгресі з питань блокчейну [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/37z8WZC (англійська мова).

1140 Ibid.

b. наприкінці трирічного періоду команда розробників мусить подати своєрідний «звіт про результати», в якому буде викладено аналіз незалежного юриста з висновком, що ця мережа є децентралізованою чи функціональною або токени мають будуть зареєстровані відповідно до вимог Закону США «Про фондові біржі»;

c. у примірному проєкті цього звіту наводяться додаткові вказівки стосовно того, на що має звернути увагу незалежний юрист, коли надає висновок, що ця мережа є децентралізованою. Сюди додається, серед іншого, приклади суттєвої участі в питаннях розвитку мережі та її управління з боку сторін, які не пов'язані з початковою командою розробників, а також рівні, за якими постійна діяльність початкової команди розробників є більш обмеженою за своєю природою. Тому не можна обґрунтовано очікувати, що така ситуація однозначно призведе до збільшення вартості токенів.

Наразі «безпечна гавань» є проєктом пропозиції. Фактично пропозиція щодо «безпечної гавані» потребуватиме офіційного прийняття цієї норми всім складом Комісії з цінних паперів і фондових бірж США та має пройти громадське обговорення. Також, не очікується, що запропонована «безпечна гавань» змінить підхід Комісії до незавершених правозастосовних заходів.

ii. ОКРЕМІ УЧАСНИКИ РИНКУ

Під час планування переговорів, здійснення клірингових чи розрахункових транзакцій з віртуальними валютами, які є цінними паперами[1141], учасникам ринку варто також врахувати, чи може їхня діяльність потребувати реєстрації та виконанню пов'язаних з нею вимог у рамках Закону США «Про фондові біржі», нагляд за виконанням вимог якого здійснює Комісії з цінних паперів і фондових бірж США. Зокрема, учасники ринку повинні бути обізнані з визначеннями брокера[1142], дилера[1143], фондової біржі[1144], альтернативної торговельної системи[1145], клірингової установи[1146] та трансфертного агента[1147].

1141 Як зазначено у цій статті, багато, але не всі віртуальні валюти розглядаються регуляторами США як цінні папери.

1142 Визначення брокера наведено в підпункті 4 пункту а параграфу 78 (с) глави 2B «Фондові біржі» розділу 15 «Комерція та торгівля» Кодексу Законів США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/34Utxqi (англійська мова).

1143 Визначення дилера наведено в підпункті 5 пункту а параграфу 78 (с) глави 2B «Фондові біржі» розділу 15 «Комерція та торгівля» Кодексу Законів США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/34Utxqi (англійська мова).

1144 Визначення фондової біржі наведено в підпункті 1 пункту а параграфу 78 (с) глави 2B «Фондові біржі» розділу 15 «Комерція та торгівля» Кодексу Законів США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/34Utxqi (англійська мова).

1145 Визначення альтернативної торговельної системи наведено у параграфі 242.300 (а) глави 2 «Комісія з цінних паперів та фондових бірж США» розділу 17 «Товарні та фондові біржі» Зводу федеральних регламентів США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3lmoa0N (англійська мова).

1146 Визначення клірингової установи наведено в підпункті 23 пункту а параграфу 78 (с) глави 2B «Фондові біржі» розділу 15 «Комерція та торгівля» Кодексу Законів США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/34Utxqi (англійська мова).

1147 Визначення трансфертного агента наведено в підпункті 25 пункту а параграфу 78 (с) глави 2B «Фондові біржі» розділу 15 «Комерція та торгівля» Кодексу Законів США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/34Utxqi (англійська мова).

Комісія все чіткіше дає зрозуміти, що має намір регулювати віртуальні валюти у межах її чинних повноважень у цій сфері.

Наприклад, відділ торгівлі та ринків та відділ правозастосування Комісії опублікували спільну заяву[1148], в якій зазначили, що торговельні майданчики, на яких фізичні особи купують токени, які також розглядаються як цінні папери в рамках проведення первинного розміщення монет (або під час вторинних транзакцій), можуть підпасти під зобов'язання реєструватись у Комісії з цінних паперів і фондових бірж США як національна фондова біржа. Крім того, є можливим звільнення від реєстрації, наприклад, якщо це є альтернативна торговельна система.

Також, Комісія з цінних паперів і фондових бірж США зверталась до цього ж питання у вищевказаному «Звіті DAO» (липень 2017 року)[1149]. Там було виявлено, що певні платформи, які сприяли торгівлі деякими токенами DAO, що являли собою цінні папери, порушували розділ 5 Закону США «Про фондові біржі», займаючись діяльністю, яка відповідала визначенню фондової біржі (тобто, зіставляючи для виконання замовлення кількох покупців і продавців з використанням недискреційних методів). Такі платформи не були зареєстровані як фондові біржі або сподівались на звільнення від реєстрації відповідно до чинного законодавства.

Нижче наведено загальний огляд деяких із найпоширеніших видів діяльності, які підлягають реєстрації відповідно до Закону США «Про фондові біржі» та пов'язаних з цим вимог, у частині проведення транзакцій з віртуальними валютами, які розглядаються як цінні папери, або інших способів сприяння проведенню транзакцій з ними.

Брокери та дилери

Реєстрація у Комісії з цінних паперів і фондових бірж США взагалі потрібна для будь-якого суб'єкта господарювання, який підпадає під законодавче визначення брокера чи дилера, включаючи у тому числі питання щодо їхньої діяльності, пов'язаної з віртуальними валютами, що розглядаються як цінні папери. До поняття брокера, що здійснює операції з цінними паперами, належить будь-яка особа, яка проводить операції з цінними паперами за рахунок інших осіб[1150]. Винятки з визначення брокера також доступні для банку[1151], як вказано у Законі США «Про фондові біржі».

1148 З текстом «Заяви про потенційно незаконні онлайн-платформи для торгівлі цифровими активами» (від 07.03.2018) можна ознайомитись на офіційному вебсайті Комісії за посиланням: https://bit.ly/3KZRJXL (англійська мова).

1149 Розділ 2.3. «Звіту DAO», див. виноску 4.

1150 Визначення брокера наведено в підпункті 4 пункту а параграфу 78 (с) глави 2B «Фондові біржі» розділу 15 «Комерція та торгівля» Кодексу Законів США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/34Utxqi (англійська мова).

1151 Що розуміється у понятті «банк» наведено в підпункті 6 пункту а параграфу 78 (с) глави 2B «Фондові біржі» розділу 15 «Комерція та торгівля» Кодексу Законів США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/34Utxqi (англійська мова).

Такий банк може здійснювати тільки певні види операцій із цінними паперами (наприклад, сторонні посередницькі угоди, довірча діяльність, плани купівлі акцій і рахунки)[1152].

До поняття брокера, що здійснює операції з цінними паперами, належить будь-яка особа, яка здійснює купівлю та продаж цінних паперів за свій власний рахунок, незалежно від того, чи такі операції здійснюються через брокера або якось інакше. Крім того, до цього визначення не входять особи, які не проводять операції з цінними паперами.

Зокрема, як виняток до поняття «дилер-трейдер» зазначено, що особа взагалі не діє як дилер, коли вона торгує за свій власний рахунок, але не в рамках проведення звичайної господарської діяльності.

Відділ з питань торгівлі та ринків Комісії з цінних паперів і фондових бірж США також опублікував значний обсяг рекомендацій у формі листів-відмов, у яких детально розглянуто, коли особа може займатися брокерською або дилерською діяльністю. Проте співробітники Комісії не будуть рекомендувати відомству вживати будь-які правозастосовні заходи, якщо певна особа займається зазначеною діяльністю без реєстрації. Таким чином, розгляд даних настанов також має значення для оцінювання учасником ринку того, чи діє він як брокер чи дилер, а також чи має він реєструватись.

Відповідно до пункту (1) частини (а) розділу 15 Закону США «Про фондові біржі» будь-яка особа зобов'язана зареєструватись, якщо вона діє як брокер або дилер, як описано вище, та використовує інструментарій торгівлі між штатами[1153] «щоби проводити будь-які транзакції з цінними паперами, або спонукати чи робити спроби з метою спонукання до купівлі або продажу будь-яких цінних паперів (крім звільнених від цього цінних паперів, комерційних паперів, банківських акцептів та комерційних векселів)»[1154].

Реєстрація у Комісії з цінних паперів і фондових бірж США вимагає подання форми BD (Уніфікована форма на реєстрацію брокера та дилера) через Центральний реєстраційний депозитарій, який наразі є центральною системою ліцензування

1152 Перелік цих видів діяльності наводиться в абзаці B підпункту 4 пункту а параграфу 78 (с) глави 2B «Фондові біржі» розділу 15 «Комерція та торгівля» Кодексу Законів США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/34Utxqi (англійська мова).

1153 Визначення торгівлі між штатами наведено в підпункті 17 пункту а параграфу 78 (с) глави 2B «Фондові біржі» розділу 15 «Комерція та торгівля» Кодексу Законів США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/34Utxqi (англійська мова).

1154 Див. підпункт 1 пункту а параграфу 78 (о) глави 2B «Фондові біржі» розділу 15 «Комерція та торгівля» Кодексу Законів США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/36Ai8g0 (англійська мова).
Брокер або дилер та його персонал також повинні окремо та незалежно дотримуватися законодавства про цінні папери (або законів «синього неба») та, зокрема, вимог щодо реєстрації брокера та дилера, агента та продавця, кожного штату та території США (включаючи Федеральний Округ Колумбія), в якому брокер або дилер та його персонал провадять діяльність з цінними паперами, навіть якщо брокер чи дилер не має фізичної присутності у відповідному штаті.

та реєстрації, що керується приватною корпорацією зі статусом СРО під назвою «Організація з питань регулювання сфери фінансової індустрії» (FINRA). Якщо брокер або дилер не є членом національної біржі цінних паперів США та зазвичай обмежує свою діяльність з цінними паперами торгівлею на цій біржі, то він також має стати членом цієї корпорації, яка у США є національною асоціацією цінних паперів для брокерів та дилерів. Крім того Організація з питань регулювання сфери фінансової індустрії як СРО має наглядові повноваження та повноваження щодо правозастосування стосовно своїх членів.

Щоби подати заявку на вступ до Організації з питань регулювання сфери фінансової індустрії, брокери та дилери мають заповнити детальну форму про нове членство, яку вимагає надати від заявника це СРО. До цієї форми також необхідно додати внутрішні документи, де описані детальні процедури з питань нагляду та дотримання вимог.

З 2018 року Організація з питань регулювання сфери фінансової індустрії намагається вести постійний діалог зі своїми компаніями-членами щодо їхньої поточної та запланованої діяльності, пов'язаної з цифровими активами, шляхом випуску щорічних повідомлень для членів, останнє з яких – Регуляторне повідомлення 20-23. У повідомленнях компаніям-членам пропонується повідомити Організацію, якщо «вони, їх пов'язані особи чи філії в цей час займаються або мають намір брати участь у будь-якій діяльності, пов'язаній з цифровими активами»[1155].

Крім того, повідомлення також нагадує членам FINRA про вимогу подати заявка на збереження статусу члена відповідно до Правила 1017 FINRA та отримання погодження від FINRA перед тим, як вносити суттєві зміни до своєї господарської діяльності. Проте, Організація з питань регулювання сфери фінансової індустрії не вказує, що діяльність, пов'язана з цифровими активами, per se, буде суттєвою зміною.

У 2021 році Організація з питань регулювання сфери фінансової індустрії опублікувала свій перший звіт з виконання програми з питань експертизи та моніторингу ризиків Організації, висвітлюючи міркування, які вона вважає, що компанії-члени повинні враховувати у своїх програмах з питань дотримання вимог. Організація з питань регулювання сфери фінансової індустрії рекомендувала фірмам звернути увагу на таке:

a. як вони розглядають цифрові активи під час перевірки незвичної ділової активності зареєстрованих осіб та приватних операцій із цінними паперами пов'язаних з ними осіб;

1155 https://bit.ly/3KQJmhc (англійська мова). Див також Регуляторні повідомлення Організації з питань регулювання сфери фінансової індустрії від 18.07.2019 № 19-24 та від 06.07.2018 № 18-20 «FINRA закликає компанії повідомляти FINRA, якщо вони займаються діяльністю, що пов'язана з цифровими активами».

b. чи є публічні повідомлення щодо цифрових активів «справедливими та збалансованими» та чи містять належне розкриття інформації про ризики;

c. чи вони розглядають можливість застосування правил захисту клієнтів під час проведення транзакцій з цифровими активами.

У звіті також визначено низку ефективних та неефективних практик, пов'язаних із комунікаціями цифрових активів та програмами дотримання вимог щодо незвичної ділової активності та приватних операцій із цінними паперами.

Серед інших міркувань стосовно діяльності брокерів та дилерів, що пов'язана з віртуальними валютами, які розглядаються як цінні папери, учасникам ринку варто розглянути питання про сумісність своєї запланованої діяльності з чинними вимогами правил фінансової відповідальності, які затверджені Комісією з цінних паперів і фондових бірж США[1156].

Наприклад, відповідно до Правила Комісії з цінних паперів і фондових бірж США 15c3-3(b)(1) брокери та дилери зазвичай зобов'язані негайно отримати та надалі зберігати контроль над усіма повністю сплаченими та надлишково маржінальними цінними паперами, які зберігаються на рахунках клієнта[1157]. Терміни «повністю сплачені цінні папери»[1158] та «надлишково маржинальні цінні папери»[1159] окремо визначені у Правилі 15c3-3.

Брокери та дилери часто виконують це зобов'язання, здійснюючи зберігання цінних паперів у кліринговій установі (наприклад, депозитарній трастовій компанії або банку-зберігачі), оскільки ці місця для зберігання визнаються у Правилі 15c3-3(c) як такі, що перебувають під контролем брокера чи дилера.

Проте, стосовно віртуальних валют, які розглядаються як цінні папери, подібні визнані місця належного контролю можуть бути не практичними залежно від характеристик фінансових інструментів та способу їх емісії та обслуговування.

1156 Див. Лілія Тесслер, Девід М. Кац, Штеффен Хеммеріх і Деніель Енгорен «Зберігання цифрових активів, які розглядаються як цінні папери: пропозиція щодо вирішення відкритих питань для брокерів та дилерів у рамках правила захисту клієнтів SEC», видання ТОВ «Сидлі Остін» у рамках навчальної серія «Блокченй-2019» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/36bGY66 (англійська мова).

1157 Абзац (1) пункту b параграфу 240.15c3-3 глави 2 «Комісія з цінних паперів та фондових бірж США» розділу 17 «Товарні та фондові біржі» Зводу федеральних регламентів США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LjZcBl (англійська мова).

1158 Абзац (3) пункту a параграфу 240.15c3-3 глави 2 «Комісія з цінних паперів та фондових бірж США» розділу 17 «Товарні та фондові біржі» Зводу федеральних регламентів США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LjZcBl (англійська мова).

1159 Абзац (4) пункту a параграфу 240.15c3-3 глави 2 «Комісія з цінних паперів та фондових бірж США» розділу 17 «Товарні та фондові біржі» Зводу федеральних регламентів США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LjZcBl (англійська мова).

Тому брокеру чи дилеру варто оцінити свою заплановану діяльність на відповідність вимогам Комісії з цінних паперів і фондових бірж США щодо контролю, включаючи те, чи буде потреба такому учаснику ринку звернутися до Комісії для визнання нового місця контролю відповідно до Правила 15c3-3(c)(7)[1160].

8 липня 2019 року відділ з питань торгівлі та ринків Комісії з цінних паперів і фондових бірж США та Офіс головного юрисконсульта Організації з питань регулювання сфери фінансової індустрії опублікували спільну заяву про зберігання брокерами чи дилерами цифрових активів, що розглядаються як цінні папери. Ця заява містила огляд регулювання, що застосовується до різних учасників ринку, у тому числі стосовно моделей брокерів та дилерів, що не є зберігачами, застосування правил Комісії 15c3-3 до брокерів та дилерів, що є зберігачами, а також правил бухгалтерського обліку та фінансової звітності[1161].

23 грудня 2020 року Комісія з цінних паперів і фондових бірж США опублікувала заяву та запит на коментар, які стосувались питань з дотримання Правила 15c3-3 під час зберігання цифрових активів брокером чи дилером. Визнаючи складність виконання Правила 15c3-3 щодо цифрових активів та необхідність вирішення ризиків, пов'язаних із зберіганням цифрових активів, для інвесторів та учасників ринку, Комісія оприлюднивши цю заяву, крім того, звернулась з проханням надати коментарі про найкращі практики та стандарти, що стосуються зберігання цифрових активів, а також запровадила тимчасові стандарти щодо зберігання.

Відповідно до цих тимчасових стандартів, термін дії яких закінчується у квітні 2026 року, Комісія з цінних паперів і фондових бірж США не буде розпочинати правозастосовні заходи у відношенні брокера чи дилера, який «вважає, що отримав і підтримував фізичне володіння або контроль над повністю сплаченим та надлишково маржинальним цифровим активом клієнта, що розглядався як цінний папір» відповідно до Правила 15c3-3(b)(1) за певних перерахованих обставин. Стандарти призначені, щоб убезпечити брокерів, дилерів та їхніх клієнтів, у той час як Комісія прагне «отримати додаткове розуміння про нові стандарти та найкращі практики щодо зберігання цифрових активів, що розглядаються як цінні папери», які будуть визначати потенційне майбутнє регулювання. Варто звернути увагу, що у заяві Комісії не йдеться про те, чи може брокер або дилер відповідати Правилу 15c3-3, покладаючись на одне з місць, визнаних у Правилі 15c3-3(c) такими, що перебувають під контролем брокера чи дилера.

1160 Абзац (7) пункту c параграфу 240.15c3-3 глави 2 «Комісія з цінних паперів та фондових бірж США» розділу 17 «Товарні та фондові біржі» Зводу федеральних регламентів США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LjZcBl (англійська мова).

1161 Спільна заява від 08.07.2019 «Про зберігання брокерами чи дилерами цифрових активів, які розглядаються як цінні папери» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3JtdiQb (англійська мова)

Фондові біржі та альтернативні торговельні системи

Взагалі згідно із Законом США «Про фондові біржі», фондова біржа визначається як система, яка об'єднує замовлення на цінні папери кількох покупців та продавців і використовує встановлені, недискреційні методи (чи то через надання торговельного майданчика, чи завдяки встановленню правил), відповідно до яких такі замовлення взаємодіють один з одним[1162].

Як зазначалося вище, Комісія з цінних паперів і фондових бірж США та її співробітники нещодавно підкреслили, що учасники ринку, які сприяють транзакціям у віртуальних валютах, що розглядаються як цінні папери, можуть підпадати під визначення фондової біржі. Будь-яка організація або група осіб, що здійснюють функції, які зазвичай надає фондова біржа, зобов'язані або зареєструватись як національна фондова біржа, домагатися підтвердження фактів, що вони не є фондовою біржею[1163] чи стати альтернативною торговельною системою, якою керує брокер чи дилер. Відповідно до нормативно-правової бази, згідно з якою Комісія здійснює власні повноваження, альтернативна торговельна система є національною фондовою біржею. Однак вона звільнена від такої реєстрації за умови дотримання вимог Регламенту Комісії з цінних паперів і фондових бірж США щодо альтернативних торговельних систем[1164].

Регуляторне навантаження, пов'язане з реєстрацією та функціонуванням національної фондової біржі, є значно більшим, ніж навантаження для альтернативної торговельної системи. Наприклад, процес реєстрації для фондової біржі передбачає заповнення та подання Форми «1» до Комісії з цінних паперів і фондових бірж США, яка публікується для проведення громадського обговорення та одержання коментарів. Навпаки, подання форми для альтернативної торговельної системи до Комісії не потребує здійснення таких заходів. Крім того, відповідно до розділу 6(b)(2) Закону США «Про фондові біржі»[1165] національна фондова біржа у будь-якомв разі зобов'язана надавати змогу будь-якому брокеру чи дилеру або фізичній особі, що пов'язана з будь-яким брокером або дилером, стати учасником біржі. Альтернативна торговельна система не підпадає під дію цієї вимоги, а отже, має можливість вирішувати на власний розсуд, кому давати змогу брати участь.

1162 Визначення біржі наведено у в підпункті 1 пункту а параграфу 78 (с) глави 2В «Фондові біржі» розділу 15 «Комерція та торгівля» Кодексу Законів США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/34Utxqi (англійська мова) та у пункті а параграфу 240.3b-16 глави 2 «Комісія з цінних паперів та фондових бірж США» розділу 17 «Товарні та фондові біржі» Зводу федеральних регламентів США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LjZcBl (англійська мова).

1163 Відповідно до параграфу 78 (е) глави 2В «Фондові біржі» розділу 15 «Комерція та торгівля» Кодексу Законів США та пункту е параграфу 240.3b-16 глави 2 «Комісія з цінних паперів та фондових бірж США» розділу 17 «Товарні та фондові біржі» Зводу федеральних регламентів США Комісія має повноваження встановлювати факти, що організація чи група осіб у своїй діяльності не підпадає під визначення фондової біржі.

1164 Див. абзац (2) пункту а параграфу 240.3а1-1 глави 2 «Комісія з цінних паперів та фондових бірж США» розділу 17 «Товарні та фондові біржі» Зводу федеральних регламентів США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LjZcBl (англійська мова).

1165 Див. підпункт 2 пункту b параграфу 78 (f) глави 2В «Фондові біржі» розділу 15 «Комерція та торгівля» Кодексу Законів США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/350OhwC (англійська мова).

Правила фондової біржі також зазвичай не можуть бути змінені без попереднього погодження цих змін з Комісією з цінних паперів і фондових бірж США відповідно до розділу 19(b)(1) Закону США «Про фондову біржу», які публікується для проведення громадського обговорення та одержання коментарів. Такі обговорення можуть тривати до 240 календарних днів. Після цього Комісія або схвалює або відхиляє відповідні зміни до правил[1166]. Наразі жодна вимога щодо подання на погодження до Комісії у цьому випадку не поширюється на альтернативну торговельну систему, яка бажає змінити свій порядок роботи.

Зміни до порядку роботи альтернативної торговельної системи, внесені відповідно до поправок до форми «ATS» або форми «ATS-N», не затверджуються Комісією з цінних паперів і фондових бірж США, але тільки мають надаватися до Комісії у термін не пізніше 30 днів до дати впровадження таких змін[1167]. На фондові біржі також поширюються Положення Комісії з цінних паперів і фондових бірж США щодо відповідності та цілісності[1168], які вимагають детальної політики, процедур і моніторингу для забезпечення цілісності та стійкості більшості біржових систем. Альтернативні торговельні системи загалом не підпадають під подібні вимоги, якщо тільки ці системи не перевищують визначені порогові значення обсягу певного цінного паперу[1169].

У вищевказаній спільній заяві відділу з питань торгівлі та ринків Комісії з цінних паперів і фондових бірж США та Офісу головного юрисконсульта Організації з питань регулювання сфери фінансової індустрії від 8 липня 2019 року співробітники Комісії та Організації визначили потенційну модель господарської діяльності для брокерів та дилерів, що не є зберігачами та які бажають здійснювати транзакції на будь-якій альтернативній торговельній системі з цифровими активами, що розглядаються як цінні папери.

Відповідно до цієї моделі «покупець та продавець надсилає свої відповідні замовлення до альтернативної торговельної системи, яка поєднує варіанти, що найкраще збігаються з вимогами запитувачів та повідомляє їх про відповідну торгівлю – як наслідок покупець та продавець розраховують угоду».

1166 Див. підпункт 1 пункту b параграфу 78 (s) глави 2B «Фондові біржі» розділу 15 «Комерція та торгівля» Кодексу Законів США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3IpTdsI (англійська мова).

1167 Див. абзац (A) підпункту (i) пункту 2 частини (a) параграфу 242.304 глави 2 «Комісія з цінних паперів та фондових бірж США» розділу 17 «Товарні та фондові біржі» Зводу федеральних регламентів США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3ukBP3n (англійська мова).

1168 Див. параграфи 242.1000 і далі глави 2 «Комісія з цінних паперів та фондових бірж США» розділу 17 «Товарні та фондові біржі» Зводу федеральних регламентів США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wALwNQ (англійська мова).

1169 Див. параграфи, які зазначені у виносці 43, у частині, що стосується альтернативних торговельних систем

25 вересня 2020 року відділ з питань торгівлі та ринків Комісії з цінних паперів і фондових бірж США опублікував лист-відмову, де описана інша скорочена модель, яку може використовувати альтернативна торговельна система, що не здійснює функції зберігача для цифрових активів, які розглядаються як цінні папери. Відповідно до цієї моделі «покупець та продавець надсилають свої відповідні замовлення до альтернативної торговельної системи повідомляють своїх зберігачів про ці замовлення та доручають останнім здійснювати розрахунки за транзакціями, відповідно до критеріїв, які наводяться в їхніх замовленнях, коли відповідна альтернативна торговельна система повідомить зберігачів про знайдені варіанти, де найкраще збігаються вимоги запитувачів. Така система поєднує замовлення; повідомляє покупця, продавця та їхніх зберігачів про відповідну торгівлю, а зберігачі виконують умови доручень». Водночас, є важливим те, що брокер чи дилер по суті не здійснюють контроль над цифровими активами та не гарантують розрахунки.

Клірингові установи

Учасникам ринку, які планують займатися пост-торговельною діяльністю, яка пов'язана з транзакціями з віртуальними валютами, що розглядаються як цінні папери, варто прискіпливо вивчити питання, чи може їхня діяльність набути ознак клірингової установи. Термін «клірингова установа» відповідно до Розділу 3(a)(23)(A) Закону США «Про фондові біржі»[1170] охоплює широкий діапазон видів діяльності на ринку цінних паперів та включає будь-яку особу, яка:

a. є посередником у здійсненні платежів чи поставок або обидві дії одночасно, які пов'язані з операціями з цінними паперами;
b. забезпечує можливості для порівняння даних щодо умов розрахунків за операціями з цінними паперами з метою зменшення кількості розрахунків за операціями з цінними паперами або з метою розподілу обов'язків щодо розрахунків з цінними паперами;
c. є зберігачем цінних паперів, підтримуючи зв'язок з системою центрального управління цінними паперами, з допомогою якої всі цінні папери певного класу або серії будь-якого емітента, що є депонованими у системі, розглядаються як взаємозамінні та можуть бути передані, позичені або опинитись у заставі через використання бухгалтерського запису, без фізичної доставки сертифікатів цінних паперів;
d. іншим чином надає змогу або сприяє здійсненню розрахунків за операціями з цінними паперами або іпотеці чи позиці цінних паперів без фізичної доставки сертифікатів.

1170 Див. абзац A підпункту 23 пункту a параграфу 78 (c) глави 2B «Фондові біржі» розділу 15 «Комерція та торгівля» Кодексу Законів США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/34Utxqi (англійська мова).

На практиці це стосується фірм, які діють як центральний контрагент для новації, неттінгу та гарантування зобов'язань щодо розрахунків з цінними паперами або які працюють як центральний депозитарій цінних паперів (наприклад, депозитарна трастова компанія) для передавання права власності з допомогою реєстраційних записів. Однак, Комісія з цінних паперів і фондових бірж США також визнала, що термін «клірингова установа» може торкатись фірм, які виконують інші загальні типи функцій на ринках цінних паперів. Сюди можна віднести, але цим не обмежуємось, діяльність з управління заставою, яка включає обчислення вимог до застави та сприяння передачі застави між контрагентами та службами узгодження торгівлі, коли посередник порівнює торгові дані, щоб зменшити кількість розрахунків або розподілити обов'язки за розрахунками[1171].

Водночас, подібно до реєстрації та функціонування національної фондової біржі, реєстрація та діяльність зареєстрованої клірингової установи передбачає значні нормативні вимоги, які включають, але не виключно, подання на погодження до Комісії з цінних паперів і фондових бірж США проєкту розроблених змін до правил та дотримання Положення Комісії щодо відповідності та цілісності.

Таким чином, якщо учасники ринку вважають, що їхня діяльність може підпадати під визначення клірингової установи, то їм варто розглянути такі питання: чи підлягають вони певним виняткам із визначення клірингової установи, які наводяться розділі 3(a)(23)(B) Закону США «Про фондові біржі»[1172] або чи було б доцільно домагатися звільнення від реєстрації. Комісія з цінних паперів і фондових бірж США має повноваження надавати умовні або безумовні звільнення від реєстрації відповідно до розділу 17A(b)(1) Закону США «Про фондові біржі»[1173].

У жовтні 2019 року Комісія з цінних паперів і фондових бірж США надіслала лист-відмову до ТОВ «Paxos Trust Company» (далі – «Paxos») про звільнення від реєстрації клірингової установи відповідно до розділу 17A(b)(1) Закону США «Про фондові біржі»[1174]. Лист-відмова був підготовлений, базуючись на тому, що «Paxos» протягом періоду тривалістю до 24 місяців буде здійснювати дослідну експлуатацію дозволеної приватної системи розподіленого реєстру для розроблення техніко-економічного обґрунтування цієї системи[1175]. Система реєструє зміни у права власності на цінні папери та грошові кошти, які виникають унаслідок розрахунків за операціями з цінними паперами між учасниками послуги[1176].

1171 Див. «Стандарти з питань діяльності та управління клірингoвою установою», які опубліковані у «Федеральному реєстрі» 16.03.2011 (том 76, № 51) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3quqXPD (англійська мова).

1172 Див. абзац B підпункту 23 пункту a параграфу 78 (c) глави 2B «Фондові біржі» розділу 15 «Комерція та торгівля» Кодексу Законів США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/34Utxqi (англійська мова).

1173 Див. підпункту 1 пункту b параграфу 78 (q-1) глави 2B «Фондові біржі» розділу 15 «Комерція та торгівля» Кодексу Законів США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/36l8PAA (англійська мова).

1174 Лист доступний за посиланням: https://bit.ly/3D49e6o (англійська мова).

1175 Ibid.

1176 Ibid.

Ця система призначена для здійснення одночасних розрахунків з доставки та оплати за операції з цінними паперами та грошовими коштами, які надаються системі для клірингу та розрахунків[1177].

Трансфертні агенти

Якщо учасник ринку надає послуги емітенту віртуальної валюти, яка розглядається як цінний папір, йому варто звернути увагу на визначення трансфертного агента, яке наводиться у Розділі 3(a)(25) Закону США «Про фондові біржу»[1178]. Під це визначення підпадає будь-яка особа, яка проводить таку діяльність від імені емітента цінних паперів:

a. контрасигнація цінних паперів під час емісії;
b. контроль за емісією цінних паперів з метою запобігання несанкціонованій емісії;
c. реєстрація передання емітентом цінних паперів емітента;
d. обмін або конвертація цінних паперів;
e. передання прав власності на цінні папери з допомогою здійснення бухгалтерських записів без фізичної видачі сертифікатів цінних паперів.

Крім того, розділ 17A(c)(1) Закону США «Про фондові біржі» передбачає, що для будь-якого трансфертного агента, який не пройшов процедуру реєстрації, якщо не сказано у Цьому Законі інше, є незаконним використовувати американські інструменти торгівлі між штатами США «для виконання функції трансфертного агента стосовно будь-якого цінного паперу, зареєстрованого відповідно до розділу 12 [Закону США «Про фондові біржі»] або який необхідно було б зареєструвати, за винятком звільнення від реєстрації, передбаченим підпунктами (g)(2)(B) або (g)(2)(G) цього розділу»[1179].

Таким чином, реєстрація трансфертного агента не потрібна, якщо особа не є трансфертним агентом щодо таких цінних паперів. Комісія з цінних паперів і фондових бірж США також має повноваження відповідно до розділу 17A(c)(1) Закону США «Про фондові біржі»[1180] надавати умовні або безумовні звільнення від реєстрації трансфертного агента.

1177 Ibid.

1178 Див. підпункту 25 пункту a параграфу 78 (c) глави 2B «Фондові біржі» розділу 15 «Комерція та торгівля» Кодексу Законів США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/34Utxqi (англійська мова).

1179 Див. підпункту 1 пункту c параграфу 78 (q-1) глави 2B «Фондові біржі» розділу 15 «Комерція та торгівля» Кодексу Законів США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/36l8PAA (англійська мова).

1180 Ibid.

iii. ЗАКОНОДАВСТВО ПРО ТОВАРИ

У рамках, де віртуальна валюта вважається товаром, Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США має нормативні повноваження стосовно операцій із деривативами щодо віртуальної валюти та має повноваження у сфері боротьби з шахрайством та маніпуляціями щодо власне операцій у віртуальній валюті. Ця Комісія розпочала цивільні провадження проти майданчиків з торгівлі деривативами віртуальної валюти, стверджуючи, що останні не дотримуються вимог Комісії щодо регульованих бірж деривативів. Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США також має широкі повноваження щодо подання цивільно-правових позовів в разі шахрайства або маніпуляцій стосовно будь-якої товарної операції в торгівлі між штатами, навіть якщо така операція не є операцією з деривативами (тобто навіть якщо це не ф'ючерсний контракт, своп чи опціон).

Оскільки деякі віртуальні валюти є товарами, як цей термін визначено в Законі США «Про товарні біржі»[1181], то Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США заявляє, що може притягувати до відповідальності за проведення будь-якої шахрайської, оманливої чи маніпулятивної діяльності, яка пов'язана з віртуальними валютами, готівковими коштами та форвардними операціями. Це робить цю Комісію ключовим гравцем в американському режимі регулювання віртуальних валют.

Варто зазначити, що у 2014 році тодішній голова Комісії з торгівлі товарними ф'ючерсами США повідомив Конгресу США, що контракти на деривативи, де базовий актив представлений у вигляді віртуальних валют, підпадають під юрисдикцію Комісії.

Починаючи з 2015 року, Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США розпочала кілька адміністративних проваджень щодо використання віртуальних валют. Під час розгляду деяких з цих справ, Комісія встановила, що біткоїн та всі віртуальні валюти були товарами. Тобто, біткоїн не був фіатною валютою, опціони на біткоїн були товарними опціонами (та, отже, у рамках визначення свопів), а майданчики для торгівлі, де котирувались деривативи на біткоїн, потрібно було зареєструвати у Комісії як засоби з виконання свопів чи визначені ринки контрактів.

Відтоді Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США завжди підтримує таку точку зору, що всі віртуальні валюти підпадають під визначення товару відповідно до Закону США «Про товарні біржі», незалежно від того, що ф'ючерсні контракти на якусь віртуальну валюту можуть ще не існувати. Проте, залишається незрозумілим, чи всі суди погодяться з широким поглядом Комісії на її повноваження. Однак, принаймні один окружний суд підтвердив повноваження Комісії щодо транзакцій з віртуальними валютами.

1181 Закон США «Про товарні біржі» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wBgtSo (англійська мова).

У березні 2018 року під час судового розгляду справи «Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США проти McDonnell» суддя федерального окружного суду підтримав позицію Комісії про те, що всі віртуальні валюти є товарами згідно з визначенням, яке наведене у Законі США «Про товарні біржі», та що спотові транзакції з віртуальними валютами належать до повноважень Комісії у сфері боротьбі з шахрайством та маніпуляціями[1182].

Відповідно до повноважень Комісії з торгівлі товарними ф'ючерсами США щодо спотових товарних транзакцій у березні 2021 року Комісія розпочала та довела до завершення правозастосовні заходи у відношенні «Coinbase Inc» за недостовірне, оманливе або неточне повідомлення про спотові транзакції з віртуальними валютами, здійснені на її платформі, а також фальсифікування обсягів торгівлі колишнім працівником, незважаючи на те, що жодна з операцій не передбачала деривативів.

Деякі положення Закону США «Про товарні біржі» та нормативних документів Комісії з торгівлі товарними ф'ючерсами США відрізняються для товарів, які є іноземною валютою (тобто, фіатною валютою) та для інших товарів. Відповідно до публічних заяв комісарів та співробітників Комісії, а також, враховуючи кілька прийнятих рішень та заходів із правозастосування можна зробити висновок, що Комісія не розглядає віртуальну валюту як нормативний еквівалент іноземної валюти, оскільки, станом на сьогодні віртуальні валюти не були законним платіжним засобом та не випускались будь-якою незалежною державою.

Незважаючи на чітку думку Комісії з торгівлі товарними ф'ючерсами США, що віртуальні валюти не є фіатною валютою, у березні 2020 року Комісія заявила, що віртуальна валюта є «цифровим активом, який охоплює будь-яке цифрове представлення вартості чи одиниці рахунків, які є видом валюти або можуть так використовуватись (тобто їх можуть переказувати одна сторона на адресу іншої як засіб обміну)»[1183].

Зараз у США активно функціонують ринки ф'ючерсних контрактів на біткоїни та збільшується сприйняття на ринку деривативів віртуальної валюти. У червні 2020 року опитування ринку показало, що двадцять два відсотки респондентів, які інвестували в цифрові активи, піддавались ризикам через ф'ючерси.

1182 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3iBRaax (англійська мова). Див. також справу «Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США проти My Big Coin Pay, Inc.» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3iBRlgB (англійська мова).

1183 Див. статтю «Комісія публікує остаточні керівні настанови з питань тлумачення фактичної доставки цифрових активів» (офіційне видання Комісії від 24.03.2020 № 8139-20) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/36jtBRr (англійська мова).
Ця інтерпретація віртуальної валюти («остаточні роздрібні транзакції») підтвердила попередню інтерпретацію віртуальної валюти («запропоновані роздрібні транзакції») Комісією із керівних настанов «Роздрібні товарні транзакції з використанням віртуальної валюти», які були опубліковані в грудні 2017 року у Федеральному реєстрі (том 82, стор. 60335-60338) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3NlU4hO (англійська мова).

У попередньому році частка таких респондентів складала дев'ять відсотків[1184].

Один із способів, з допомогою якого Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США утвердила свої повноваження над ринками віртуальних валют, стали «операції з роздрібними товарами». Закон США «Про товарні біржі» надає регуляторні повноваження Комісії щодо операцій із роздрібною торгівлею будь-якого товару у рамках, в яких операція здійснюється з допомогою кредитного плеча, маржі або фінансується оферентом або особою, що діє спільно з оферентом. Положення про роздрібні товарні операції не застосовуються до операцій, які призводять до «фактичної доставки» протягом 28 днів. Значення терміну «фактична доставка» в контексті суто цифрових представлень вартості, таких як віртуальні валюти, було предметом гострих дискусій. У березні 2020 року Комісія опублікувала остаточне пояснення щодо значення цього терміну в контексті роздрібних операцій у віртуальних валютах.

Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США повідомила, що, хоча перевірка фактичної доставки буде визначатися фактами та обставинами, проте вона буде відстежувати, чи зможе роздрібний клієнт не пізніше, ніж через 28 днів після транзакції отримати у володіння та контролювати всю кількість придбаної віртуальної валюти (включно з маржинальною або фінансовою частиною чи частиною кредитного плеча), а також вільно використовувати її з торговельною метою в будь-який час після цього. До того ж у продавця, торговельної платформи або постачальника послуг з фінансування (або будь-яких їхніх філій чи агентів) не залишаються будь-які частки, юридичні права або контроль над віртуальною валютою.

Також Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США зазначила, що загалом вважатиме, що володіння та контроль клієнта демонструються за наявності одночасно таких ознак:

a. якщо відбувається переказ віртуальної валюти від продавця або торговельної платформи та отримання за окремою адресою блокчейна, якою роздрібний клієнт володіє та контролює одноосібно або це здійснює окремий, незалежний і належним чином ліцензований депозитарій, обраний роздрібним клієнтом;
b. якщо роздрібний клієнт має можливість вільно використовувати віртуальну валюту з торговельною метою, як тільки це стане технологічно можливо;
c. якщо у продавця, торговельної платформи або постачальник послуг з фінансування (або будь-яких їхніх філій чи агентів) не зберігаються будь-які частки, юридичні права або контроль над переказаною віртуальною валютою.

1184 Fidelity Digital Assets: «Дані нашого нового дослідження показують, що відбувається зростання кількості інституційних інвесторів, які хочуть, щоб цифрові активи обов'язково були частиною їхніх інвестиційних портфелів» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3D9pBie (англійська мова).

Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США визнала, що доставку фактично можна забезпечити, навіть якщо торговельна платформа має хоч якісь відносини або зв'язки з депозитаріями своїх клієнтів. Це є можливим поки депозитарій повністю відокремлений від торгової платформи. Але також депозитарій має певні інші запобіжні заходи для забезпечення реального отримання клієнтом можливості володіти та контролювати віртуальну валюту[1185].

Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США також повідомила, що механізм виписки, розрахунки готівкою, неттінгові чи компенсаційні механізми або коли віртуальна валюта утримується у спільному гаманці, де оператор торговельної платформи зберігає закриті ключі, не будуть являти собою фактичну доставку.

Водночас, Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США має окремі джерела повноважень, які не пов'язані з визначенням товару. Комісія має повноваження щодо регулювання сфери свопів. Визначення свопу є широким. Воно включає в себе низку різних видів операцій, які базуються на товарах. Але також сюди входять операції, що базуються на відсоткових чи інших ставках, валюті, цінних паперах, інструментах заборгованості, індексах, кількісних показниках або інших фінансових чи економічних інтересах та майни будь-якого виду. Визначення також включає певні виконавчі контракти, виконання яких залежить від «настання, ненастання або масштабу настання події чи непередбачених обставин, пов'язаних із потенційними фінансовими, економічними чи комерційними наслідками». Оскільки визначення свопу є настільки широким, Комісія може мати повноваження щодо певних типів транзакцій у віртуальній валюті, незалежно від того, чи буде конкретна віртуальна валюта розглядатись як товар.

У жовтні 2020 року Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США подала цивільний позов до федерального суду штату Нью-Йорк проти власників платформи для торгівлі віртуальними валютами «BitMEX», яка вважалась найбільшою такою платформою у світі. У цьому позові власників платформи звинувачували у проведенні незареєстрованої торгівлі. Комісія стверджувала, що обвинувачені одержали понад 11 млрд доларів США у вигляді депозитів у біткоїнах та понад 1 млрд доларів США у вигляді комісій.

1185 Остаточні роздрібні транзакції (див. виноску 58). З метою уникнення порушень вимог про фактичну доставку афілійований депозитарій, на думку Комісії, має задовольняти таким умовам:
- бути «фінансовою установою», як це визначено в розділі 1a(21) Закону США «Про товарні біржі»;
- мати окремий від торговельної платформи напрям господарської діяльності, який не є підконтрольним торговельній платформі (хоча він може перебувати під спільним контролем з цією платформою);
- бути окремою від торговельної платформи юридичною особою;
- переважним видом діяльності має бути надання послуг зберігання, у тому числі для віртуальних валют та інших цифрових активів;
- мати відповідну ліцензію на здійснення такої діяльності зі зберігання у країні чи юрисдикції клієнта;
- надавати клієнтові можливості використовувати віртуальну валюту та брати участь у її «холодному» зберіганні;
- відповідно до договору з клієнтом є уповноваженим виступати в якості його агента (При цьому такі повноваження клієнт може вільно припинити у будь-який час). Див також виноску 58.

Водночас, власники платформи проводили значні аспекти господарської діяльності з США, приймали замовлення та кошти від американських клієнтів.

У цьому позові Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США переконувала, що з 2014 по 2020 роки платформа «BitMEX» незаконно пропонувала роздрібні товарні операції з використанням кредитного плеча, ф'ючерси, опціони та свопи на криптовалюти, включаючи біткоїн, етер та лайткоїн. Це давало змогу трейдерам використовувати кредитне плече 1:100 під час здійснення транзакцій.

У матеріалах позову наголошувалось, що ця платформа сприяє транзакціям з деривативами криптовалюти загальною умовною вартістю, що становить трильйони доларів США. Проте така діяльність проводилась без отримання ліцензії для ф'ючерсної біржі чи механізму виконання свопів від Комісії з торгівлі товарними ф'ючерсами США. Тобто, ця платформа працює як незареєстрований продавець ф'ючерсних комісійних, отримуючи заявки та приймаючи біткоїни для маржинальних транзакцій з деривативами цифрових активів, а також діє як контрагент в операціях з роздрібними товарами з використанням кредитного плеча.

Того ж дня, коли Комісії з торгівлі товарними ф'ючерсами США подала свій цивільний позов, Міністерство юстиції США пред'явило кримінальне обвинувачення трьом власникам і посадовій особі платформи «BitMEX», що вони нібито навмисне не забезпечили відповідно до вимог функціонування належної програму боротьби з відмиванням коштів, не подавали повідомлення про підозрілі операції (діяльність) та не виконували належних заходів у рамках процедури «знай свого клієнта». Уряд стверджував, що платформа BitMEX проводила значну діяльністю на теренах США, мала американських клієнтів, давала змогу особам, які не були громадянами США та підпали під санкції Міністерства фінансів США, торгувати на тут та намагалась обійти законодавство США, зареєструвавшись на Сейшельських островах.

Оголошуючи обвинувальний акт, Міністерство юстиції заявило: «Як стверджується у матеріалах справи, ці обвинуваченні… взяли на себе обов'язки керувати нібито «офшорною» криптовалютною біржею. Проте, вони свідомо не впроваджували та не підтримували навіть базову політику боротьби з відмиванням коштів. Таким чином ці особи нібито дали змогу BitMEX працювати як платформа в тіні фінансових ринків».

З огляду на те, що віртуальна валюта є новаторством та погано зрозумілою для багатьох, а також вартість деяких віртуальних валют суттєво змінюється протягом дуже коротких періодів, шахрайство у цій сфері стало звичайним явищем. Оскільки Комісії з торгівлі товарними ф'ючерсами США має широкі повноваження щодо боротьби з шахрайством стосовно транзакцій з віртуальними валютами, то Комісія порушила низку справ, пов'язаних із віртуальними валютами, де траплялися

схеми Понці, нереєстрація випадків, схеми «накачування та скидання» («pump-and-dump»), фальсифікування обсягів торгівлі тощо. У багатьох випадках факти здаються незвичними тільки тому, що вони стосуються віртуальної валюти. Саме правопорушення є досить примітивним. Часто жертвами стають громадяни похилого віку.

III. БАНКІВСЬКІ ТА ГРОШОВІ ПЕРЕКАЗИ

Нижче наводиться огляд регулювання діяльності, яка пов'язана з віртуальними валютами, федеральними пруденційними банківськими регуляторами США (Радою керівників Федеральної резервної системи (ФРС), Офісом Інспектора з питань обігу валюти (OCC) та Федеральною корпорацією страхування депозитів (FDIC)) і Бюро з питань фінансового захисту споживачів (CFPB), а також регулювання діяльності з віртуальними валютами штатами США, зокрема, перекази коштів або господарська діяльність з питань надання грошових послуг, де залучені віртуальні валюти[1186]. Станом на сьогодні, федеральні пруденційні банківські регулятори США та Бюро фінансового захисту споживачів не намагалися активно регулювати віртуальні валюти та діяльність з віртуальними валютами своїх піднаглядних суб'єктів[1187]. Штати США, з іншого боку, схвалили широкий спектр підходів щодо проведення переказів коштів та відповідних законів і положень стосовно діяльності з віртуальними валютами, включаючи обов'язок наявності у певних обставинах спеціалізованої ліцензії на право проведення транзакцій з віртуальними валютами або більш загальної ліцензії на право проведення переказів коштів.

i. ФЕДЕРАЛЬНІ БАНКІВСЬКІ РЕГУЛЯТОРИ

Тимчасом як Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США, Комісія з цінних паперів і фондових бірж США[1188] та ПФР США[1189] оприлюднили керівні настанови або зробили публічні заяви, які починають визначати рамки їхніх повноважень щодо віртуальних валют, то Федеральна резервна система, Управління валютного контролю, Федеральна корпорація страхування депозитів та Бюро фінансового захисту споживачів прийняли переважно більш обмежений підхід «почекати та побачити». Однак, схоже, що цей підхід поступово змінюється, особливо з боку Офісу Інспектора з питань обігу валюти.

1186 У цій секції не розглядаються закони та положення щодо цінних паперів або товарів, податкове законодавство чи питання підприємницького права, наприклад, механізм отримання забезпечувального інтересу у віртуальних валютах. Вимоги ПФР США щодо реєстрації господарської діяльності у сфері фінансових послуг будуть обговорюватись у секції IV.

1187 Інформація у цій секції наведена станом на 20 травня 2020 року. Регулювання віртуальних валют як на федеральному, так і на рівні штатів стрімко розвивається і може змінюватися.

1188 Див. секцію II.

1189 Див. секцію IV.

Федеральна резервна система (ФРС)

На пресконференції наприкінці 2017 року колишня голова ФРС Джанет Йеллен відповіла на запитання щодо політики ФРС стосовно біткоїнів наступним чином.

Це дуже спекулятивний актив, і ФРС насправді не відіграє жодної ролі – будь-якої регуляторної ролі щодо біткоїнів, крім забезпечення того, що банківські установи, які перебувають під нашим наглядом, є уважними, та що вони належним чином управляють будь-якими діловими відносинами, які вони мають з клієнтами на цьому ринку, а також належним чином дотримуються вимог Закону США «Про банківську таємницю», у частині боротьби з відмиванням коштів. Напевно, всі знають обов'язки, які вони повинні виконувати[1190].

Таким чином, голова ФРС пані Йеллен підтвердила, що ФРС не виконує жодної безпосередньої ролі в регулюванні біткоїнів чи, напевно, будь-якого іншого класу віртуальних валют зі схожими ознаками.

Тим не менш, ФРС продовжує відстежувати використання та розвиток віртуальних валют, а також роль фінансових установ, державним регулятором яких є ФРС, у діяльності з віртуальними валютами. Це здійснюється через Робочу групу з питань цифрових активів при Раді з питань нагляду за фінансовою стабільністю США, до складу якої також входять Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США, Комісія з цінних паперів і фондових бірж США та ПФР США[1191].

У своєму річному звіті за 2018 рік Рада з питань нагляду за фінансовою стабільністю США заявила, що «цифрові активи наразі не представляють загрози стабільності фінансової системи... очікувана ринкова капіталізація цифрових активів все ще залишається на низькому рівні… для контексту, [це] становить менше 1 відсотка ринкової капіталізації американських акцій» та «цифрові активи мають обмежене використання в реальній економіці фінансових операцій»[1192]. Однак, у звіті зазначається, що вартість і використання віртуальних валют можуть стрімко зростати, та федеральні органи надалі будуть відстежувати ризики для банківської системи[1193].

1190 Див. стенограму прес-конференції голови ФРС Джанет Йеллен, що відбулась 13.12.2017 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3Lh73PV (англійська мова).

1191 Див. «Дослідження зростаючого світу віртуальних валют та нагляд, який здійснюють Комісія з цінних паперів і бірж США та Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США: слухання на засіданні Постійного Комітету Конгресу США з питань банківської справи, розвитку міст та житлово-комунального господарства», 115 Конгрес США (2018 рік) (виступ голови Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США Дж. Крістофера Джанкарла) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3IIXB6b (англійська мова); річний звіт Ради з питань нагляду за фінансовою стабільністю за 2018 рік (стор. 89) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3NsPiz9 (англійська мова).

1192 Див. річний звіт Ради з питань нагляду за фінансовою стабільністю за 2018 рік [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3NsPiz9 (англійська мова) та виноску 65.

1193 Ibid.

Публічні коментарі теперішнього керівництва ФРС, у тому числі голови ФРС пана Павелла, загалом узгоджуються з цими позиціями[1194].

Станом на травень 2020 року ФРС публічно не висловила свою думку щодо допустимості банківським холдинговим компаніям та фінансовим холдинговим компаніям займатися різною діяльністю (у тому числі як принципала, так і агента), яка пов'язана з віртуальними валютами. Однак, одним із прикладів постійного моніторингу ФРС є виступ голови ФРС пана Павелла перед Конгресом США у липні 2019 року, в якому він висловив занепокоєння ФРС, що Libra може представляти систематичний ризик для фінансової системи США. Тому у цій ситуації потрібен суворий нагляд та контроль. Крім того, Libra створює ризики у сферах відмивання коштів, захисту прав споживачів та конфіденційності[1195].

Водночас, Голова ФРС пан Павелл визнав, що ФРС не має безпосередніх повноважень стосовно Libra. Проте він також висловив думку, що Рада з питань нагляду за фінансовою стабільністю США зосередиться на можливості класифікації консорціуму, який емітує Libra, як небанківської системно важливої фінансової установи, що у подальшому віднесе консорціум, у рамках його діяльності з віртуальними валютами, під нагляд ФРС відповідно до Закону Додда-Френка[1196].

Крім наглядового потенціалу ФРС, коментарі голови ФРС пана Павелла та інших представників ФРС, які зроблені у лютому 2020 року, вказують на те, що ФРС активно розглядає можливість емісії цифрової валюти центрального банку (CBDC) або якось іншим чином використовувати технології розподіленого реєстру для покращення розвитку фінансової системи США[1197].

У серпні 2020 року Федеральний резервний банк Бостона повідомив про початок багаторічної співпраці з Массачусетським технологічним інститутом для участі в технічних дослідженнях щодо можливостей і проблем створення цифрової валюти центрального банку.

1194 Див:
- «Грошово-кредитна політика та стан економіки: слухання на засідання Комітету Палати представників Конгресу США з питань фінансових послуг», 115 Конгресу США (виступ Джерома Павелла) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wMWdNx (англійська мова);
- коментарі Рендала Кварлеса, віце-голови ФРС «Думки про розумні інновації в платіжній системі. Коментарі перед конференцією «Фінансова стабільність і фінтех – 2017» (30.11.2017) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3qC53Kf (англійська мова);
- коментарі Лейли Брейнард, членкині Ради керівників ФРС «Криптовалюти, цифрові валюти та технології розподіленого реєстру: чого ми вчимося. Коментарі перед конференцією з питань декодування цифрових валют» (15.05.2018) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3tKJnh2 (англійська мова).

1195 Див. виступ голови ФРС Джерома Павелла на засіданні Постійного Комітету Конгресу США з питань банківської справи, розвитку міст та житлово-комунального господарства (11.07.2019) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3urxFHa (англійська мова).

1196 Ibid.

1197 Див., наприклад, виступ голови ФРС Джерома Павелла на засіданні Постійного Комітету Конгресу США з питань банківської справи, розвитку міст та житлово-комунального господарства (12.02.2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wFpUjt (англійська мова); Лейла Брейнард, членкиня Ради керівників ФРС «Цифровалізація платежів і валюти: деякі питання для роздумів» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3JOJehV (англійська мова).

У лютому 2021 року ФРС оприлюднила статтю, в якій були визначені високорівневі передумови для створення у США цифрової валюти центрального банку загального призначення:

a. чіткі політичні цілі;
b. широка підтримка стейкхолдерів;
c. посилена нормативно-правова база;
d. надійна технологія;
e. готовність ринку.

Залежно від конструкції та використання будь-якого такого CBDC може знадобитися додатковий дозвіл Конгресу[1198].

Офіс Інспектора з питань обігу валюти

Офіс Інспектора з питань обігу валюти поступово став активнішим в оприлюдненні керівних настанов та заяв щодо ролі національних банків в екосистемах віртуальних валют[1199]. У 2018 році Офіс Інспектора з питань обігу валюти оголосив, що розробить хартію національного банку спеціального призначення, що є загальновідомою як фінтех-хартія, до якої можуть долучитись певні типи небанківських компаній, що надають фінансові послуги[1200]. Фінтех-хартія дозволяє компанії діяти на національній основі під наглядом Офісу та, отже, обійти вимоги у нагляді та одержанні ліцензії у кожному штаті окремо, а також певні види державного регулювання[1201].

Ці публікації призвели до появи спекуляцій у цій сфері, чи буде хартія доступною, щоби забезпечити більш спрощену альтернативу для певної діяльності з віртуальними валютами, ніж вирішення питання щодо ліцензуванням у кількох штатах, як зазначено нижче[1202]. Офіс Інспектора з питань обігу валюти наголосив, що заявники та ліцензіати будуть дотримуватися однакових норм, що й національні банки.

1198 Ibid.

1199 Див., наприклад, Мішель Прайс «Регулятор США применшує страх перед біткоїнами та підтримує хартію фінтех-компаній» – «Ройтерс» (20.12.2017) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://reut.rs/3uw2KJW (англійська мова).

1200 Див. публікації 2018 року Управління фінансового контролю «Політика щодо права компаній, що займаються фінансовими технологіями, подавати заявку на участь у хартії національного банку» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3iK2MIG (англійська мова) та «Додаток до інструкції з ліцензування фінансового контролера: розгляд заявок на участь у хартії від компаній, що займаються фінансовими технологіями» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3Df8I5P (англійська мова).

1201 Ibid.

1202 Офіс Інспектора з питань обігу валюти чітко не прокоментував, які види діяльності з віртуальними валютами, якщо такі є, можуть здійснюватися відповідно до фінтех-хартії. Офіс заявив, що хартія є доступною для установ та організацій, які сприяють здійсненню платежів в електронному вигляді, та припустив, що певні нові або інноваційні види діяльності можуть кваліфікуватися як банківська діяльність, дозволена хартією. Однак, Офіс Інспектора з питань обігу валюти безпосередньо вказав, що установи та організації не будуть відповідати вимогам, якщо вони мають намір залучати депозити або займатися переважно фідуціарними послугами.

Також Офіс висловив припущення: навіть якщо фінтех-хартія буде підтримкою для певної діяльності у віртуальній валюті, то тільки певні учасники цього сектору можуть бути спроможними відповідати чинним нормативно-правовим вимогам[1203].

Пропозиція про фінтех-хартію виявилася суперечливою відразу після того, як була висловлена, та державні регулятори надалі виступають проти хартії, у тому числі через юридичне оскарження хартії[1204]. Взагалі, початкова реакція сектору на фінтех-хартію була прохолодною[1205].

Крім того, у жовтні 2019 року Окружний суд США Південного округу штату Нью-Йорк ухвалив рішення на користь оскарження фінтех-хартії штатом Нью-Йорк, відхиливши клопотання Офісу Інспектора з питань обігу валюти про залишення скарги без розгляду та встановивши, що Офіс має повноваження тільки надавати статус банку депозитарним установам[1206].

У грудні 2019 року Офіс Інспектора з питань обігу валюти оскаржив це рішення в Апеляційному суді Другого округу США. У березні 2021 року Апеляційний суд Другого округу США заслухав усні аргументи у справі. Станом на травень 2021 року жодна компанія не долучилась до фінтех-хартії.

У січні 2020 року Офіс Інспектора з питань обігу валюти видав свій перший погоджувальний наказ у відношенні свого піднаглядного суб'єкта щодо проведення останнім діяльності з віртуальними валютами[1207]. Офіс Інспектора з питань обігу валюти стверджував, що федеральна ощадна асоціація «MY Safra Bank», належно не дотримувалась вимог Закону США «Про банківську таємницю», у частині боротьби з відмиванням коштів, для моніторингу цифрових активів своїх клієнтів. Починаючи з 2016 року, «MY Safra Bank» відкривав рахунки для широкого кола суб'єктів господарської діяльності, що надають грошові послуги, а саме: суб'єктам господарювання, які займаються діяльністю з віртуальними валютами, включаючи біржі цифрової валюти, операторів банкоматів цифрової валюти, крипто арбітражні торговельні рахунки, розробників та інкубаторів блокчейну та підприємства, що надають фінансові послуги у фіатній валюті. Зосередженість «MY Safra Bank» на послугах для клієнтів із цифровими активами призвела до значного збільшення обсягу транзакцій.

1203 Див. статтю, зазначену у виносці 74. Норми, що застосовуються до національних банків, які збережуться для учасників фінтех-хартії, включають норми, що стосуються капіталу та ліквідності, прибутковості, корпоративного управління та менеджменту, управління ризиками, фінансової інтеграції суспільства, планування на випадок надзвичайних ситуацій, пов'язаних з фінансовим стресом, конкуренції, справедливого ставлення до клієнтів та дотримання нормативно-правових вимог.

1204 Див. справу «Лейсвелл проти Офісу Інспектора з питань обігу валюти» (Lacewell v. Office of the Comptroller of the Currency, 2019 U.S. Dist. Lexis 182934, 18 Civ. 8377 (VM) (S.D.N.Y. Oct. 21, 2019)).

1205 Див. Рейчел Вітковські «Фінтех-хартія відкладена після рішення суду – Оттінг» – «Американський банкір» (15.05.2019) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3Lncn4h (англійська мова).

1206 Див. виноски 74 та 79.

1207 За матеріалами справи щодо федеральної ощадної асоціації «MY Safra Bank» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LqVCW1 (англійська мова).

Хоча Офіс Інспектора з питань обігу валюти видав наказ про припинення протиправної діяльності, але не наклав штраф на MY Safra Bank[1208].

У липні 2020 року Офіс Інспектора з питань обігу валюти опублікував інструктивний лист, який підтверджує повноваження національних банків та федеральних ощадних асоціацій надавати послуги зі зберігання віртуальної валюти від імені своїх клієнтів, у тому числі через утримання криптографічних ключів, пов'язаних із криптовалютою. Офіс Інспектора з питань обігу валюти пояснив, що така послуга є інноваційним способом надання традиційних послуг зберігання матеріальних та нематеріальних цінностей, які банки та федеральні ощадні асоціації уповноважені надавати від імені своїх клієнтів стосовно широкого діапазону активів.

У січні 2021 року Офіс Інспектора з питань обігу валюти опублікував ще один інструктивний лист, який вказує, що у банків та федеральних ощадних асоціацій є права на проведення деякої додаткової діяльності з віртуальними валютами. Зокрема, банки можуть:

a. підтверджувати, зберігати та записувати платіжні транзакції, виступаючи в якості вузла в незалежній мережі перевірки вузлів, подібно до вузлів блокчейну;
b. надавати послуги обміну стейблкоїнів;
c. емітувати стейблкоїни для проведення дозволеної платіжної діяльності.

На відміну від позиції, яку висловлював Офіс Інспектора з питань обігу валюти у своїх попередніх висновках, цей лист не обмежує платіжну діяльність банків стейблкоїнами, які підтримуються фіатною валютою (чи стейблкоїнами, що забезпечуються доларами США) або клієнтами, для яких банк виконує функції зберігача.

У 2020 році Офіс Інспектора з питань обігу валюти обрав низку компаній, що займаються віртуальними валютами, для створення національної трастової хартії, яка буде альтернативою національній фінтех-чартії з чіткішою законодавчою підтримкою. Перший національний трастовий статут для компанії з віртуальними валютами був умовно схвалений у січні 2021 року та спирався на інструктивний лист Офісу Інспектора з питань обігу валюти № 1176[1209], що був виданий раніше того ж місяця.

Цей інструктивний лист суттєво розширив повноваження національних трастових банків, надавши їм статус, потенційно більш привабливий для компаній віртуальної валюти як альтернативи щодо підходу, який передбачав одержання ліцензії у кожному штаті. Зокрема, інструктивний лист розширив фідуціарні повноваження національного трастового банку, включивши в нього діяльність, яка вважається

1208 Ibid.

1209 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3tNkph5 (англійська мова).

«фідуціарною» відповідно до законодавства про банківську діяльність або траст, що діє на рівні окремого штату, а також не вимагаючи окремого визначення того, що ця діяльність є «фідуціарною» відповідно до Закону США «Про національний банк». Хоча ця інтерпретація узгоджується з формулюванням закону, проте вона є ширшою та виходить за межі попередньої інтерпретації юридичних повноважень національних трастових банків, наданої Офісом Інспектора з питань обігу валюти. Крім того, в інструктивному листі передбачено, що національні трастові банки не зобов'язані діяти «переважно як фідуціарії», та, якщо національний трастовий банк має дійсний фідуціарний бізнес, він також може виконувати традиційні нефідуціарні банківські функції.

Хоча Офіс Інспектора з питань обігу валюти був лідером серед федеральних пруденційних банківських регуляторів у частині оприлюднення керівних настанов щодо віртуальних валют, особливо у 2020 році, але зміна адміністрації та призначення на посаду Інспектора з питань обігу валюти іншу особу може призвести на найближчі роки до більш обережного підходу стосовно віртуальної валюти.

Федеральна корпорація страхування депозитів

Федеральна корпорація страхування депозитів наразі тільки спостерігає за розвитком віртуальних валют. Проте, можливо, найближчим часом вона вирішить зайняти більш активну позицію з цього приводу. Федеральна корпорація страхування депозитів публічно заявила, що активно вивчає потенційний вплив віртуальних валют на банківську систему та банки, які перебувають під її наглядом, у рамках її участі у Робочій групі з питань цифрових активів при Раді з питань нагляду за фінансовою стабільністю США[1210]. Крім того, у травні 2021 року Федеральна корпорація страхування депозитів опублікувала запит на інформацію про поточну та потенційну діяльність застрахованих депозитарних установ у сфері цифрових активів.

Бюро з питань фінансового захисту споживачів

Відповідно до своїх повноважень щодо захисту прав споживачів, Бюро з питань фінансового захисту споживачів зосереджує особливу увагу на сферу віртуальних валютах, забезпечуючи належне інформування споживачів про ризики, які пов'язані з віртуальними валютами. З цього приводу у 2014 році Бюро оприлюднило публічне застереження щодо ризиків, які виникають під час проведення транзакцій та інвестування у віртуальні валюти, та почало приймати скарги споживачів з питань віртуальної валюти. Це є потенційним першим кроком до регулювання чи правозастосування[1211].

1210 Див. річний звіт Федеральної корпорації страхування депозитів за 2019 рік (стор 29-30) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/36AdzCE (англійська мова).

1211 Див. прес-реліз Бюро з питань фінансового захисту споживачів від 11.08.2014 «CFPB застерігає споживачів щодо біткоїну» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3Dmp6kM (англійська мова).

Однак, у 2016 році, після отримання публічних коментарів Бюро з питань фінансового захисту споживачів відмовилось включити віртуальні валюти до своїх нормативних документів щодо продуктів з передоплатою або зайняти позицію стосовно того, чи віртуальні валюти підпадають під дію Е-регулювання[1212]. Крім того, хоча Бюро отримує скарги споживачів щодо діяльності з віртуальними валютами, проте вони становлять невелику частину скарг споживачів, які одержує цей орган[1213].

ii. РЕГУЛЮВАННЯ ПЕРЕКАЗІВ КОШТІВ НА РІВНІ ШТАТІВ

Власне штати схвалили широкий спектр підходів, щоби застосувати до віртуальних валют закони та правила стосовно переказів коштів. Ці підходи умовно можна розподілити так:

a. встановлення цілковито окремого нормативно-правового режиму для нагляду за суб'єктами, які займаються діяльністю з віртуальними валютами (наприклад, BitLicense штату Нью-Йорка та Закон штату Луїзіана «Про віртуальну валюту»);

b. внесення на рівні штату діяльності з віртуальними активами до видів діяльності, яким обов'язково треба отримувати загальну ліцензію на право проведення переказів коштів, або звільнення від такої вимоги. У будь-якому випадку на рівні штатів вносяться зміни до законів або нормативних документів;

c. відмова від висловлювання жодної позиції (наприклад, дії Департаменту з питань нагляду за господарською діяльністю штату Каліфорнія)[1214].

Додатково до свого загального режиму регулювання деякі штати також пропонують регуляторну «пісочницю», яка дозволяє компаніям проводити обмежену діяльність з віртуальними валютами без необхідності отримання ліцензії та, можливо, з більш послабленим наглядом[1215].

1212 Див. «Рахунки передоплати відповідно до Закону США «Про електронні перекази коштів» (Е-регулювання) та Закону США «Про достовірність кредитування» (Z-кредитування)», Федеральний реєстр 23.12.2014 (том 79 № 246) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3Lf3Q3o (англійська мова), Федеральний реєстр 22.11.2016 (том 81 № 225, стор. 83978) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/36D8TvN (англійська мова).

1213 Див. Звіт Бюро з питань фінансового захисту споживачів щодо розгляду скарг споживачів, які надійшли протягом 2019 року [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3qJvYUB (англійська мова).

1214 Взагалі штати також висловлюють занепокоєння щодо захисту прав споживачів при проведені транзакцій з віртуальними валютами, публікуючи бюлетені, де застерігають споживачів про ризики, притаманні таким транзакціям. Див., наприклад Лоррейн Мірабелла «Державні регулятори застерігають споживачів про віртуальну валюту» – «The Baltimore Sun» (29.04.2014) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3lU5Egp (англійська мова) та Управління з питань нагляду за діяльністю банків штату Північна Кароліна «Попередження споживачів: біткоїн та інші віртуальні валюти» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/35IoY8R (англійська мова).

1215 Див., наприклад, §§ 41-5601 – 41-5612 Переглянутих нормативних актів штату Арізона; §§ 13-55-101 – 13-55-108 Коментованих кодексів штату Юта; §§ 40-25-101 – 40-28-109 Коментованого зводу законів штату Вайомінг. Див. також «Гаваї впроваджують першу «пісочницю» для цифрової валюти» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3lOsKW2 (англійська мова).

Законодавство щодо державного регулювання діяльності з віртуальними валютами, чи у рамках режиму ліцензування переказів коштів, чи як окремий режим ліцензування, далі розробляють у низці штатів. Сюди можна включити винесення Комісією з питань уніфікованого законодавства на розгляд штатів Акт «Про уніфікацію регулювання господарської діяльності у сфері віртуальних валют»[1216]. Конференція наглядових органів штатів з питань банківської діяльності також опублікувала для розгляду штатів проєкт моделі нормативної бази[1217].

Далі наводиться короткий огляд деяких репрезентативних підходів щодо регулювання на рівні штатів діяльності з віртуальними валютами. Проте, варто зазначити, що є багато варіацій на нижченаведені теми, а також значна законодавча та нормативна активність, яка обіцяє у найближчому майбутньому зробити цю сферу динамічною.

BitLicense штату Нью-Йорк

Штат Нью-Йорк, завдяки прийняттю правил Департаментом фінансових послуг штату Нью-Йорк, вважається найагресивнішим із штатів у регулюванні віртуальних валют. Відповідно до законодавства штату Нью-Йорк, для проведення будь-якої діяльності з віртуальними валютами необхідно отримати ліцензію, яка називається «BitLicense»[1218].

Враховуючи, що Нью-Йорк є епіцентром фінансових ринків та послуг США, тому виникла необхідність того, що Департамент фінансових послуг штату Нью-Йорк став лідером у регулюванні або прагненні регулювати широкий спектр підприємництва з віртуальними валютами, що є можливим у США. Норми штату Нью-Йорк визначають віртуальні валюти як «будь-який тип цифрової одиниці, що використовується як засіб обміну або форма цифрового збереження вартості», та включає як централізовані, так і децентралізовані валюти[1219]. Хоча існують деякі винятки. Наприклад: передплачені картки та цифрові блоки, що використовується на ігрових платформах. Їх не вийде обміняти на певну вартість, яку потім можна використовувати за межами платформи.

1216 Акт «Про уніфікацію регулювання господарської діяльності у сфері віртуальних валют», розроблений Комісією з питань уніфікованого законодавства у 2017 році [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3tOyhYg (англійська мова).

1217 «Нормативні вимоги штатів до діяльності з віртуальними валютами, проєкт моделі нормативної бази, який розроблений Конференцією наглядових органів штатів з питань банківської діяльності» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3qLBmq8 (англійська мова).
Деякі штати також оприлюднили рекомендації для споживачів стосовно ризиків транзакцій або інвестування у віртуальні валюти, використовуючи у більшості випадків типову форму, розроблену спільно Конференцією наглядових органів штатів з питань банківської діяльності та Північноамериканською асоціацією адміністраторів цінних паперів. Див., наприклад, Md. Office of Comm'r of Fin. Per., Інформаційне повідомлення 14-01 Офісу Уповноваженого з питань фінансового регулювання «Віртуальні валюти: ризики щодо купівлі, продажу, транзакції та інвестування» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3tN3cUH (англійська мова).

1218 Див. § 200.3, розділу 23, Збірника кодексів, правил та постанов штату Нью-Йорк (2019 рік).

1219 Ibid. § 200.2 (p).

Широкий спектр підприємництва з віртуальними валютами підпадає під дію регуляторного режиму «BitLicense», включаючи зберігання, перекази, купівлю-продаж та емісію. Комерсанти та споживачі, які використовують віртуальну валюту, щоби купувати товари та послуги, не підлягають ліцензуванню. Крім ліцензування, господарська діяльність з віртуальними валютами підпадає під низку інших істотних вимог, включаючи зобов'язання щодо протидії відмиванню коштів, вимоги до капіталу та певні вимоги щодо розкриття інформації та збереження записів.

Незважаючи на таке обширне регулювання, слід зазначити, що, залежно від характеру діяльності ліцензіата, Департамент фінансових послуг штату Нью-Йорк може вимагати від особи, яка отримала BitLicense, також одержати ліцензію на право проведення переказів коштів у штаті Нью-Йорк.

Крім того, як альтернатива BitLicense, Департамент фінансових послуг штату Нью-Йорк також ліцензував кілька трастових компаній на проведення певної діяльності з торгівлі та зберіганні віртуальних валют. Проте, заявники на отримання ліцензії трастової компанії повинні відповідати особливо високим стандартам. Але тут у ліцензії трастової компанії є перевага, яка полягає в тому, що багато (але не всі) штати не вимагають ліцензій для трастових компаній, що створені та контролюються в іншому штаті.

У червні 2020 року Департамент фінансових послуг штату Нью-Йорк повідомив про керівні настанови щодо зменшення безпосереднього нагляду, коли ліцензіат з діючою ліцензією бажає розширити лінійку своїх продукти чи послуг на новий тип віртуальної валюти[1220]. До оприлюднення цих керівних настанов у червні 2020 року, підтримування нової віртуальної валюти потребувало одержання погодження від Департаменту фінансових послуг штату Нью-Йорк як істотна зміна продуктів, послуг чи діяльності ліцензіата.

Відповідно до керівних настанов, Департамент фінансових послуг штату Нью-Йорк буде укладати на постійній основі загальнодоступний список погоджених віртуальних валют («Зелений список»). Ліцензіати з діючими ліцензіями можуть розширити свою поточну діяльність для підтримання валют із Зеленого списку без попереднього погодження від Департаменту фінансових послуг штату Нью-Йорк, хоча попереднє повідомлення все одно потрібно надсилати. Крім того, керівні настанови включають процес, який надає змогу ліцензіатам уникати попереднього погодження регуляторних органів для підтримання віртуальних валют, які не входять до Зеленого списку.

1220 Див. публікацію Департаменту фінансових послуг штату Нью-Йорк «Пропоновані керівні настанови щодо прийняття або внесення до списку віртуальних валют» (11.12.2019) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://on.ny.gov/3j6qclt (англійська мова).

Також, ці керівні настанови включають типову схему політики допуску до торгів монет або їх прийняття, де розглядаються мінімальні вимоги до управління радою директорів, проведення незалежної оцінки ризиків перед розширенням продуктів і послуг та постійний моніторинг нових продуктів та послуг. Якщо ліцензіат раніше погодив у Департаменті фінансових послуг штату Нью-Йорк свою політику допуску до торгів монет або їх прийняття та він сам підтверджує, що дотримувався цієї політики, то не потрібно отримувати попереднє погодження від Департаменту фінансових послуг штату Нью-Йорк для підтримання нової віртуальної валюти.

SPDI штату Вайомінг

На протилежному кінці спектру від штату Нью-Йорк знаходиться штат Вайомінг, який активно приймає закони, щоби зробити штат сприятливим для діяльності з віртуальними валютами[1221]. Як буде зазначено далі, Вайомінг у багатьох випадках не вносив діяльність з віртуальними валютами до свого законодавства про перекази коштів. Однак, компанії можуть спробувати перейти під нагляд з боку Департаменту з питань банківської справи штату Вайомінг, отримавши статус депозитарної установи спеціального призначення (SPDI). SPDI – це статус банківської установи обмеженого призначення, який спеціально орієнтований на компанії, що займаються або прагнуть займатися діяльністю з віртуальними валютами.

Прихильники віртуальних валют штату Вайомінг заявили, що їхня мета полягає в тому, щоби зробити Вайомінг юрисдикцією, яку переважно будуть обирати компанії, що займаються віртуальними валютами, подібно до того, як штати Делавер і Південна Дакота залучали у 1980-х роках компанії, що займались кредитними картками[1222].

Відповідно до законодавства штату, заявники, які одержали статус SPDI, звільняються від страхування депозитів у Федеральній корпорації страхування депозитів. Це усуває ключову перешкоду для більшості нових заявок на одержання цього статусу у штаті.

Серед інших можливостей SPDI може проводити господарську діяльність як зберігача або фідуціар, а також може залучати депозити у рамках своєї діяльності з віртуальними валютами. SPDI заборонено кредитувати. SPDI зобов'язані мати ліквідні активи, що становлять 100 відсотків їх зобов'язань щодо послуг зі зберігання та депозитів. Вони також повинні мати достатній капітал, який зазвичай визначається Департаментом з питань банківської справи штату Вайомінг в кожному окремому випадку.

1221 §§ 1312101 – 1312126 та 13-02-103 Коментованого зводу законів штату Вайомінг.

1222 Див. Келлі Мейдрич «Вайомінг – так, Вайомінг прагне заповнити порожнечу криптобанкінгу» – «Політико» (21.11.2019) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://politi.co/3JVkUew (англійська мова).

Управління з питань банківської справи штату Вайомінг заявило, що сподівається, що кандидати, яким погодили заявки, будуть мати капітал у розмірі не менше 10 млн доларів США та, можливо, навіть більше, залежно від обсягу очікуваних активів, які будуть перебувати під управлінням або зберіганням[1223]. SPDI також повинні мати план вирішення проблемних ситуацій (тобто, заповіт), який оновлюється щорічно[1224].

У вересні 2020 року «Kraken Bank» став першою компанією, що займається віртуальними валютами, яка отримала статус SPDI. Проте, станом на сьогодні, поки не зрозуміло, як відреагують на статус SPDI федеральні регуляторні органи, інші штати та широкі кола цієї сфери.

Розширення законодавства

Замість встановлення нових чи окремих режимів регулювання низка інших штатів внесли значні зміни до свого законодавства щодо загальної ліцензії на право проведення переказів коштів, включаючи туди отримання віртуальних валют для переказів, емісію чи продаж віртуальних валют як збереженої вартості[1225]. Ці зміни у більшості випадків спрямовані на перегляд визначення у законодавстві понять «гроші» чи «перекази коштів», куди включають концепцію віртуальних валют та доповнюють поняттям віртуальної валюти як додатковим терміном у законі[1226].

Важливо також зазначити, що деякі, але не всі, закони штатів щодо загального ліцензування на право проведення переказів коштів деякою мірою звільняють ліцензованих брокерів та дилерів[1227], а деякі штати також визнають винятки для агентів одержувача платежу[1228] або платіжних процесорів[1229]. Тому деякі суб'єкти господарської діяльності, що займаються віртуальними валютами, можуть скористатися перевагами цих та інших винятків залежно від штату чи виду діяльності або за тим чи іншим одночасно.

1223 Департамент з питань банківської справи штату Вайомінг «Депозитарні установи спеціального призначення: керівні настанови щодо потреб у капіталі» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LtAwWV (англійська мова).

1224 21-20 Кодекс правил штату Вайомінг, § 4.

1225 Сюди вносимо, але не виключно, наступні штати: Алабама, Коннектикут, Джорджія, Північна Кароліна, Орегон, Вермонт та Вашингтон. На жаль, при підготовці цього матеріалу не проводилось опитування всіх 50 штатів. Тому інші штати також можуть підпадати під цю категорію або інші категорії, представлені у цій секції.

1226 Див., наприклад §§ 53-208.42(12)-(13), (20) Загальних законодавчих актів штату Північна Кароліна (2018 рік), §§ 19.230.010(18), (30) Переглянутого кодексу штату Вашингтон (2018 рік), § 7-1-680(26) Анотованого кодексу штату Джорджія (2020 рік).

1227 Див., наприклад, § 19.230.020(10) Переглянутого кодексу штату Вашингтон (2018 рік) (звільнення брокерів та дилерів, що працюють з цінних паперів «в межах їхньої діяльності як такої»).

1228 Див., наприклад, Джордж Л Перес, Комісіонер з питань банківської справи Департаменту з питань банківської справи штату Коннектикут «Позиція без дій щодо вимоги на отримання ліцензії на право проведення переказів коштів для осіб, які діють як агенти одержувача платежу» (24.10.2017) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/36G6PDj (англійська мова).

1229 Див., наприклад, § 19.230.020(9) Переглянутого кодексу штату Вашингтон (2018 рік).

Тепер розглянемо питання стосовно різних видів потенційної діяльності з віртуальними валютами та чи підлягають вони регулюванню в цих штатах. Штати, загалом, не поширюють дію своїх законів на кінцевих користувачів віртуальних валют (наприклад, торговців, які приймають віртуальну валюту під час оплати товарів чи послуг, фізичних осіб, які використовують віртуальну валюту для здійснення таких платежів та інвесторів, які купують віртуальну валюту для своїх власних портфелів). Проте, діяльність з надання послуг для інших осіб з проведення переказів чи збереження контролю над віртуальними валютами, як правило, підпадає під дію законів[1230]. Це пов'язано з тим, що законодавство штатів поширюється одночасно на покупки та продажі віртуальних валют, які здійснюються від інших осіб[1231].

У рамках режимів штатів щодо загального ліцензування на право проведення переказів коштів ліцензіати також мають дотримуватись певних вимогам. Проте, розглядаючи тексти законів та положень про перекази коштів, можна дійти висновку, що загалом ці вимоги, не такі обтяжливі, як вимоги для одержання ліцензії у штаті Нью-Йорк «BitLicense». Однак, регулятори штатів зазвичай мають право вимагати додаткові заходи контролю як умову ліцензування. Поширені приклади відповідних законодавчих або нормативних вимог включають наступне:

a. утримання дозволених інвестицій у сумі, еквівалентній коштам, отриманим від відправників;
b. підтримання достатньої вартості чистих активів у сумі, значення якої часто встановлюється законом, а не визначається ліцензіатом самостійно;
c. підтримання достатнього обсягу поручительства;
d. дотримання певних вимог щодо збереження записів.

У деяких штатах суб'єкти господарювання, що надають послуги з переказу коштів, також зобов'язані дотримуватись певних правил та процедур, надавати квитанцію під час проведення кожної транзакції та розкривати певну інформацію. Ліцензіати штатів, які займаються переказами коштів, також підлягають періодичним перевіркам і мають подавати фінансову інформацію та інформацію про транзакції до наглядових органів.

Для ліцензіатів, які займаються діяльністю з віртуальними валютами, дотримання цих вимог може створити проблеми у штатах, які не передбачили унікальні атрибути віртуальних валют, на які не були розраховані закони загального ліцензування на право проведення переказів коштів, що діяли десятиліттями.

1230 Див., наприклад, §§ 53-208.42(13) Загальних законодавчих актів штату Північна Кароліна (2018 рік).

1231 Див., наприклад, Дебора Бортнер, начальник Управління споживчих послуг Департаменту з питань діяльності фінансових установ штату Вашингтон «Тимчасові нормативні керівні настанови щодо Уніфікованого закону про надання грошових послуг» (08.12.2014) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3JY9wyp (англійська мова).

Наприклад, якщо ліцензіат утримує віртуальну валюту для клієнта, а регулятор штату розглядає це утримання як непогашене зобов'язання ліцензіата перед клієнтом, то регуляторні норми штатів зазвичай вимагають, як зазначено вище, щоби ліцензіат мав певний прийнятний рівень інвестицій у сумі, що дорівнює непогашеним зобов'язанням. Для традиційних ліцензіатів це зазвичай означає зберігання коштів клієнтів на застрахованих банківських рахунках, цінних паперах казначейства США тощо.

Хоча більшість штатів дійшли висновку, що допускається утримувати «подібні» інвестиції віртуальної валюти, коли ліцензіат має зобов'язання доставити віртуальну валюту клієнту[1232]. Щоправда, так не скрізь. Тому це у деяких штатах призводить до значного дублювання вимог щодо застави (наприклад, у штаті Гаваї)[1233].

Розширення нормативних керівних настанов

Принаймні один штат випустив нормативні керівні настанови, які широко класифікують віртуальні валюти як гроші та підпорядковують їх законам штату про переказ коштів[1234]. Інші штати зайняли більш тонку позицію, охоплюючи деякі види діяльності, пов'язані з віртуальними валютами, але не всі. Наприклад, у керівних настановах, які спочатку оприлюднив штат Техас, а потім схвалили кілька інших штатів[1235], вказаний розподіл між децентралізованими та централізованими віртуальними валютами.

Водночас, у настановах робиться висновок, що децентралізовані віртуальні валюти не можна розглядати як гроші згідно із законами про загальне ліцензування на право проведення переказів коштів відповідних штатів, оскільки вони не є валютою, як визначено у законодавстві штату: тобто металевими чи паперовими

1232 Див., наприклад, § 19.230.200(1)(b) Переглянутого кодексу штату Вашингтон (2018 рік).

1233 Див., наприклад Нірадж Агравал «Проблема Гаваїв із біткоїн-бізнесом має очевидне та просте рішення» – «Коїнцентр» (01.03.2017) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LujMid (англійська мова).

1234 Такі настанови оприлюднив Департамент з питань торгівлі та захисту прав споживачів штату Гаваї. Ці керівні настанови є відносно короткі, не пояснюють думки Департаменту. Але з іншого боку є досить широкими, оскільки вказують на те, що навіть для гірничодобувної діяльності потрібна ліцензія. Прес-реліз Департаменту з питань торгівлі та захисту прав споживачів штату Гаваї «Держава попереджає споживачів про потенційні проблеми з біткоїнами» (26.02.2014). У штаті Гаваї був поданий законопроєкт щодо прийняття форми Уніфікованого акту.

1235 Див.:

- Чарлі Г Куппер, Комісар з питань банківської справи Департаменту з питань банківської справи штату Техас, Меморандум щодо нагляду – 1037 «Нормативний режим віртуальних валют відповідно до Закону штату Техас «Про грошові послуги»» (03.04.2014);
- Офіс Комісара з питань банківської справи штату Канзас, Керівні настанови щодо переказів коштів 2014-01 «Нормативний режим віртуальних валют відповідно до Закону штату Канзас «Про грошові перекази»» (06.06. 2014, переглянуто 01.04.2019);
- Департамент з питань діяльності регуляторних органів штату Колорадо, Управління з питань банківської справи «Тимчасові нормативні керівні настанови щодо криптовалют та Закону штату Колорадо «Про перекази коштів»» (20.09.2018);
- Департамент з питань фінансового та професійного регулювання штату Іллінойс «Керівні настанови щодо регулювання цифрових валют» (13.06.2017);
- Грег Гонсалес, Комісар Департаменту з питань діяльності фінансових установ штату Теннессі «Нормативний режим віртуальних валют відповідно до Закону штату Теннессі «Про перекази коштів» (16.12.2015).

грошима США або будь-якої іншої країни[1236]. Оскільки децентралізовані віртуальні валюти не є грошима, тому їхні перекази не є переказами коштів[1237].

Однак, у цих керівних настановах, крім того, зазначається, що транзакції, де залучені децентралізовані віртуальні валюти, а також передбачено обмін законного платіжного засобу, можуть розглядатись як переказ коштів, якщо в транзакціях бере участь більше двох сторін[1238]. Відповідно до цих керівних настанов, безпосередні купівля та продаж віртуальних валют як основних, прийняття віртуальних валют для товарів або послуг, просте зберігання віртуальних валют та обмін однієї віртуальної валюти на іншу віртуальну валюту не є діяльністю з переказу коштів[1239]. Однак, продаж віртуальних валют через обмін на законний платіжний засіб розглядається як переказ коштів[1240].

Разом з тим, стосовно централізованих віртуальних валют, які емітуються на приватному рівні, то у цих керівних настановах загалом, відсутній загальний підхід, зважаючи на численні можливі варіації в структурі[1241]. Натомість там відтерміновується ухвалення рішення доти, поки регулятору не будуть представлені конкретні факти та обставини, про які йдеться[1242]. Нещодавно в оновлених керівних настановах штату Техас надано роз'яснення з приводу того, що один особливий вид централізованої віртуальної валюти, стейблкоїн, може розглядатися як гроші та підлягає регулюванню, якщо його вартість прив'язана до фіатної валюти та його можна обміняти на таку валюту[1243]. Інші регулятори штатів неофіційно зайняли подібну позицію.

Розробка сприятливого законодавства

Як зазначалося вище, штат Вайомінг в цілому виключив зі свого законодавства про переказ коштів купівлю, продаж, емісію або зберігання віртуальної валюти[1244] та прийняв інші закони для полегшення використання віртуальних валют[1245]. Штати Нью-Гемпшир та Юта також виключають віртуальні валюти зі своїх законів про перекази коштів[1246].

1236 Див. виноску 110 щодо Купера (1) та виноску 107.

1237 Див. виноску 110 щодо штату Іллінойс (4).

1238 Див. виноску 110.

1239 Див. виноску 110 щодо штатів Колорадо (3) та Іллінойс (4).

1240 Див. виноску 110.

1241 Див. виноску 110 щодо штату Колорадо (3).

1242 Див. виноску 110.

1243 Див. виноску 110 щодо штатів Канзас (2) та Теннессі (5).

1244 §§ 40-22-103(xxii), 40-22-104(vi) Коментованого зводу законів штату Вайомінг (2019 рік).

1245 Законодавство штату Вайомінг для цілей Уніфікованого торговельного кодексу в цілому визнає цифрові активи як нематеріальну особисту власність та віртуальну валюту зокрема. Див. також виноску 119.

1246 Див. § 399-G:3(VI-a) Переглянутих законів з коментарями штату Нью-Гемпшир (2019 рік) та § 7-25-102(9)(b) Коментованого кодексу штату Юта (2020 рік).

Проте відповідний регулятор штату Нью-Гемпшир звужено тлумачив ці виключення[1247].

Нормативні керівні настанови, що сприяють

У кількох інших штатах був прийнятий підхід, що використовує загальні виключення із правил. Наприклад, штат Пенсильванія у своїх нормативних керівних настановах постановив, що біржам віртуальних валют не потрібно одержувати ліцензії на переказ коштів для полегшення транзакцій між покупцями та продавцями віртуальних валют на основі позиції, що ведення клірингового рахунку для фіатної валюти у депозитарній установі не вимагає ліцензування, оскільки біржа ніколи безпосередньо не працює з фіатною валютою[1248].

Без жодної позиції

Наразі не кожен штат висловив свою позицію, як у рамках законодавства чи через дії регуляторних органів, щодо застосування законів про загальне ліцензування на право проведення переказів коштів до віртуальних валют. Зокрема, Департамент з питань нагляду за господарською діяльністю штату Каліфорнія заявив, що він поки утримується від висловлення своєї позиції щодо можливого застосування каліфорнійських законів про загальне ліцензування на право проведення переказів коштів до багатьох видів діяльності з віртуальними валютами та необхідності отримання ліцензії[1249].

Як наслідок цих заяв: деякі компанії, які займаються віртуальними валютами і надалі проводять свою діяльність у штаті Каліфорнія, очікуючи рішення Департаменту про те, що така діяльність все ж підлягатиме каліфорнійським законам про загальне ліцензування на право проведення переказів коштів та потрібно буде отримувати ліцензію.

1247 Департамент з питань банківської справи штату Нью-Гемпшир пояснив, що виключенню із відповідного законодавства не підлягають суб'єкти, які займаються переказами як фіатної, так і віртуальної валют. Див. публікацію Департаменту з питань банківської справи штату Нью-Гемпшир «Суб'єкти, що займаються переказами «криптовалют» більше не перебувають під наглядом» (23.01.2019).

1248 Див. Департамент з питань банківської справи штату Пенсильванія «Керівні настанови щодо Закону «Про грошові перекази» для господарської діяльності з віртуальними валютами» (23.01.2019).

1249 Див. публікації Департаменту з питань нагляду за господарською діяльністю штату Каліфорнія:
- «Платформа криптовалютної біржі (25.02.2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3JZx0mW (англійська мова);
- «Віртуальні валюти – 1» (04.10.2019) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3JZxiu2 (англійська мова);
- «Віртуальні валюти – 2» (04.10.2019) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3NDeaE9 (англійська мова);
- «Віртуальні валюти – 3» (04.10.2019) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/36NJzTP (англійська мова);
- «Платформа криптовалютної біржі (28.10.2019) (У цій публікації Департамент заявляє, що продаж або купівля віртуальної валюти третій особі за фіатні гроші не є переказом коштів, оскільки це транзакція між двома особами) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3JZx0mW (англійська мова).

Акт про уніфіковане регулювання господарської діяльності з віртуальними валютами (Акт про уніфікацію)

Як було зазначено вище, штати прийняли широкий спектр підходів регулювання. У міру того, як віртуальні валюти формуються та набувають ширшого визнання, все більше штатів можуть прийняти окремі режими регулювання для віртуальних валют або іншим чином оновити свої вже діючі режими регулювання. Під час такого процесу штати можуть враховувати зміст Акту про уніфікацію, який згадувався раніше[1250]. Справді, Закон про уніфікацію був прийнятий у штаті Род-Айленд[1251], а законодавство для прийняття Закону про уніфікацію було введено у низці штатів[1252].

На зміст Акту про уніфікацію суттєво вплинули режим ліцензування штату Нью-Йорк «BitLicense», режими ліцензування права проведення переказів коштів штатів та модель нормативної бази, яка була розроблена Конференцією наглядових органів штатів з питань банківської діяльності. Відповідно до Акту про уніфікацію, ліцензія потрібна для «проведення господарської діяльності з віртуальною валютою»[1253]. Акт про уніфікацію також включає концепцію взаємності ліцензування між штатами. Якщо така пропозиція буде прийнята, то вже не потрібно буде отримувати ліцензію у кожному штаті[1254]. Акт про уніфікацію в цілому визначає віртуальну валюту як цифрову одиницю, яка використовується як засіб обміну або збереженої вартості, та включає як централізовані, так і децентралізовані валюти[1255].

Подібно до положень BitLicense, визначення також виключає програми залученості клієнтів або винагороди, які не можуть бути конвертовані в законний платіжний засіб або віртуальну валюту. Також до визначення не включені цифрові одиниці, що використовуються на ігрових платформах, які не мають реальної вартості та не можуть бути конвертовані у реальну вартість або віртуальну валюту[1256].

Проте, на відміну від положень BitLicense, але подібно до інших штатів, які внесли зміни до своїх законів щодо переказів коштів, Акт про уніфікацію безпосередньо не виключає передоплачені картки, які емітуються або закриваються у законному порядку.

1250 У 2018 році Комісія з питань уніфікованого законодавства також оприлюднила Акт «Про додаткову уніфікацію законодавства у сфері комерційного права для уніфікації регулювання господарської діяльності у сфері віртуальних валют», щоб привести норми комерційного права у відповідність з Уніфікованим комерційним кодексом щодо питань володіння, здійснення транзакцій та утримання віртуальних валют (Додатковий Акт). [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/36I9gFA (англійська мова).

1251 Див. §§ 19-14-1 – 19-14.3-3.8. розділу 19 Загального законодавства штату Род-Айленд.

1252 Акт про уніфікацію (див. виноску 91), а також див. виноску 107.

1253 Ibid.

1254 Ibid. §§ 201, 203.

1255 Ibid., § 102(23).

1256 Ibid.

Визначення господарської діяльності з віртуальною валютою – діяльності, яка спричиняє потребу у ліцензуванні – включає «обмін, переказ або зберігання віртуальної валюти чи участь в адмініструванні віртуальної валюти»[1257]. Визначення також безпосередньо включає емісію, утриманні від імені інших осіб, електронні сертифікати, що представляють частки у дорогоцінних металах[1258].

Подібно до положень BitLicense та декількох змінених законів про загальне ліцензування права на проведення переказів коштів, Акт про уніфікацію також не включає до визначення господарської діяльності з віртуальною валютою безпосередню купівлю товарів та послуг з використанням віртуальної валюти, безпосередню купівлю віртуальної валюти як інвестиції та осіб, діяльність яких обмежена розробленням чи випуском програмного забезпечення[1259]. Крім того, Акт про уніфікації передбачає низку додаткових винятків, у тому числі для деяких зареєстрованих брокерів, дилерів та суб'єктів господарської діяльності, що мають ліцензії на проведення грошових переказів.

IV. ПРОТИДІЯ ВІДМИВАННЮ КОШТІВ

Закон США «Про банківську таємницю»[1260] є базовим федеральним законом, який накладає на установи у фінансовому секторі зобов'язання щодо протидію відмиванню коштів. FinCEN (ПФР США), бюро міністерства фінансів США, видає та забезпечує дотримання положень щодо протидії відмиванню коштів, прийнятих на виконання вимог Цього Закону переважно разом з іншими федеральними органами, що мають безпосередні наглядові повноваження за такими установами, як банки, брокери та дилери.

Закон США «Про банківську таємницю» та підзаконні акти, що прийняті у рамках його імплементації[1261], вимагають, щоби деякі перелічені фінансові установи, які не перебувають під наглядом жодного федерального органу, зобов'язані зареєструватись у ПФР США, забезпечувати відповідно до вимог належну програму щодо протидії відмиванню коштів, що ґрунтується на оцінці ризиків, а також збирати, зберігати та надсилати інформацію до ПФР США.

1257 Ibid., § 102(24).

1258 Ibid.

1259 Ibid., § 103.

1260 Див. §§ 5311–5332 підглави 2 глави 53 підрозділу 4 розділу 31 Кодексу США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/37Pf9RD (англійська мова). Також поняття «відмивання коштів» власне визначено у Кримінальному кодексі США. Див., наприклад, §§ 1956, 1957 глави 95 розділу 18 Кодексу США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3rSFYLy (англійська мова).

1261 Секція X розділу 31 Зводу федеральних регламентів США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3ENA7fY (англійська мова).

Як буде більш докладно зазначено далі, у 2011 році ПФР США розширив визначення послуг з переказу коштів через прийняття правил, додавши до нього переказ «вартості, яка замінює валюту», щоби закласти підвалини для регулювання компаній, що проводять діяльність з віртуальною валютою, згідно з вимогами Закону США «Про банківську таємницю». Майже десять років потому у 2020 році Конгрес США ухвалив Закон США «Про протидію відмиванню коштів», розширивши визначення «фінансової установи» відповідно до Закону США «Про банківську таємницю», щоби додати суб'єктів, які переказують «якусь вартість, що замінює валюту», та надати повноваження Міністру фінансів США розглядати вартість, яка замінює валюту, як «грошово-кредитний інструмент», що підпадає під вимоги американської програми щодо протидії відмиванню коштів. Це остаточно вирішує питання про те, чи застосовуються вимоги Закону США «Про банківську таємницю» до певної господарської діяльності, пов'язаної з віртуальними валютами.

i. КЕРІВНІ НАСТАНОВИ FINCEN: ФУНКЦІОНАЛЬНИЙ ПІДХІД

Положення Закону США «Про банківську таємницю» накладають обов'язки щодо протидії відмиванню коштів на різні фінансові установи, включаючи традиційні фінансові установи, такі як банки, взаємні фонди, брокери та дилери, що проводять операції з цінними паперами, ф'ючерсні комісійні торгівці, які подібні до брокерів тільки стосовно товарів, а також деякі нетрадиційні фінансові установи, включаючи суб'єктів господарювання, що надають грошові послуги[1262]. Відповідно до цих положень, фізичні або юридичні особи, «де б вони не знаходились, якщо вони проводять господарську діяльність повністю або на значній частині території [США], незалежно від того, чи вони її проводять на регулярній основі, мають організаційну структуру чи отримали ліцензію», які проводять визначені види діяльності вважаються суб'єктами господарювання, що надають грошові послуги[1263].

До таких суб'єктів господарювання відносять, серед іншого, дилерів, що проводять операції з обміну іноземної валюти, постачальників і продавців передплаченого доступу та суб'єктів господарювання, що надають послуги з переказу коштів[1264]. Визначення останніх – це будь-яка фізична або юридична особа, яка надає послуги з переказу коштів або займаються переказами коштів[1265]. Терміни «переказ коштів» та «послуги з надання переказів коштів» склали підвалини регулювання ПФР США щодо суб'єктів, які займаються деякими видами діяльності з віртуальними валютами.

1262 Ibid., § 1010.100(t).
1263 Ibid., § 1010.100(ff).
1264 Ibid., §§ 1010.100(ff)(1), (4)-(5).
1265 Ibid., § 1010.100(ff)(5).

У 2011 році ПФР США остаточно затвердив правило[1266], яке розширило визначення послуг з надання переказів коштів, додавши «прийняття валюти, коштів або іншої вартості, яка замінює валюту, від однієї особи, і переказ валюти, коштів або іншої вартості, яка замінює валюту, до іншого місця або особи будь-яким способом»[1267]. Отже, включивши до цього правила вираз «інша вартість, яка замінює валюту», ПФР США заклав підвалини для оцінки того, чи може окремий вид господарської діяльності з віртуальними валютами розглядатись як надання послуг з переказу коштів.

Потім ПФР США оприлюднив керівні настанови, де було визначено ключові терміни та аналітичні принципи, які ПФР США використовує для оцінки діяльності з віртуальною валютою у рамках виконання Закону США «Про банківську таємницю»[1268]. У цих настановах віртуальну валюту визначено як «засіб обміну, який функціонує як валюта в деяких середовищах, але не має всіх атрибутів фіатної валюти». Отже, фіатну валюту відрізняють від віртуальної на основі того, що остання не має статусу законного платіжного засобу у жодній юрисдикції[1269].

Керівні настанови обмежуються діяльністю, пов'язаною з конвертованими віртуальними валютами, які визначаються як віртуальна валюта, що «має або еквівалентну вартість у фіатній валюті, або функціонує як замінник фіатної валюти». Керівні настанови не містять жодних згадок про те, чи мають конвертовані віртуальні валюти конвертуватися у фіатну валюту чи будь-яку іншу форму вартості. Також не розглядається питання про те, чи має конвертованість бути дозволена власне системою віртуальних валют, чи достатньо звичайного ринку для торгівлі чи обміну. Ці керівні настанови визначають трьох учасників у загальних механізмах віртуальних валют:

a. користувач – це особа, яка одержує віртуальну валюту для придбання товарів або послуг;
b. обмінник – особа, яка займається діяльністю з обміну віртуальної валюти на фіатну валюту, кошти чи іншу віртуальну валюту;
c. адміністратор – це особа, яка займається діяльністю з емісії (введення в обіг) віртуальної валюти та має повноваження викуповувати (вилучати з обігу) таку віртуальну валюту[1270].

1266 Див. підрозділ «Визначення та інші положення щодо господарської діяльності з надання переказів коштів» Закону США «Про банківську таємницю», який опубліковано у «Федеральному реєстрі» 21.07.2011 (том 76, № 140, стор 43585) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3x3vwEC (англійська мова).

1267 Див. § 1010.100(ff)(5)(i)(A) розділу 31 Зводу федеральних регламентів США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LsU6me (англійська мова).

1268 Керівні настанови FinCEN «Застосування правил FinCEN до осіб, які адмініструють, обмінюють або використовують віртуальні валюти» (18.03.2013) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3NJ8rNl (англійська мова) (далі у цій секції – Керівні настанови 2013 року).

1269 Ibid. Положення Закону США «Про банківську таємницю» визначають фіатну валюту як монетні та паперові гроші будь-якої країни, яка також визначені як законний платіжний засіб, перебувають в обігу та зазвичай використовуються та приймаються як засіб обміну в країні, де були емітованими (§ 1010.100(m) розділу 31 Зводу федеральних регламентів США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LsU6me (англійська мова).

1270 Фізична чи юридична особа може одночасно відігравати декілька ролей у певній угоді чи транзакції.

У будь-якому випадку обмінник або адміністратор, який приймає та переказує, купує чи продає конвертовані віртуальні валюти, є особою, що проводить переказ коштів, на якого поширюються будь-які правозастосовні обмеження чи винятки[1271]. Однак, звичайна роль користувача не підходить до визначення переказу коштів та, отже, користувачі не є суб'єктами господарювання, що надають послуги з переказу коштів, а тому на них не поширюються вимоги щодо протидії відмиванню коштів. Ці керівні настанови стосуються як централізованих конвертованих віртуальних валют, так і децентралізованих конвертованих віртуальних валют[1272], таких як біткоїн.

Згодом ПФР США оприлюднив кілька роз'яснень щодо застосування вищевказаних керівних настанов, з огляду на конкретні типи ситуацій. У травні 2019 року ПФР США в цілому оновив та оприлюднив керівні настанови з цієї тематики, де розширив ці роз'яснення[1273], але знов обмежуючись конвертованими віртуальними валютами[1274]. Хоча FinCEN наполягає, що керівні настанови 2019 року не створюють жодних нових нормативних вимог чи очікувань, проте його обговорення моделей господарської діяльності, які раніше не розглядалися ПФР США, може, по суті, встановити нові основні правила для деяких учасників сфери конвертованих віртуальних валют.

Окреслення рамок для користувача, обмінника та адміністратора

Розробники конвертованих віртуальних валют: майнинг та інвестування

Керівні настанови 2019 року передбачають: якщо особа майнить конвертовану віртуальну валюту та використовує її виключно для придбання товарів чи послуг від свого імені, то ця особа не розглядається як суб'єкт господарювання, що надає

1271 Положення Закону США «Про банківську таємницю» вказують на шість обставин, за якими особа не є суб'єктом господарювання, що надає послуги з переказу коштів, незважаючи на те, що приймає та переказує валюту, кошти або вартість, яка замінює валюту. (§§ 1010.100(ff)(5)(ii)(A)-(F) розділу 31 Зводу федеральних регламентів США). Це стосується: осіб, які просто забезпечують засобами доставки, зв'язку або мережі, що використовуються для передавання інформації, платіжних процесорів, які сприяють оплаті товарів або послуг за домовленістю з кредитором або продавцем; а також прийняття чи переказ коштів, що є невід'ємною частиною продажу товарів чи послуг особою, яка приймає або переказує кошти. Див. також §§ 1010.100(ff)(5)(ii)(A)-(B), (F) розділу 31 Зводу федеральних регламентів США.

1272 Такі валюти не мають централізованого сховища, єдиного адміністратора та можуть бути отримані власними обчислювальними чи виробничими зусиллями людини.

1273 Керівні настанови FinCEN «Застосування правил FinCEN до деяких моделей господарської діяльності, де залучені конвертовані віртуальні валюти» (09.05.2019) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LH7yTK (англійська мова) (далі у цій секції – Керівні настанови 2019 року).
Того ж дня ПФР США також оприлюднив рекомендації, які мають допомогти фінансовим установам виявляти та повідомляти про підозрілу діяльність зловмисників, які використовують конвертовані віртуальні валюти для незаконних цілей. У цих рекомендаціях наведено приклади незареєстрованих суб'єктів, що емітують чи забезпечують обіг конвертованих віртуальних валют, які використовуються для проведення такої діяльності, «червоні прапорці» з виявлення незаконної діяльності з використанням конвертованих віртуальних валют та рекомендації щодо інформації, яку необхідно включати під час подання необхідних повідомлень, де залучені конвертовані віртуальні валюти. Див. Керівні настанови FinCEN «Рекомендації щодо виявлення незаконної діяльності, де залучені конвертовані віртуальні валюти» (09.05.2019) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/37chLZd (англійська мова).

1274 Керівні настанови 2019 року також не розглядають рамки того, що для цих цілей вважається конвертованим. Проте тут стверджується, що це визначення охоплює вартість, спочатку створену для інших цілей (сюди включаються активи, які інші нормативно-правові документи класифікують як товари, цінні папери або ф'ючерсні контракти), яка повторно використовується як замінник валюти.

послуги з переказу коштів, відповідно до положень Закону США «Про банківську таємницю», до того моменту, коли особа починає майнити таку валюту для використання у переказах коштів. Це ще раз повторюється з попередніх керівних настанов, оприлюднених у 2013 році[1275].

До того ж, навіть якщо люди об'єднують комп'ютерні обчислені ресурси у «пули майнингу», а лідер групи отримує зароблені конвертовані віртуальні валюти та переказує їх іншим членам групи, то власне це не є переказом коштів відповідно до положень Закону США «Про банківську таємницю», оскільки такі перекази є невід'ємною частиною надання послуг.

Також, ПФР США встановив, що інвестори у віртуальні валюти, що вкладають кошти для власної вигоди, а не для вигоди чи на прохання інших осіб, є користувачами віртуальної валюти, а отже, не розглядаються як суб'єкти господарювання, що надають послуги з переказу коштів[1276]. Таким чином, ПФР США не дивиться на етикетку, яку причепили до конкретного процесу створення або отримання віртуальної валюти, а на функцію, для якої особа використовує конвертовану віртуальну валюту, а також на користь кого.

Торговельні платформи конвертованих віртуальних валют, децентралізовані біржі та централізовані сховища

Торговельні платформи конвертованих віртуальних валют надають змогу покупцям і продавцям таких валют знаходити один одного, а іноді також функціонують як посередник для полегшення торгівлі. Згідно з Керівними настановами 2019 року торговельні платформи конвертованих віртуальних валют, які тільки працюють як форуми для розміщення заявок та пропозицій, не є суб'єктами господарювання, що надають послуги з переказу коштів, відповідно до положень Закону США «Про банківську таємницю», якщо сторони самостійно врегульовують будь-які узгоджені транзакції через зовнішній майданчик або сервіс[1277].

Однак, якщо торговельна платформа здійснює купівлю конвертованої віртуальної валюти від продавця та продає її покупцеві, то тоді така платформа стає обмінником та, отже, підпадає під дію вимог положень Закону США «Про банківську таємницю» як суб'єкт господарювання, що надає послуги з переказу коштів.

1275 Див. публікацію «Застосування правил FinCEN до операцій із майнингу віртуальних валют» (30.01.2014) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3u3H3lf (англійська мова).

1276 Див. публікацію «Застосування правил FinCEN до розробки програмного забезпечення для віртуальної валюти та визначеної інвестиційної діяльності» (30.01.2014) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/35Dmin1 (англійська мова).

1277 Такі платформи відповідають положенням Закону США «Про банківську таємницю», які звільняють їх від статусу суб'єктів господарювання, що надають послуги з переказу коштів, оскільки ці платформи тільки надають засоби доставки, зв'язку або мережі, що використовуються для переказів. Див. § 1010.100(ff)(5)(ii)(A) розділу 31 Зводу федеральних регламентів США.

Це навіть має місце, якщо суб'єкт господарювання здійснює переказ тільки в разі настання заздалегідь визначених умов або клієнти, які купують і продають такі валюти, ніколи не ідентифікуються один з одним[1278].

Крім того, обмінник буде підлягати однаковим вимогам щодо протидії відмиванню коштів відповідно до положень Закону США «Про банківську таємницю» незалежно від того чи він діє як брокер, який намагається поєднати дві (переважно) одночасні та взаємозалікові операції, що передбачають прийняття одного виду валюти та переказ іншого, чи як дилер, який здійснює операції зі свого власного резерву у конвертованій віртуальній валюті чи фіатній валюті[1279].

У більш широкому розумінні стосовно конвертованих віртуальних валют, для яких є централізовані сховища, керівні настанови 2013 року формують остаточну думку, що адміністратор централізованого сховища конвертованої віртуальної валюти є суб'єктом господарювання, що надає послуги з переказу коштів у тих межах, в яких він може дозволити переказ вартості між особами або з одного місця в інше, незалежно від того, чи є вартість, що була переказана, фіатною валютою чи конвертованою віртуальною валютою. А обмінник, який використовує свій доступ до послуг віртуальної валюти, які надаються адміністратором, щоби приймати та переказувати конвертовану віртуальну валюту від імені інших, також є суб'єктом господарювання, що надає послуги з переказу коштів.

Додаткові моделі господарської діяльності

Біржі (обмінники), що працюють за топологією «peer-to-peer», кіоски конвертованої віртуальної валюти та децентралізовані застосунки

Обмінники, які працюють за топологією «peer-to-peer» та займаються купівлею та продажем конвертованих віртуальних валют, полегшуючи перекази конвертованої віртуальної валюти за оплату у фіатній валюті, інших конвертованих віртуальних валютах або інших видах вартості, повинні відповідати положенням Закону США «Про банківську таємницю» як суб'єкти господарювання, що надають послуги з переказу коштів, за винятком фізичних осіб, які проводять подібну діяльність, але роблять це нечасто та не для отримання прибутку чи вигоди[1280]. Так само власники чи оператори кіоску конвертованої віртуальної валюти (тобто електронного терміналу), який надає змогу обмінювати конвертовану віртуальну валюту на фіатну валюту, інші конвертовані віртуальні валюти або інші види вартості будуть розглядатися як суб'єкти господарювання, що надають послуги з переказу коштів, відповідно до положень Закону США «Про банківську таємницю».

1278 Див. публікацію «Запит на адміністративне рішення щодо застосування правил FinCEN до торговельної платформи віртуальної валюти» (27.10.2014) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3r1M0sX (англійська мова).

1279 Див. публікацію «Запит на адміністративне рішення щодо застосування правил FinCEN до платіжної системи віртуальної валюти» (27.10.2014) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/37a8Qrf (англійська мова).

1280 Див. § 1010.100(ff)(8) розділу 31 Зводу федеральних регламентів США.

Керівні настанови 2019 року вперше публічно висвітлюють позицію ПФР США щодо децентралізованих застосунків, які є програмними продуктами, що працюють з платформами блокчейн у комп'ютерних мережах з топологією «peer-to-peer» та розроблені так, що вони не контролюються центральним адміністратором. Керівні настанови 2019 року стверджують, що коли децентралізовані застосунки здійснюють переказ коштів, то визначення суб'єкта господарювання, що надає послуги з переказу коштів, може стосуватися власне децентралізованого застосунку або його власників чи операторів чи їх всіх одночасно. Керівні настанови 2019 року не розглядають питання про те, хто може вважатися власником чи оператором децентралізованого застосунку, а також наслідки того, що частина програмного забезпечення, що працює в децентралізованій мережі, може бути суб'єктом господарювання, що надає послуги з переказу коштів, у рамках положень Закону США «Про банківську таємницю».

Послуги платіжних процесорів, які використовуються для переказів конвертованих віртуальних валют

Фінансові посередники, які надають змогу традиційним продавцям приймати конвертовані віртуальні валюти від клієнтів в обмін на товари та послуги, також є суб'єктами господарювання, що надають послуги з переказу коштів, відповідно до Керівних настанов 2019 року. Платіжні процесори конвертованої віртуальної валюти, як правило, не можуть підпадати під умови щодо звільнення для платіжних процесорів відповідно до положень Закону США «Про банківську таємницю», оскільки вони не працюють через клірингові та розрахункові системи, до яких допускаються тільки фінансові установи, що регулюються у рамках Закону США «Про банківську таємницю»[1281].

Інтернет-казино

Керівні настанови 2019 року передбачають, що будь-який суб'єкт, який займається гральним бізнесом та не підпадає під визначення казино, грального закладу чи карткового клубу[1282], наведених у Законі США «Про банківську таємницю», куди включають будь-яку віртуальну платформу, створену для ставок на можливий результат подій, таких як ринки прогнозів, інформаційні ринки, ринки рішень, ф'ючерси на ідеї або деривативи на події, де приймають та переказують вартість, яка номінована у конвертованій віртуальній валюті, досі можуть регулюватися як суб'єкти господарювання, що надають послуги з переказу коштів, відповідно до Закону США «Про банківську таємницю».

1281 Див. Ibid., § 1010.100(ff)(5)(ii)(B) розділу 31 Зводу федеральних регламентів США та виноску 150.

1282 Див. §§ 1010.100(t)(5)-(6) розділу 31 Зводу федеральних регламентів США. Казино мають власні зобов'язання щодо протидії відмиванню коштів відповідно до положень Закону США «Про банківську таємницю». Коли особа одночасно підпадає під визначення ПФР США як казино, так і суб'єкт господарювання, що надає послуги з переказу коштів, то нормативні зобов'язання казино, як правило, відповідають зобов'язанням суб'єктів господарювання, що надають послуги з переказу коштів, за винятком реєстрації.

Гаманці конвертованих віртуальних валют

Інтерфейси для посередників, що займаються зберіганням та переказами конвертованих віртуальних валют відрізняються залежно від технології, яка використовується, включаючи мобільні гаманці, програмні гаманці та апаратні гаманці. ПФР США називає гаманці з коштами користувачів, які контролюються третіми особами «хостованими гаманцями», а гаманці з контрольованими користувачами коштами – «нехостованими гаманцями».

Однак, як зазначено у Керівних настановах 2019 року, нормативне регулювання ПФР США стосовно цих посередників не залежить від якоїсь конкретної технології, а спирається на чотири критерії:

a. кому належить вартість;
b. де зберігається ця вартість;
c. чи безпосередньо власник взаємодіє з платіжною системою, де запущена відповідна конвертована віртуальна валюта;
d. чи має особа, яка виступає як посередник, повний незалежний контроль над цією вартістю.

ПФР США не пояснює, як ці фактори будуть збалансовані в усіх ситуаціях, але вказує на деяких постачальників послуг хостованих гаманців, які будуть розглядатись як суб'єкти господарювання, що надають послуги з переказу коштів, та зазначає, що особа, яка купує товари чи послуги від свого імені через нехостований гаманець, не є таким суб'єктом господарювання.

Відстеження транзакцій та повідомлення щодо них, де використовуються нехостовані гаманці

У грудні 2020 року ПФР США оприлюднив пропоноване правило, яке встановить нові вимоги до ведення обліку, звітності та перевірки особи у зв'язку з певними транзакціями, де використовуються конвертовані віртуальні валюти або цифрові активи зі статусом законного платіжного засобу за умови, якщо контрагент транзакції не має облікового запису, включаючи цифровий гаманець, який хостований установою, яка підпадає під регулювання положень Закону США «Про банківську таємницю», або деякими дозволеними іноземними фінансовими установами. Хоча в запропонованому правилі не використовується термін «нехостований гаманець», пресреліз, запитання та відповіді щодо запропонованого правила демонструють чіткий намір ПФР США вирішити питання щодо транзакцій, де використовуються нехостовані гаманцями.

Банки та суб'єкти господарювання, що надають грошові послуги, будуть зобов'язані подавати повідомлення до ПФР США (відомі як замінники повідомлень про валютні транзакції) та перевіряти особу свого клієнта, якщо контрагент у транзакції використовує нехостований гаманець або іншим чином покритий гаманець та транзакція з віртуальною валютою перевищує 10 тис. доларів США. Також, вони мають вести записи про трансакцію та контрагента, включаючи перевірку особи клієнта, якщо контрагент використовує нехостований гаманець або іншим чином покритий гаманець та транзакція перевищує 3 тис. доларів США. Станом на квітень 2021 року ПФР США не прийняв запропоноване правило. Але, якщо це правило буде прийнято, воно накладе значні нові обов'язки на банки та суб'єктів господарювання, що надають грошові послуги, які займаються господарською діяльністю з віртуальними валютами.

Збір коштів на розвиток інших проєктів – первинні розміщення монет[1283]

У Керівних настановах 2019 року конкретно розглядаються дві моделі господарської діяльності, які включають первинне розміщення монет.

У першій моделі використовується первинне розміщення монет, з допомогою якого пільговий продаж конвертованої віртуальної валюти здійснюється визначеному колу привілейованих покупців (тобто інвесторів). Продавець конвертованої віртуальної валюти є суб'єктом господарювання, що надає послуги з переказу коштів, відповідно до положень Закону США «Про банківську таємницю», оскільки на момент первинного розміщення продавець є єдиною особою, уповноваженою емітувати та викуповувати нові одиниці конвертованої віртуальної валюти, та, отже, буде вважатися адміністратором конвертованої віртуальної валюти[1284].

У другій моделі господарської діяльності використовується первинне розміщення монет, з допомогою якого кошти залучаються через емісію цифрового токена як підтвердження інвестування в акціонерний чи борговий капітал, де інвестори можуть згодом:

a. отримати нову конвертовану віртуальну валюту в обмін на токен;

1283 Міністерство фінансів США раніше в листі до сенатора США Рона Вайдена, тодішнього високопоставленого члена Фінансового комітету Сенату США підтвердило, що Керівні настанови 2013 року мали бути розширеними, щоб конвертовані віртуальні валюти включали також монети та токени первинного розміщення монет. Таким чином, «розробник, який продає… монети чи токени первинного розміщення монет, в обмін на інший тип вартості, який замінює валюту, є суб'єктом господарювання, що надає послуги з переказу коштів, та повинен дотримуватись» відповідних зобов'язань з протидії відмиванню коштів, а «біржа, яка продає монети чи токени первинного розміщення монет, або обмінює їх на іншу віртуальну валюту, фіатну валюту, або іншу вартість, яка замінює валюту, зазвичай також буде суб'єктом господарювання, що надає послуги з переказу коштів». Див. лист Дрю Мелоні, помічника Міністра фінансів США із законодавчих питань до сенатора Рона Вайдена (12.02.2018) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3x1sJM6 (англійська мова).

1284 Подібним чином Керівні настанови 2019 року визначають, що будь-яка «транзакція, коли особа приймає валюту, кошти або вартість, які замінюють валюту в обмін на нову конвертовану віртуальну валюту за пільговим курсом для групи початкових покупців, перш ніж зробити цю конвертовану віртуальну валюту доступною для іншої частини невизначеного кола осіб, є звичайною участю у переказі коштів, незалежно від будь-якого конкретного найменування (наприклад, «ранні інвестори»), що застосовується до початкових покупців».

b. обміняти токен на монету децентралізованого застосунку, яка є цифровим токеном, що розблокує використання децентралізованих застосунків, які надають різні послуги;
c. власне використовувати первинний токен як нову монету конвертованої віртуальної валюти або децентралізованого застосунку;
d. отримати якийсь інший вид прибутку від початкових інвестицій в акціонерний чи борговий капітал.

У цій моделі, залежно від обставин, учасники можуть бути звільнені від статусу суб'єкта господарювання, що надає послуги з переказу коштів, згідно з умовами, які доступні для інших типів піднаглядних суб'єктів (але не від положень Закону США «Про банківську таємницю», що застосовуються до піднаглядних суб'єктів) або для прийняття та переказу вартості, яка є невід'ємною частиною продажу товарів чи послуг, відмінних від переказу коштів[1285].

У будь-якому випадку, перепродаж первинного токена, як правило, не створить жодних зобов'язань згідно з положеннями Закону США «Про банківську таємницю» для первинного інвестора.

Транзакції, де використовується конвертована віртуальна валюта посиленою анонімністю

Насамкінець, Керівні настанови 2019 року розглядають транзакції, які виражаються:

a. звичайними видами конвертованої віртуальної валюти, але що структуровані так, щоби приховати інформацію, яка в інших випадках була доступна через початковий розподілений публічний реєстр цієї конвертованої віртуальної валюти;
b. типами конвертованої віртуальної валюти, що спеціально розроблені для запобігання їхнього відстеження через розподілені публічні реєстри (які також називаються приватними монетами).

Діяльність у середовищі конвертованої віртуальної валюти з посиленою анонімністю підлягає такому ж режиму регулювання, як і діяльність у середовищі інших конвертованих віртуальних валют, та може ускладнити виконання зобов'язань стосовно надання інформації щодо певних переказів коштів. До того ж, постачальник, що надає послуги з анонімності, який приймає конвертовані віртуальні валюти та повторно переказує їх так, щоб інші не могли пов'язати переказ з його ініціатором, буде вважатися суб'єктом господарювання, що надає послуги з переказу коштів, який підпадає під регулювання відповідно до положень Закону США «Про

1285 Див. §§ 1010.100(ff)(8), (5)(ii)(F) розділу 31 Зводу федеральних регламентів США.

банківську таємницю». Однак, якщо особа тільки надає програмне забезпечення для здійснення анонімізації та без будь-яких інших функцій та без вчинення інших дій, то вона не є суб'єктом господарювання, що надає послуги з переказу коштів, у розумінні положень Закону США «Про банківську таємницю».

ii. ЗАКОН США «ПРО БАНКІВСЬКУ ТАЄМНИЦЮ» ТА ПРАВОЗАСТОСОВНА ДІЯЛЬНІСТЬ FINCEN

ПФР США також активно розслідує кримінальні та цивільні справи у відношенні суб'єктів господарювання та фізичних осіб, які займаються віртуальними валютами.

Біржа (обмінник) віртуальних валют «Ripple Labs Inc» та його дочірня компанія ТОВ «XRP II» (далі – Ripple) одночасно уклали договір про згоду з ПФР США та мирову угоду з Офісом прокурора США в Північному окрузі штату Каліфорнія за проведення діяльності суб'єкта господарювання, що надає послуги з переказу коштів, без реєстрації та порушення численних вимоги Закону США «Про банківську таємницю», що пов'язані з протидією відмиванню коштів[1286]. Ripple погодився сплатити 700 тис. доларів США та вжити заходів щодо виправлення ситуації, у тому числі проводити таку діяльність біржі (обмінника) тільки як зареєстрований суб'єкт господарювання, що надає послуги з переказу коштів, та запровадити належну, ефективну програму з питань протидії відмиванню коштів.

ПФР США також наклав штрафні санкції у розмірі понад 110 млн доларів США на компанію «Canton Business Corporation» (далі – BTC-e) та пред'явив 21 кримінальне обвинувачення за параграфами 1956, 1957, 1960 розділу 18 Кодексу Сполучених Штатів Америки щодо навмисного порушення вимог Закону США «Про банківську таємницю» стосовно протидії відмиванню коштів, включаючи відсутність реєстрації як суб'єкта господарювання, що надає послуги з переказу коштів, належної та ефективної програми з питань протидії відмиванню коштів, а також кримінальні обвинувачення у відмиванні коштів. Це був перший подібний позов проти інтернет-бізнесу, що займався віртуальними валютами та був розташований за кордоном[1287].

1286 Див. інформаційне повідомлення ПФР США «FinCEN наклав штрафні санкції на «Ripple Labs Inc» у першому цивільному позові проти обмінника віртуальних валют» (05.05.2015) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3KavXR4 (англійська мова).

1287 Див. інформаційні повідомлення ПФР США «FinCEN наклав штрафні санкції на біржу віртуальних валют BTC-e у розмірі 110 мільйонів доларів за сприяння поширенню програм-вимагачів та продажу наркотичних засобів у темній мережі» (26.07.2017) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/37j3muk (англійська мова) та справа № CR 16-00227, що доповнює обвинувальний акт «США проти BTC-e, яка також відома як компанія «Canton Business Corporation», та Олександра Вінника» (17.01.2017, Північний округ штату Каліфорнія) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3jdPYKN (англійська мова). Один із засновників BTC-e також був заарештований, йому було пред'явлено обвинувачення та накладено особистий штраф у розмірі 12 млн доларів США.

Приклади Ripple і BTC-e є показовими для значної кількості додаткових цивільних та кримінальних правозастосовних дій, які пов'язані з недотриманням вимог положень Закону США «Про банківську таємницю» щодо протидії відмиванню коштів.

Крім того, у квітні 2019 року ПФР США розпочав свій перший правозастосовний захід у відношенні окремого обмінника (біржі) конвертованої віртуальної валюти, що працював за топологією «peer-to-peer», та наклав штрафні санкції у розмірі понад 35 тис. доларів США за навмисне невиконання Еріком Паверсом будь-якого з положень Закону США «Про банківську таємницю», що застосовуються до суб'єктів господарювання, що надають послуги з переказу коштів, включаючи розроблення, впровадження та підтримання у належному стані програми з питань протидії відмиванню коштів, реєстрацію як такого суб'єкта господарювання та подання необхідних повідомлень про транзакції[1288]. Паверсу також було негайно й назавжди заборонено надавати послуги з переказу коштів, займатися будь-якою діяльністю, яка могла б надати йому статус суб'єкта господарювання, що надає послуги з переказу коштів, відповідно до положень Закону США «Про банківську таємницю», та брати участь у діяльності будь-яких «фінансових установ», які визначені у Законі США «Про банківську таємницю» та провадять будь-яку господарську діяльність на теренах Сполучених Штатів Америки.

Як детально згадувалося вище, у 2020 році Міністерство юстиції США пред'явило особам, що були пов'язані з BitMEX, обвинувачення за порушення Закону США «Про банківську таємницю».

ПФР США продемонстрував, що він все більше є стурбованим ризиками, що пов'язані з криптовалютами з посиленою анонімністю, які «досі не пом'якшені у багатьох фінансових установах, що займаються віртуальною валютою»[1289]. Отже, конкретні заходи контролю щодо ПВК/ФТ, які ПФР США вважатиме задовільними у рамках необхідного ризик-орієнтованого підходу, певною мірою залежатимуть від конкретних видів віртуальної валюти, які будуть пропонувати піднаглядні суб'єкти[1290].

ПФР США також засвідчив, що він притримується «технологічно нейтрального» підходу до регулювання та правозастосування, як вказано у Керівних настановах 2019 року[1291]. На практиці це означає, що незалежно від того, чи пропонує суб'єкт господарювання, що надає послуги з переказу коштів, біткоїн, криптовалюти з посиленою анонімністю або інші конвертовані віртуальні валюти, обов'язки

1288 Див. інформаційне повідомлення ПФР США «FinCEN накладає штрафні санкції на біржу віртуальної валюти, яка працювала за топологією «peer-to-peer», за порушення законодавства про протидію відмиванню коштів» (18.04.2019) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3NQd8VE (англійська мова).

1289 Див. «Підготовлені зауваження директора FinCEN Кеннета А. Бланко, виголошені на блокчейн-конференції «Consensus» (13.05.2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3jbtJoE (англійська мова).

1290 Ibid.

1291 Див. «Підготовлені зауваження директора FinCEN Кеннета А. Бланко на блокчейн-симпозіумі компанії «Chainalysis» (15.11.2019) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LM8giw (англійська мова).

за Законом США «Про банківську таємницю» не змінюються. Але «сподіваємось, що [суб'єкти господарювання, що надають послуги з переказу коштів] розуміють відмінності, які існують у цих різних продуктах та послугах». Піднаглядні суб'єкти мають бути спроможними пояснити під час проведення перевірки, як саме вони «пом'якшують ризики, пов'язані з криптовалютами з посиленою анонімністю, включаючи те, як ви ідентифікуєте потенційно підозрілу діяльність та дотримуєтесь вимог щодо подання повідомлень та ведення обліку»[1292].

iii. ВИМОГИ ДО ВІДПОВІДНОСТІ ПРОГРАМ З ПИТАНЬ ПРОТИДІЇ ВІДМИВАННЮ КОШТІВ

Коли суб'єкт господарської діяльності, який займається віртуальними валютами, діє як суб'єкт господарювання, що надає послуги з переказу коштів, то він повинен зареєструватися у ПФР США, впроваджувати та належно підтримувати ефективну, задокументовану, ризик-орієнтовану програму з питань протидії відмиванню коштів, яка ґрунтовно розроблена для запобігання використанню такого суб'єкта у сприянні відмиванню коштів та фінансуванню терористичної діяльності[1293]. Як мінімум така програма повинна передбачати:

a. встановлення політики, процедур та внутрішнього контролю для перевірки ідентифікації клієнтів, подання повідомлень, створення і збереження записів та відповідей на запити правоохоронних органів;
b. наскільки є можливим інтеграцію процедури дотримання вимог протидії відмиванню коштів з автоматизованими системами обробки даних;
c. ведення списку агентів;
d. обов'язкове призначення відповідального працівника за дотримання вимог цієї програми;
e. наявність належної освіти та підготовки відповідного персоналу щодо протидії відмиванню коштів;
f. незалежний періодичний огляд і моніторинг для забезпечення адекватності програми.

Суб'єкт господарювання, що надає послуги з переказу коштів, також мають цілу низку різноманітних обов'язків щодо ведення обліку та звітності у зв'язку з їхньою роллю, яку вони відіграють у сфері протидії відмиванню коштів, включаючи зобов'язання подавати певні повідомлення про підозрілі операції (діяльність)[1294].

1292 Ibid.

1293 Див. §§ 5318(a)(2), (h) розділу 31 Кодексу США та § 1022.210 розділу 31 Зводу федеральних регламентів США.

1294 Інші піднаглядні фінансові установи також мають подібні, але дещо більш ширші обов'язки щодо протидії відмиванню коштів, включаючи, наприклад, більш конкретні вимоги стосовно розробки програми ідентифікації клієнтів. Див. також § 1022.210 розділу 31 Зводу федеральних регламентів США.

На продовження теми, після виходу у світ Керівних настанов 2019 року, у жовтні того ж року ПФР США разом із Комісією з торгівлі товарними ф'ючерсами США та Комісією з цінних паперів і фондових бірж США оприлюднили спільну заяву[1295], в якій наголошувалось на обов'язковому виконанні зобов'язань щодо протидії відмиванню коштів відповідно до положень Закону США «Про банківську таємницю» особами, які займаються діяльністю, пов'язаною з «цифровими активами»[1296].

У Спільній заяві ще раз підкреслюють, що, незалежно від того, як характеризуються цифрові активи, зобов'язання фінансових установ щодо протидії відмиванню коштів, які підпадають під дію положень Закону США «Про банківську таємницю», поширюються на таку діяльність з цифровими активами, як зазначено у Керівних настановах 2019 року. А також суб'єкти, які займаються певними видами діяльність з цифровими активами, але на них не поширюється дія положення Закону США «Про банківську таємницю», будуть відповідати визначенню фінансової установи, на яку поширюються вимоги щодо протидії відмиванню коштів згідно з положеннями Закону США «Про банківську таємницю».

Наприклад, суб'єкт, який не переказує фіатну валюту, але надає послуги обміну для конвертованих віртуальних валют, може бути суб'єктом господарювання, що надає послуги з переказу коштів. Тому у такому випадку він підпадає під дію Закону США «Про банківську таємницю» та повинен зареєструватися у ПФР США як такий суб'єкт.

Важливо зазначити, що у Спільній заяві уточнюється, що суб'єкти, які відповідно до сфери господарської діяльності перебувають під наглядом та щодо яких здійснюють перевірки Комісія з цінних паперів і фондових бірж США чи Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США, наприклад: представницькі брокери, торговці ф'ючерсними комісіями, брокери та дилери або взаємні фонди, які займаються діяльністю з цифровими активами (сюди належить будь-яка діяльність, яку ПФР США інакше розглядав би як «переказ коштів»), часом змушені надалі виконувати більш жорсткі зобов'язання щодо протидії відмиванню коштів, які застосовуються до таких суб'єктів, а не вимогам, що висуваються виключно до суб'єктів господарювання, що надають послуги з переказу коштів, незалежно від того, чи є базовий цифровий актив цінним папером або товаром[1297].

1295 Спільна заява керівництва ПФР США, Комісії з торгівлі товарними ф'ючерсами США та Комісії з цінних паперів і фондових бірж США щодо діяльності, яка пов'язана з цифровими активами (11.10.2019) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3v1jVTS (англійська мова).

1296 Для цілей цієї спільної заяви до визначення терміну «цифрові активи» включаються інструменти, які можуть бути цінними паперами, товарами, інструменти, які відповідно до чинного законодавства пов'язані з цінними паперами або товарами, наприклад, ф'ючерси або свопи. А також у цій заяві зазначено, що такі активи можуть мати різні назви: «віртуальні активи», «криптоактиви», «цифрові токени», «цифрові монети», «цифрові валюти», «криптовалюти» та «конвертовані віртуальні валюти».

1297 Див. виноску 164 та § 1010.100(ff)(8)(ii) розділу 31 Зводу федеральних регламентів США.

iv. ВКЛЮЧЕННЯ ВИМОГ ЗАКОНУ США «ПРО БАНКІВСЬКУ ТАЄМНИЦЮ» ЩОДО ПРОТИДІЇ ВІДМИВАННЮ КОШТІВ ДО ЗАКОНОДАВСТВА ШТАТІВ

Додатково до федеральних вимог згідно з Законом США «Про банківську таємницю», всі штати США (за винятком штату Монтана) також регулюють перекази коштів у певних межах з допомогою ліцензування та інших вимог. Як зазначалось у III Секції, закони про перекази коштів кожного штату відрізняються з погляду того, для яких видів діяльності потрібна ліцензія, а також, що потрібно для отримання ліцензії. Тому незважаючи на те, що ПФР США вимагає, щоби суб'єкт господарювання, що займається віртуальними активами, був зареєстрований на федеральному рівні як суб'єкт господарювання, що надає послуги з переказу коштів, то це не обов'язково означає, що штат погодиться з такою класифікацією відповідно до своїх законів, які зазвичай мають направленість на захист прав споживачів, а також на протидію відмиванню коштів.

Багато штатів цілеспрямовано включають відповідність вимогам щодо протидії відмиванню коштів згідно з Законом США «Про банківську таємницю» та його положеннями у свої власні закони та положення щодо переказу коштів. До переліку таких штатів входять, наприклад, штати Нью-Йорк і Делавер[1298]. Крім того, деякі штати додатково накладають зобов'язання щодо протидії відмиванню коштів до федеральних вимог[1299].

Отже, суб'єкти господарювання, що займаються віртуальною валютою, можуть підлягати контролю за дотриманням федеральних вимог щодо протидії відмиванню коштів з боку регуляторних органів штатів, а, можливо, їм також буде необхідно дотримуватись додаткових вимог щодо боротьби з відмиванням коштів залежно від того, чи потрібна для їхньої діяльності ліцензія.

v. УПРАВЛІННЯ КОНТРОЛЮ ЗА ІНОЗЕМНИМИ АКТИВАМИ МІНІСТЕРСТВА ФІНАНСІВ США (OFAC)

Управління контролю за іноземними активами Міністерства фінансів США забезпечує виконання певних законів, постанов та розпоряджень, які пов'язані з торговельно-економічними санкціями, що були адресно накладені на іноземні країни та режими, терористів, міжнародних наркоторгівців, осіб, які займаються діяльністю, пов'язаною з розповсюдженням зброї масового знищення та іншими загрозами для національної безпеки, зовнішньої політики чи економіки Сполучених Штатів Америки. Ці санкції можуть забороняти певні види операцій або вимагати блокування та заморожування активів, пов'язаних з об'єктами санкційного режиму.

1298 Див., наприклад, § 417.2 розділу 3 Збірника кодексів, правил та постанов штату Нью-Йорк та § 2301-1.1 5 розділу Адміністративного кодексу штату Делавер (2018 рік).

1299 Див., наприклад, § 6-1241 Анотованих переглянутих нормативних актів штату Арізона (2018 рік).

Дотримання вимог такого режиму підкріплюється значними федеральними кримінальними санкціями. Будь-який суб'єкт, що займається діяльністю з віртуальними валютами у США, зобов'язаний дотримуватись чинних режимів OFAC, а отже, має проводити оцінку того, чи підпадають його клієнти або контрагенти під відповідні санкції.

Управління контролю за іноземними активами Міністерства фінансів США застосовувало адресні санкції щодо віртуальної валюти, зокрема проти двох фізичних осіб, що знаходились в Ірані та допомагали обмінювати викупні платежі у біткоїнах на іранський ріал як обмінники з використання топології «peer-to-peer» від імені іранських зловмисних кібераторів[1300]. Це був перший випадок, коли OFAC спеціально ідентифікував адреси конвертованих віртуальних валют, що пов'язані з підсанкційними фізичними особами.

Крім того, Управління контролю за іноземними активами Міністерства фінансів США опублікувало відповіді на поширені запитання, в яких зазначено, що всім особам США заборонено брати участь у транзакціях, пов'язаних із наданням фінансування, та інших транзакціях з будь-якою «цифровою валютою, цифровою монетою чи цифровим токеном», які були емітовані урядом Венесуели, для нього чи від його імені 09.01.2018 або після цієї дати[1301].

Управління контролю за іноземними активами Міністерства фінансів США продовжує активно застосовувати санкційний режим США в екосистемі віртуальних валют. Наприклад, у березні 2020 року OFAC наклав санкції на двох громадян Китаю, причетних до відмивання приблизно 100,5 млн доларів США у криптовалюті, яку вкрали внаслідок проведених у 2018 році кібератак проти двох криптовалютних бірж[1302]. Ці кібератаки здійснило хакерське угрупування «Lazarus Group», що фінансується КНДР та на яку OFAC наклав санкції.

У лютому 2021 року OFAC оголосив про укладення мирової угоди з компанією «BitPay, Inc», яка знаходилась у місті Атланта, штат Джорджія та здійснювала обробку платежів у віртуальній валюті, що давало змогу фізичним особам, які перебувають у зонах санкцій, включаючи Іран, Судан, КНДР та Сирію, проводити операції з американськими торговцями.

1300 Див. прес-реліз Міністерства фінансів США «Міністерство фінансів встановило іранських фінансових посередників зловмисної кіберактивності та вперше ідентифікувало пов'язані з ними адреси цифрових валют» (28.11.2018) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/371ydvl (англійська мова).

1301 Див. відповіді OFAC на поширені запитання щодо санкцій стосовно Венесуели (19.03.2018 № 566) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3DMIuIb (англійська мова), Виконавчий наказ Адміністрації Президента США від 19.03.2018 № 13827 «Про вжиття додаткових заходів щодо врегулювання ситуації у Венесуелі» (том 83 «Федерального реєстру» стор. 12469-12470) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3uhaUa0 (англійська мова).

1302 Див. прес-реліз Міністерства фінансів США «Міністерство фінансів наклало санкції на фізичних осіб-учасників хакерського угрупування «Lazarus Group» за відмивання криптовалюти» (02.03.2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3DPO0tr (англійська мова).

Крім того, у жовтні 2020 року Управління контролю за іноземними активами Міністерства фінансів США оприлюднило інструктивний лист, в якому висвітлюються ризики потенційних порушень законодавства США про санкції, якщо фізичні та юридичні особи, які є резидентами США, будуть виконувати вимоги щодо оплати, які надходять від програм-вимагачів. У листі зазначається, що за останні роки збільшилась частота атак програм-вимагачів. Варто зауважити, що кіберзлочинці атакують корпорації та підприємства будь-якого розміру, лікарні, школи та органи місцевого самоврядування і часто вимагають оплати у біткоїнах.

З допомогою цього інструктивного листа OFAC надсилає чіткий сигнал про те, що проведення платежів на адресу програм-вимагачів, у тому числі у віртуальній валюті, що пов'язано з наявними санкціями, загрожує інтересам національної безпеки США. Треті особи-постачальники послуг, які сприяють проведенню платежів на адреси програм-вимагачів від імені жертви, повинні враховувати та забезпечити дотримання правил OFAC.

V. РЕГУЛЮВАННЯ МАЙНЕРІВ

Взагалі майнинг віртуальних валют є законним згідно з федеральним законодавством та законодавством штатів. Однак, через занепокоєння щодо споживання енергії та впливу на довкілля принаймні одна місцева рада ввела тимчасові заборони на майнинг віртуальної валюти[1303].

У США відсутній будь-який нормативний режим, який конкретно був би розроблений для майнингу віртуальної валюти. Тобто майнери віртуальної валюти наразі не регулюються в США як майнери віртуальної валюти. ПФР США зазначив: якщо користувач майнить біткоїн та використовує біткоїн для власних потреб (тобто не для вигоди третьої сторони), то цей користувач не є суб'єктом господарювання, що надає послуги з переказу коштів, оскільки діяльність з майнингу не передбачає ні прийняття, ні переказу біткоїнів[1304].

Оскільки віртуальна валюта, що майниться, є цінним папером або товаром, майнинг віртуальної валюти може зачіпати інші аспекти федерального законодавства США, включаючи питання реєстрації брокерів та дилерів, інвестиційних консультантів, операторів товарного пулу або консультантів з питань торгівлі товарами.

Федеральне оподаткування майнингу віртуальної валюти у США також може виявитися складним та незрозумілим. Наприклад, від майнерів можуть вимагати включати справедливу ринкову вартість майнингової валюти до свого валового

1303 У місті Платтсбург (округ Клінтон, штат Нью-Йорк) міська рада тимчасово заборонила майнинг. Див. § 270-28-J статті V розділу 270 Кодексу міста Платтсбург (березень 2018 року).

1304 Див. виноску 150.

доходу у значенні в якому окремий майнер займається майнингом віртуальної валюти як частини торгівлі або бізнесу. Від окремого платника податку можуть вимагати сплачувати зі свого чистого заробітку від майнингу податок як від самозайнятої особи.

Погляд на майнинг віртуальної валюти на рівні штату та місцевому рівні відрізняється. Наприклад, штат Гаваї оприлюднив керівні настанови, які розглядають віртуальні валюти як гроші, що відносить віртуальні валюти до вимог законодавства цього штату про переказ коштів[1305]. Однак, керівні настанови є відносно короткими та не пояснюють причини такого трактування віртуальних валют. Проте, така позиція є цілком зрозумілою та, схоже, вказує на те, що для майнингової діяльності потрібна ліцензія[1306]. Монтана – це єдиний штат, який не ухвалив у будь-якій формі жодного закону про переказ коштів. Хоча в штаті Монтана відсутні будь-які закони чи положення, що стосуються конкретно блокчейну або віртуальних валют, один з округів цього штату ввів тимчасові правила зонування, спрямовані на те, щоб операції з майнингу біткоїну в окрузі проводились без надмірного шуму, а також під час цих операцій належним чином поводились з електронними відходами та використовували відновлювані джерела енергії[1307]. З іншого боку, Монтана – це перший штат, який взяв участь у фінансуванні операції з майнингу біткоїнів[1308].

VI. РЕГУЛЮВАННЯ ЕМІТЕНТІВ ТА СПОНСОРІВ

Емітенти та спонсори інвестиційних фондів, пов'язаних із віртуальною валютою (як державних, так і приватних), а також регуляторні органи продовжують стикатися з проблемою застосування чинного законодавства до нових технологій та нового класу активів, що розвивається.

Зацікавленість суспільства до віртуальних валют і цифрових токенів призвела до створення сотень приватних інвестиційних фондів, що пов'язані з віртуальною валютою[1309]. Кілька спонсорів державних фондів подали реєстраційні заяви до Комісії з цінних паперів і фондових бірж США з метою публічного розміщення акцій інвестиційних фондів, які пов'язані з віртуальною валютою[1310].

1305 Див. виноски 109 та 140.

1306 Ibid.

1307 Див. сторінку на офіційному вебсайті округу Місула штату Монтана «Майнинг криптовалюти» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3DNBfQf (англійська мова).

1308 Див. прес-реліз офісу губернатора Стівена Баллока «Губернатор Баллок оголошує про виділення 1,1 млн доларів США, щоб допомогти підприємствам на головній вулиці створювати робочі місця, навчати працівників та планувати зростання» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3xaBAuV (англійська мова).

1309 Див. публікацію компанії «Crypto Fund Research» «Графіки та діаграми індустрії інвестиційних фондів криптовалют» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3xbD2Nz (англійська мова).

1310 Див., наприклад, заяви про реєстрацію (форма S-1) компаній «ProShares Trust II» (27.09.2017), «Etherindex Ether Trust» (05.09.2017), «VanEck SolidX Bitcoin Trust» (05.06.2018), «US Bitcoin & Treasury Inv. Trust» (01.01.2019), «Bitwise Bitcoin ETF Trust» (10.01.2019), заяву про реєстрацію (форма N-1A) компанії «Rex Bitcoin Strategy Fund» (03.11.2017).

і. ОГЛЯД НОРМАТИВНО-ПРАВОВОЇ БАЗИ

Усі розміщення та продажі цінних паперів у США, у тому числі інвестиційними фондами, мають бути зареєстровані у Комісії з цінних паперів і фондових бірж США відповідно до Закону США «Про цінні папери», якщо вони не підпадають під умови, які дозволяють звільнення від цієї вимоги[1311]. Цей закон накладає суворі вимоги до розкриття інформації у зв'язку з розміщенням та продажем зареєстрованих цінних паперів.

Крім того, інвестиційні фонди, які інвестують значні кошти в цінні папери[1312] та мають намір здійснити розміщення своїх акцій серед невизначеного кола осіб у США зазвичай підлягають реєстрації та регулюванню як інвестиційні компанії відповідно до Закону США «Про інвестиційні компанії»[1313]. Закон США «Про інвестиційні компанії» по суті регулює практично всі аспекти господарської діяльності та операцій зареєстрованої інвестиційної компанії.

Інвестиційні консультанти інвестиційних фондів, які інвестують значні кошти в цінні папери зазвичай підлягають реєстрації та регулюванню як інвестиційні консультанти відповідно до Закону США «Про інвестиційних консультантів»[1314], якщо не передбачено звільнення від такої вимоги. Закон США «Про інвестиційних консультантів» по суті регулює діяльність інвестиційних консультантів та їхні відносини з клієнтами, у тому числі з інвестиційними фондами.

Начальник відділу з питань інвестиційного менеджменту Комісії з цінних паперів і фондових бірж США, який є наглядає за дотриманням вимог Законів США «Про інвестиційні компанії» та «Про інвестиційних консультантів», а також Закону США «Про цінні папери», у частині, яка стосується інвестиційних компаній, що є зареєстрованими відповідно до Закону про компанії, висловив особливе занепокоєння щодо інвестиційних фондів, які інвестують у віртуальні валюти та пов'язані з ними активи[1315].

Оператори інвестиційних фондів, які інвестують або можуть інвестувати у будь-яких обсягах у деривативи, включаючи деривативи на основі віртуальних валют або цифрових активів, також підлягають регулюванню з боку Комісія з торгівлі то-

1311 Див. секції 4, 5 Закону США «Про цінні папери» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3CXF8I5 (англійська мова).

1312 Статус віртуальних валют і цифрових токенів як цінних паперів розглядався у Секції II.

1313 Закон США 1940 року «Про інвестиційні компанії» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LOfMt5 (англійська мова).

1314 Закон США 1940 року «Про інвестиційних консультантів» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3DRShwm (англійська мова).

1315 Див. лист Далії Блесс, начальника відділу інвестиційного менеджменту Комісії з цінних паперів і фондових бірж США, на адресу Пола Скота Стівенса, президента та виконавчого директора «Investment Company Institute», та Тімоті В. Камерона, керівника та виконавчого директора Групи з питань управління активами Асоціація індустрії цінних паперів та фінансових ринків «Участь в інноваціях фондів та холдингів, пов'язаних з криптовалютами» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/38vVohX (англійська мова).

варними ф'ючерсами США відповідно до Закону США «Про товарні біржі», включаючи вимоги щодо розкриття інформації, звітності та ведення обліку згідно з частиною четвертою Правил Комісії з торгівлі товарними ф'ючерсами США.

Зареєстровані оператори товарних пулів та консультанти з питань торгівлі товарами також мають бути членами Національної ф'ючерсної асоціації, що накладає додаткове істотне регулювання на їхню господарську діяльність[1316].

Закон США «Про фондові біржі» може накласти на інвестиційний фонд вимоги щодо публічної звітності, які включають, серед іншого, квартальні та річні звіти, що подаються до Комісії з цінних паперів і фондових бірж США, яка повинна відповідати правилам Комісії щодо їхнього змісту[1317]. Взагалі ці зобов'язання щодо звітності виникають, коли акції інвестиційного фонду отримали допуск до торгів на національній фондовій біржі або коли його пайовими цінними паперами володіють чи 2000 осіб або 500 осіб, які не є кваліфікованими інвесторами, а загальна сума активів емітента перевищує 10 млн доларів США[1318].

Управителі приватних фондів зазвичай уникають зобов'язань щодо реєстрації та розкриття інформації відповідно до Закону США «Про цінні папери», розміщуючи цінні папери у США відповідно до розділу 4(a)(2) Закону США «Про цінні папери», який звільняє від вимог реєструвати операції «емітента, які не пов'язані з публічним розміщенням»[1319]. Положення D, що розроблено відповідно до Закону США «Про цінні папери», встановлює безпечну гавань, яка забезпечує звільнення від виконання вимог розділу 4(a)(2) Цього закону.

Історично склалось так, що суттєвою вимогою Положення D була заборона на загальне привернення уваги або загальну рекламу[1320]. Однак, відповідно до Закону США «Про фінансування стартапів», ухваленого в 2012 році, Комісія з цінних паперів і фондових бірж США внесла зміни до правила 506 Положення D, згідно з якими заборона на загальне привернення уваги не буде застосуватись, якщо, разом з ви-

1316 Національна ф'ючерсна асоціація запровадила правила, які безпосередньо стосуються трансакцій та розміщення віртуальних валют і пов'язаних з ними активів. У грудні 2017 року Асоціація оприлюднила вимоги до звітності, згідно з якими від операторів товарних пулів вимагають негайно повідомляти Асоціацію після того, як вони виконали операцію, що включає будь-яку транзакцію з віртуальною валютою або деривативом віртуальної валюти (включаючи ф'ючерси, опціони або свопи) від імені товарного пулу. 09.08.2018 Національна ф'ючерсна асоціація прийняла вимоги щодо розкриття інформації для членів цієї асоціації, які пропонують товарні пули, які торгують віртуальними валютами або деривативами віртуальної валюти. У керівних настановах щодо розкриття інформації Національної ф'ючерсної асоціації висвітлюються такі питання стосовно віртуальних валют, як волатильність цін, оцінка та ліквідність, а також біржі, посередники та зберігачі віртуальних валют, кібербезпека та непрозорий спотовий ринок. Дивіться повідомлення Національної ф'ючерсної асоціації та виноску 74.

1317 Секція 13 Закону США від 06.06.1934 «Про фондові біржі» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3IpAGwp (англійська мова).

1318 Секція 12 Закону США від 06.06.1934 «Про фондові біржі» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3IpAGwp (англійська мова).

1319 Розділ 4(a)(2) Закону США «Про цінні папери» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3CXF8l5 (англійська мова).

1320 Див. Правило 502 (c) Положення D (кодифіковано у § 230.502(c) 17 розділу Зводу Федеральних Регламентів) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3JvlrTk (англійська мова).

конанням інших вимог Положення D усі покупці цінних паперів, у рамках їхнього розміщення, є кваліфікованими інвесторами та вживаються розумні зусилля, як описано у зміненому правилі, для перевірки їхнього статусу як такого[1321].

Приватні інвестиційні фонди зазвичай уникають реєстрації та регулювання відповідно до Закону США «Про інвестиційні компанії», покладаючись на одне з двох доступних виключень із визначення терміну інвестиційна компанія[1322]. Розділ 3(c)(1) Закону США «Про інвестиційні компанії» передбачає виключення для інвестиційних фондів, кількість 100 бенефіціарних власників яких не перевищує 100 осіб, а розділ 3(c)(7) Цього ж закону передбачає виключення для інвестиційних фондів, цінні папери яких продаються виключно кваліфікованим покупцям (без обмеження кількості бенефіціарних власників). Як Розділ 3(c)(1), так і Розділ 3(c)(7) вимагають, щоб інвестиційний фонд не проводив та не пропонував публічне розміщення своїх цінних паперів (що задовольняється дотриманням вимог Положення D).

Низка інвестиційних фондів, які пропонують інвестувати виключно у віртуальні валюти або їхні деривативи та намагаються продати свої цінні папери заздалегідь невизначеному колу осіб і допустити їх до торгів на національній біржі цінних паперів, покладаються на розділ 3(b)(1) Закону США «Про інвестиційні компанії», де зазначені виняткові випадки, що не підпадають під вимоги проведення реєстрації та регулювання.

Так, Розділ 3(b)(1) виключає будь-якого емітента, який переважно займається господарською діяльністю, відмінною від інвестування, реінвестування, володіння, утримання чи торгівлі цінними паперами. Підстави для цього виключення є такими: цифрові валюти або токени, в які інвестиційний фонд буде інвестувати, не мають бути цінними паперами (у випадку, якщо інвестиційний фонд буде утримувати віртуальні валюти, такі як біткоїн або етер) або інвестиційний фонд має бути товарним пулом (у випадку, якщо інвестиційний фонд може інвестувати в деривативи біткоїна)[1323].

Інвестиційні консультанти приватних фондів намагаються уникнути реєстрації та регулювання відповідно до Закону США «Про інвестиційних консультантів». Це вони здійснюють з допомогою ненадання консультаційних послуг зареєстрованим інвестиційним компаніям або утримання рівня активів, що перебувають під їхнім управлінням, нижче порогового значення, яке вимагало б реєстрації відпо-

1321 Див. Правило 506 (c) Положення D (кодифіковано у § 230.506(c) 17 розділу Зводу Федеральних Регламентів) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/35VAkk6 (англійська мова).

1322 Див. § 3(a)(1)(A), (C) Закону США «Про інвестиційні компанії» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LOfMt5 (англійська мова).

1323 У низці листів-відмов Комісія з цінних паперів і фондових бірж США надала рекомендації щодо того, як відрізнити товарний пул від інвестиційної компанії, яка підлягає реєстрації та регулюванню відповідно до Закону США «Про інвестиційні компанії». Див. такі листи, зокрема, на адресу «Peavey Commodity Funds I, II and III» (02.06.1983), «EF Hutton and Company Inc» (22.06.1983), «Ft Tryon Futures Fund Limited Partnership» (16.07.1990), «Managed Futures Association» (15.07.1996).

відно до Секції 203А Закону США «Про інвестиційних консультантів» (хоча це їх може піддавати регулюванню на рівні якогось окремого штату). Крім того, вони можуть працювати як консультанти, що звільнені від вимог щодо формування звітності, відповідно до винятків для консультантів приватних фондів[1324].

Однак, якщо рівень активів, які перебувають під управлінням консультанта приватного фонду, перевищує 150 млн доларів США, або якщо консультант діє як інвестиційний консультант зареєстрованої інвестиційної компанії чи окремого рахунку, що перебуває під управлінням, реєстрація та регулювання відповідно до Закону США «Про інвестиційних консультантів» неможливо уникнути.

Дотримання Закону США «Про інвестиційних консультантів» виявилося значним викликом у контексті цифрових активів. Наприклад, дотримання Правила 206(4)-2 Закону США «Про інвестиційних консультантів», правила зберігання, було особливо складним для інвестиційних консультантів через повсюдну відсутність кваліфікованих зберігачів для утримання цифрових активів на користь інвестиційного фонду, а також не було керівних настанов з боку Комісії з цінних паперів і фондових бірж США про те, як дотримуватися правила зберігання стосовно цифрових активів[1325].

Співробітники відділу з питань інвестиційного менеджменту Комісії з цінних паперів і фондових бірж США нещодавно оприлюднили лист, в якому просили громадськість висловитись щодо застосування правила зберігання до цифрових активів[1326]. Відзначаючи, що зміни до правила зберігання внесені у довгостроковий єдиний порядок денний Комісії, співробітники цього відділу заявили, що вони планують використати те, що вони дізнаються після закінчення проведення цієї ініціативи зі збору інформації, щоб підготувати майбутні рекомендації для Комісії стосовно будь-яких регуляторних заходів, які можуть бути необхідними або доречними[1327].

Після того, як відділ з питань банківського нагляду штату Вайомінг оприлюднив лист-відмову, в якому зазначено, що державна трастова компанія, яка зареєстрована у штаті Вайомінг, може функціонувати як кваліфікований зберігач як цифрових, так і традиційних активів, якщо компанія відповідає визначенню банку, яке наведене у Закону США «Про інвестиційних консультантів». У відповідь співробіт-

1324 Див. Правило 203(m)-1 до Закону США 1940 року «Про інвестиційних консультантів» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3630BNC (англійська мова).

1325 Див. Правило 206(4)-1 до Закону США 1940 року «Про інвестиційних консультантів» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3uquFfl (англійська мова).

1326 Див. лист Пола Г. Селлупіки, заступника начальника відділу та головного консультант відділу з питань інвестиційного менеджменту Комісії з цінних паперів і фондових бірж США на адресу Карен Барр, Президентки та виконавчої директорки «Investment Adviser Association» «Щодо участі в обговоренні питання щодо застосування практики зберігання, яке не пов'язане з принципом «доставки проти оплати» та цифрових активів» (12.03.2019) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3KvpJLU (англійська мова).

1327 Ibid.

ники Комісії з цінних паперів і фондових бірж США відразу оприлюднили заяву, в якій застерегли, що лист штату Вайомінг «не варто тлумачити як відображення поглядів Комісії або будь-якого іншого наглядового органу».

Надалі співробітники Комісії з цінних паперів і фондових бірж США зазначили, що «[Комісія] обмежила типи фінансових установ, які можуть діяти як кваліфіковані зберігачі, тими установами, які мають ключові характеристики, зокрема, підлягають широкому регулюванню та нагляду». Щоб визначити, які установи підпадають під цю категорії, необхідно провести «складний» аналіз на основі фактів та обставин. Після цього вони повторили, що Комісія розглядає можливість внесення змін до Правила зберігання та просить надати коментарі щодо кваліфікованих зберігачів.

Водночас, для операторів товарного пулу або консультантів з питань торгівлі товарами є можливі звільнення від реєстрації та регулювання.

Так, оператора товарного пулу може бути звільнено від реєстрації згідно з правилом *de minimis*. Це означає: якщо товарні деривативи не є суттєвим компонентом портфеля інвестиційного фонду, а також якщо цінні папери фонду продаються за операціями, що звільнені від реєстрації відповідно до Закону США «Про цінні папери», розміщуються та продаються без рекламних заходів серед невизначеного кола осіб у США (що задовольняється дотриманням вимог Положення D)[1328].

Якщо застосування звільнення *de minimis* не є можливим, то потрібна реєстрація в Комісії з торгівлі товарними ф'ючерсами США як оператора товарного пулу та членство в Національній ф'ючерсній асоціації. Однак, після реєстрації оператора товарного пулу все одно залишається звільнення від більшості правил Комісії, що застосовуються щодо розкриття інформації, звітності та ведення обліку. Це є можливим, якщо цінні папери інвестиційного фонду продаються виключно кваліфікованим правомочним особам у рамках розміщення, яке є звільненим від реєстрації відповідно до Закону США «Про цінні папери» (що задовольняється дотриманням вимог Положення D)[1329].

Оскільки кваліфіковані покупці, за визначенням, є кваліфікованими правомочними особами, то інвестиційний фонд, що спирається на умови розділу 3(c)(7) щодо незастосування вимог Закону США «Про інвестиційні компанії», як правило, матиме право на таке звільнення. Звільнення від реєстрації як консультанта з питань торгівлі товарами (та членство в Національній ф'ючерсній асоціації) доступне для консультантів з питань торгівлі товарами, які за останні 12 місяців мали не більше 15 клієнтів, яким надавали консультації та які взагалі не рекламують себе широ-

1328 Див. Правило Комісії з торгівлі товарними ф'ючерсами США 4.13(a)(3) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LWmOMi (англійська мова).

1329 Див. Правило Комісії з торгівлі товарними ф'ючерсами США 4.7 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3joNhWY (англійська мова).

кому колу осіб, що вони є консультантами з питань торгівлі товарами[1330]. Можливі також інші умови, що надають можливість звільнятись від проведення реєстрації як консультанта з питань торгівлі товарами.

26 лютого 2021 року відділ з питань проведення перевірок Комісії з цінних паперів і фондових бірж США оприлюднив попередження про ризики[1331], в якому вказані сфери, які потребують особливої уваги під час підготовки та проведенні перевірок брокерів, дилерів, інвестиційних консультантів, представників бірж та трансфертних агентів, які займаються цифровими активами. Цей відділ повідомив, що мета попередження про ризики полягала в тому, щоби «заохотити учасників ринку замислитися над власною практикою, політикою та процедурами… та сприяти вдосконаленню їхніх програм нагляду, контролю та дотримання вимог».

У попередженні також сповіщається, що перевірки будуть зосереджені на тому, чи є платформи для торгівлі цифровими активами біржами, чи відповідають альтернативні торговельні системи, які здійснюють торгівлю цифровими активами, вимогам Регламенту Комісії щодо альтернативних торговельних систем, а також чи дотримуються трансфертні агенти, які обслуговують цифрові активи, правилам Комісії щодо трансфертних агентів.

Враховуючи заявлений Комісією з цінних паперів і фондових бірж США намір поділитися цими сферами уваги, учасникам ринку варто подбати про перегляд своєї політики та практики у визначених сферах на предмет порушення дотримання вимог.

ii. СПРОБИ ПУБЛІЧНОГО РОЗМІЩЕННЯ

Кілька спонсорів фондів подали до Комісії з цінних паперів і фондових бірж США заяви про реєстрацію інвестиційних фондів, пов'язаних із віртуальною валютою, з метою розміщення їхніх акцій серед невизначеного кола осіб та, в деяких випадках, щоб такі акції отримали допуск до торгів на національній фондовій біржі[1332]. Ці інвестиційні фонди включають інвестиційні компанії, які зареєстровані відповідно до Закону США «Про інвестиційні компанії», товарні пули, які не підпадають під вимоги Закону США «Про інвестиційні компанії» відповідно до розділу 3(b)(1), але цілком підлягають вимогам частини четвертої Правил Комісії з торгівлі товарними ф'ючерсами США, а також інвестиційні фонди, які не підпадають під вимоги Закону США «Про інвестиційні компанії» відповідно до розділу 3(b)(1) (оскільки вони не інвестують у цінні папери) та Закону США «Про товарні біржі» чи частини четвертої

1330 Див. § 4m(1) Закону США «Про товарні біржі» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3wBgtSo (англійська мова) та Правило Комісії з торгівлі товарними ф'ючерсами США 4.14(a)(10) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3NW5Lfv (англійська мова).

1331 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LSLDc7 (англійська мова).

1332 Наприклад, реєстраційна заява (форма S-1) компанії «Winklevoss Bitcoin Trust» (07.12.2016) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3v5RaFz (англійська мова). Додаткові приклади можна подивитись у виносці 185.

Правил Комісії з торгівлі товарними ф'ючерсами США (оскільки вони не інвестують у товарні деривативи)[1333].

Проте, станом на сьогодні, Комісія з цінних паперів і фондових бірж США не схвалила жодну реєстраційну заяву будь-якого подібного емітента. Співробітники Комісії змусили відкликати низку заяв про реєстрацію зареєстрованих інвестиційних компаній, які інвестували б у віртуальні валюти, цифрові токени або деривативи, що пов'язані з такими активи, під загрозою вжиття правозастосовних заходів[1334]. У червні 2018 року Комісія не схвалила заяву щодо допуску до торгів та торгівлю компанії «Winklevoss Bitcoin Trust», зробивши висновок: оскільки ринки біткоїну не є «однозначно стійкими до маніпуляцій», то допуск до торгів біткоїн-фондів на фондовій біржі не є можливим, у зв'язку з недотриманням ними вимог біржі щодо запобігання шахрайським та маніпулятивним діям, практикам та захисту прав інвесторів і суспільних інтересів. У серпні 2018 року Комісія з цінних паперів і фондових бірж США відхилила дев'ять окремих заявок на допуск до біржових торгів біткоїн-фондів.

Крім того, Комісія з цінних паперів і фондових бірж США відхилила заявки фондових бірж на допуск до торгів цінних паперів фондів, які будуть інвестувати у цифрові активи. Також Комісія має надавати дозволи на допуск до торгів усім цінним паперам, які торгуються на національній фондовій біржі у США. Хоча загальні правила допуску до торгів доступні для більшості видів цінних паперів, які зазвичай перебувають у списках національних фондових біржах, але, якщо цінний папір чи емітент демонструють нові або новаторські характеристики, то біржа має подати заявку до відділу з питань торгівлі та ринків Комісії для оприлюднення нового правила допуску до торгів, що розроблене спеціально для цього емітента та цінного паперу[1335].

Комісія з цінних паперів і фондових бірж США відхилила заявки на допуск до торгів цінних паперів біржового інвестиційного продукту, який буде інвестувати виключно в біткоїн, зробивши висновок, що ці інвестиційні фонди не відповідають розділу 6(b)(5) Закону США «Про фондові біржі», який вимагає, щоби правила національних фондових бірж мають бути розроблені з метою запобігання шахрайським та маніпулятивним діям і практикам, а також для захисту прав інвесторів та суспільних інтересів[1336].

1333 Див., наприклад реєстраційну заяву «VanEck SolidX Bitcoin Trust» (05.06.2018) (виноска 185).

1334 Див. лист Дж. Гарретта Стівенса, Президента компанії «Exchange Listed Funds Trust» на адресу Комісії з цінних паперів і фондових бірж США «Прохання щодо відкликання поправки № 47, яка набула чинності» (05.10.2017) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3us2uwp (англійська мова).

1335 Див. § 240.19b-4 розділу 17 Зводу Федеральних Регламентів [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3NXjHWB (англійська мова).

1336 Див. повідомлення Комісії на адресу саморегулівних організацій «Наказ про відхилення запропонованої зміни правила, яке було змінене поправками № 1 та № 2, до правила BZX 14.11(e)(4) «Дозвіл на допуск до торгів та торгівлю акціями трастів, які базуються на товарах» для доступу до торгів акцій, які були емітованими компанією «Winklevoss Bitcoin Trust» (10.03.2017) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/37DKh67 (англійська мова).

Також були надані інші заявки на біржові інвестиційні продукти, де були передбачені інвестиції у цифрові активи, але Комісія з цінних паперів і фондових бірж США продовжувала відхиляти такі заявки (останню у лютому 2020 року), посилаючись, серед іншого, на неспроможність бірж продемонструвати здатність належним чином захищати права інвесторів та запобігати шахрайству на базових ринках цифрових активів. Станом на сьогодні, жодна подібна заявка не була схвалена Комісією.

iii. ЛИСТ ДАЛІЇ БЛЕСС

18 січня 2018 року відділ інвестиційного менеджменту Комісії з цінних паперів і фондових бірж США оприлюднив листа на адресу «Investment Company Institute» та Асоціації індустрії цінних паперів та фінансових ринків (далі – лист Далії Блесс). У цьому листі було викладено занепокоєння Комісії щодо фондів, пов'язаних із віртуальними валютами, стосовно оцінки, ліквідності, зберігання, арбітражу (щодо біржових фондів), а також потенційних маніпуляцій та інших ризиків, пов'язаних із фондами, що орієнтовані на віртуальні валюти[1337]. Хоча цей лист було підготовлено у відповідь на спробу зареєструвати інвестиційні продукти згідно із Законом США «Про інвестиційні компанії», проте Комісія з цінних паперів і фондових бірж США зазначила, що ці занепокоєння стосуються також приватних фондів, пов'язаних із віртуальною валютою[1338].

Комісія з цінних паперів і фондових бірж США також звернула увагу на те, що «доки питання, які порушені [у листі Далії Блесс] не будуть вирішені належним чином, [вони] не вважають, що спонсорам фонду є доцільним ініціювати реєстрацію фондів, які мають намір інвестувати значні кошти у віртуальні валюти та пов'язані з ними продукти[1339]. У листі Далії Блесс зазначено, що «ринки криптовалют стрімко розвиваються. У зв'язку з цим можуть виникнути додаткові питання»[1340]. Водночас, Комісія чітко продемонструвала свою готовність співпрацювати з цією індустрією, вказавши, що «протягом багатьох років діалог між спонсорами фонду та [Комісії] сприяв розвитку багатьох нових видів інвестиційних продуктів»[1341]. У грудні 2019 року пані Блесс виступила з промовою перед конференцією «ICI Securities Law Developments Conference – 2019», де вона надала інформацію про реакцію Комісії з цінних паперів і фондових бірж США на її лист, пояснивши, що ця індустрія серйозно сприйняла лист і відповіла на нього вдумливим і конструктивним внеском, а також обговорила той факт, що зареєстрований закритий інтервальний фонд із стратегією ф'ючерсів на біткоїн готувався до запуску, належним чином розглянувши кожне з питань, порушених у цьому листі.

1337 Див. виноску 190.
1338 Ibid.
1339 Ibid.
1340 Ibid.
1341 Ibid.

VII. КРИМІНАЛЬНЕ ТА ЦИВІЛЬНЕ ШАХРАЙСТВО І ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

і. ЦИВІЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ

Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США та Комісія з цінних паперів і фондових бірж США чітко заявили про свій намір контролювати поведінку на ринках криптовалют. 19 січня 2018 року керівники напрямів з правозастосування обидвох Комісій оприлюднили дуже незвичу спільну заяву, у якій йдеться: коли учасники ринку займаються шахрайством під виглядом розміщення цифрових інструментів (незалежно від того, чи це є віртуальні валюти, монети, токени тощо), то Комісія з цінних паперів і фондових бірж США та Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США будуть дивитися за межі форми, вивчати суть діяльності та переслідувати порушення федерального законодавства про цінні папери та товари.

Відділи правозастосування обидвох Комісій будуть і надалі виявляти порушення та порушувати справи, щоби зупиняти та запобігати шахрайству під час розміщення та продажу цифрових інструментів[1342].

Того ж дня Голова Комісії з торгівлі товарними ф'ючерсами США Дж. Крістофер Джанкарло виголосив промову про віртуальні валюти, в якій заявив, що «Комісія вважає, що належна нормативна відповідь на віртуальні валюти передбачає затвердження юридичних повноважень Комісії щодо деривативів на віртуальні валюти для підтримання боротьби із шахрайством та маніпуляціями, у тому числі на базових спотових ринках»[1343].

Ще однією насправді надзвичайною подією стало написання Головами Комісії з торгівлі товарними ф'ючерсами США та Комісії з цінних паперів і фондових бірж США Дж. Крістофера Джанкарла та Джея Клейтона спільної статті для видання «Wall Street Journal», яка була присвячену нагляду за віртуальними валютами.

Вони заявили, що їхні установи «разом з іншими наглядовими та правоохоронними органами федерального рівня та рівня штатів продовжуватимуть співпрацю… щоби запобігати та переслідувати шахрайства та зловживання»[1344].

1342 Джеймс МакДональд та інші «Спільна заява начальників відділів правозастосування Комісії з торгівлі товарними ф'ючерсами США та Комісії з цінних паперів і фондових бірж США стосовно правозастосовних заходів щодо віртуальних валют» (19.01.2018) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3uwQ9XO (англійська мова).

1343 Див. виступ Голови Комісії з торгівлі товарними ф'ючерсами США Дж. Крістофера Джанкарла на секції щодо деривативів та ф'ючерсів конференції ABA (місто Нейплз, штат Флорида, 19.01.2018) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/37CMsXI (англійська мова).

1344 Дж. Крістофер Джанкарло та Джей Клейтон «Регулятори дивляться на криптовалюту» – «Wall Street Journal» – 24.01.2018 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://on.wsj.com/3rEvgIL (англійська мова).

Правозастосовна діяльність Комісії з цінних паперів і фондових бірж США

Повноваження Комісії з цінних паперів і фондових бірж США у сфері правозастосування є дечому більш обмежені, ніж у Комісії з торгівлі товарними ф'ючерсами США, оскільки перша Комісія може тільки порушувати справи щодо інструментів, що підпадають під визначення цінних паперів. Однак, якщо дивитись власне на операції з цінними паперами, то правозастосовні повноваження Комісії з цінних паперів і фондових бірж США є дуже широкі: можливі порушення законів та правил, що включають реєстрацію, проведення господарської діяльності, торгівлю та багато інших типів законодавчих і нормативних вимог, а також шахрайство та маніпуляцію[1345].

У 2017 році відділ правозастосування Комісії з цінних паперів і фондових бірж США сформував кіберпідрозділ, який, за його словами, зосередиться на наступному:

a. схемах маніпулювання ринком, які передбачають поширення недостовірної інформації через електронні та соціальні мережі;
b. зломі для отримання суттєвої непублічної інформації та торгівлі цією інформацією;
c. порушеннях, пов'язаних з технологією розподіленого реєстру та первинних розміщень монет;
d. неправомірній поведінці, вчиненої з допомогою «темного павутиння» («дарк-веб»);
e. вторгненні в роздрібні брокерські рахунки;
f. кіберзагрозах для торговельних платформ та іншої критичної ринкової інфраструктури[1346].

Як описано більш детально у Секції II, у липні 2017 року Комісія з цінних паперів і фондових бірж США оприлюднила «Звіт DAO», де встановили, що токени, що розміщувались та продавались DAO, були цінними паперами а, отже, підлягали вимогам федерального законодавства про цінні папери.

Після «Звіту DAO» Комісія з цінних паперів і фондових бірж США порушила різні справи щодо незаконних первинних розміщень монет, іноді, але не завжди, включаючи звинувачення у шахрайстві.

1345 Див., наприклад, Річний звіт за 2017 відділу правозастосування Комісії з цінних паперів і фондових бірж США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3rhFMFt (англійська мова), інтернет-сторінку офіційного вебсайту Комісії «Правозастосовні заходи у сфері кіберпростору» (містить повний перелік правозастосовних заходів Комісії та призупинених торгів, пов'язаних з цифровими активами та первинним розміщенням монет) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3xA5pp9 (англійська мова).

1346 Див. стор. 4 вказаного у виносці 220 річного звіту.

Наприклад, у вересні 2017 року вона порушила справи проти фізичної особи та двох його компаній за шахрайством у двох первинних розміщень монет, які нібито підкріплювались інвестиціями в нерухомість та діаманти. У першому випадку виявлена недостовірна інформація включала твердження, що компанія мала «команду юристів, фахівців, брокерів та бухгалтерів», які інвестували доходи від первинного розміщення монет у нерухомість, хоча насправді ніхто з них не був найнятим та з ними навіть не проводились консультації. Ця фізична особа та його компанія нібито поширювали недостовірну інформацію про те, що вони залучили від 2 до 4 млн доларів США від інвесторів, хоча фактична сума становила приблизно 300 тис. доларів США.

У випадку з другою компанією звинувачення полягали в тому, що вони стверджували, що купували діаманти та займалися іншими бізнес-операціями, але насправді нічого з цього не робили[1347]. Комісія з цінних паперів і фондових бірж США забезпечила негайне заморожування активів відповідачів.

Як інший приклад, у грудні 2017 року Комісія з цінних паперів і фондових бірж США звинуватила громадянина Канади та його компанію у шахрайському маркетингу токенів інвесторам США (а, отже, також у порушенні положень про реєстрацію законодавства США про цінні папери) та забезпечила негайне заморожування активів[1348].

Ще один приклад. У травні 2018 року Комісія з цінних паперів і фондових бірж США подала позов та домоглась негайного заморожування активів. Згодом Комісія погодилась на попередню судову заборону та призначення арбітражного керуючого. За матеріалами справи розслідувалось ймовірно довготривале шахрайське первинне розміщення монет, з допомогою якого було залучено 21 млн доларів США самозваним «євангелістом блокчейну», який поширював недостовірну інформацію про свої ділові стосунки з Федеральною Резервною Системою та багатьма відомими компаніями[1349].

1347 Див. справу № 17-cv-05725 «Комісія з цінних паперів і фондових бірж США проти ТОВ «REcoin Group Foundation» та інших» (Окружний суд Східного округу штату Нью-Йорк, 29.09.2017) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3KENcKz (англійська мова).

1348 Див. справу № 1:17-cv-07007-DLI-RML «Комісія з цінних паперів і фондових бірж США проти «PlexCorps» та інших» (Окружний суд Східного округу штату Нью-Йорк, 01.12.2017). [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3utFld7 (англійська мова). 02.10.2019 було прийнято остаточне рішення, яке зобов'язує відповідачів виплатити майже 7 млн доларів США у вигляді відшкодування прибутку, відсотків і штрафів.

1349 Див. справу № CV18-4315-DSF (JPRx) «Комісія з цінних паперів і фондових бірж США проти «Titanium Blockchain Infrastructure Services, Inc» та інших» (Окружний суд Центрального округу штату Каліфорнія, 22.05.2018) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LZgLXC (англійська мова).
Див. також:
- справу № 18-cv-00186 «Комісія з цінних паперів і фондових бірж США проти «Arisebank» та інших» (Окружний суд Північного округу штату Техас, 25.01.2018) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LYYPw2 (англійська мова) (нібито шахрайське первинне розміщення монет, яке було пов'язане з позовом про створення першого в світі децентралізованого банку);
- справу № 18-cv-02909-DLC «Комісія з цінних паперів і фондових бірж США проти «Sharma» та інших» (Окружний суд Південного округу штату Нью-Йорк, 02.04.2018) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3OgOeyP (англійська мова) (ймовірне шахрайське первинне розміщення монет з розміром 32 млн доларів США).

Як зазначалося раніше, Комісія з цінних паперів і фондових бірж США продемонструвала свою готовність боротися з незареєстрованими первинними розміщеннями монет, які вона розглядає як розміщення цінних паперів, навіть за відсутності шахрайства. Наприклад, у грудні 2017 року Комісія розпочала адміністративне провадження проти компанії «Munchee Inc» за незаконне розміщення незареєстрованих цінних паперів. Після втручання Комісії компанія «Munchee Inc» погодилась добровільно припинити розміщення та повернути інвесторам кошти, зібрані до цього моменту, а також погодилась на винесення наказу про порушення положень Закону США «Про цінні папери» під час реєстрації цінних паперів[1350].

У лютому 2018 року Комісія з цінних паперів і фондових бірж США порушила справу проти колишньої платформи та її оператора за адміністрування незареєстрованої фондової біржі, а також за обман користувачів біржі. На цій біржі, як стверджувала Комісія, відбувались торги цінними паперами «підприємств, пов'язаних із віртуальною валютою, в обмін на біткоїни». Оператора біржі також звинуватили у шахрайстві у зв'язку з незаконним розміщенням незареєстрованих токенів[1351].

У вересні 2018 року Комісія з цінних паперів і фондових бірж США вжила заходи проти вебсайту первинного розміщення монет за те, що він працював як незареєстрований брокер та дилер, а це порушує федеральні закони про цінні папери[1352]. Як повідомлялося раніше у «Звіті DAO» та публічних заявах співробітників Комісії, такі заходи ще раз підтвердили позицію Комісії: суб'єкти, які безпосередньо або опосередковано пропонують торговельні чи інші послуги, пов'язані з цифровими активами, які розглядаються як цінні папери, зобов'язані дотримуватись вимог федерального законодавства про цінні папери.

Позов, поданий Комісією з цінних паперів і фондових бірж США у жовтні 2018 року про звинувачення в шахрайстві з цінними паперами, ілюструє специфічний характер застосування Howey-тесту, щоби визначити, чи йде мова про цінні папери[1353]. Спочатку суддя окружного суду відхилив клопотання Комісії про заморожування активів відповідача, вважаючи, що Комісія не змогла обґрунтовано продемонструвати, що токени були цінними паперами. Частково така думка судді посилалась на наявність серйозних розбіжностей щодо фактів, які викладали Комісія та відповідачі. Однак, Комісія подала клопотання про перегляд справи – та суд зрештою задовольнив заборону.

1350 Див. матеріали провадження [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3rjyCQY (англійська мова) та виноску 8.

1351 Див. справу № 1:18-cv-01582 «Комісія з цінних паперів і фондових бірж США проти «Montroll» та інших» (Окружний суд Південного округу штату Нью-Йорк, 21.02.2018).

1352 Див. справу «Комісія з цінних паперів і фондових бірж США проти ТОВ «Montroll» та інших» (11.09.2018) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LVVkXl (англійська мова).

1353 Див. справу № 3:18-cv-02287 «Комісія з цінних паперів і фондових бірж США проти ТОВ «Blockvest» та інших» (Окружний суд Південного округу штату Каліфорнія, 03.10.2018) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3JGhoE0 (англійська мова).

У листопаді 2018 року Комісія з цінних паперів і фондових бірж США оголосила про укладення окремих мирових угод з двома емітентами первинного розміщення монет за проведення незареєстрованих публічних розміщень[1354]. Уперше у рамках досудового врегулювання спору з Комісією кожен емітент у цих справах погодився, враховуючи умови їхніх проваджень, зареєструвати свої токени як цінні папери, подавши форму 10 до Комісії, а також надалі надавати всі необхідні документи відповідно до Закону США «Про фондову біржу». Така реєстрація та періодична звітність мають на меті надати покупцям токенів перевагу отримання розкриття інформації, як того вимагає Закон США «Про фондову біржу.

У лютому 2019 року Комісія з цінних паперів і фондових бірж США погодилась мирову угоду з іншим емітентом первинного розміщення монет, де були загалом подібні факти[1355]. Однак, у цьому випадку Комісія не наклала штрафу на емітента, оскільки емітент самостійно повідомив Комісію про своє незареєстроване первинне розміщення монет, співпрацював під час проведення Комісією розслідування та добровільно погодився вжити заходів щодо виправлення ситуації.

Хоча більшість правозастосовних заходів Комісії з цінних паперів і фондових бірж США стосовно незареєстрованих продажів цифрових активів провадились адміністративним шляхом, питання про те, чи цифрові активи є цінними паперами, на які поширюються положення Закону США «Про цінні папери», тепер також оскаржується у судовому процесі на федеральному рівні[1356].

Як зазначалося раніше, у березні 2020 року Окружний суд Південного округу штату Нью-Йорк ухвалив за позовом Комісії з цінних паперів і фондових бірж США заборону на доставку цифрових активів, встановивши, що продаж інвесторам та подальші транзакції з цифровими активами після запуску відповідного блокчейну являли собою один інвестиційний контракт, який необхідно було зареєструвати відповідно до Закону США «Про цінні папери».

Крім того, у листопаді 2018 року Комісія з цінних паперів і фондових бірж США оголосила про закінчення проведення правозастосовних заходів стосовно засновника децентралізованої платформи для торгівлі цифровими активами «EtherDelta», що розпочались через ймовірну діяльність EtherDelta як незареєстрованої національної фондової біржі[1357]. Як вже обговорювалось у Секції II, Закон США «Про фондову біржу» вимагає, щоб біржа була зареєстрована в Комісії як національна фондова біржа, якщо немає передумов для звільнення від цієї вимоги.

1354 Див. справи «CarrierEQ, Inc. d/b/a Airfox» (16.11.2018) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3E7PrDy (англійська мова) та «Matter of Paragon Coin, Inc» (16.11.2018) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3xmqcw7 (англійська мова).

1355 Див. справу «ТОВ «Gladius Network LLC» (20.02.2019) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3JAAXxp (англійська мова).

1356 Див. виноску 13 щодо справи Комісії проти «Telegram Group Inc» та інших.

1357 Див. справу «Coburn» (08.11.2018) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/37EL6vB (англійська мова).

Вебсайт EtherDelta надавав користувачам доступ до книги ордерів на токени, відображав заявки фірм та пропозиції для токенів, давав змогу користувачам купувати або продавати токени та використовував смартконтракт для виконання ордерів. Точніше, як децентралізована біржа, EtherDelta використовувала смартконтракт для самостійного проведення торгів з допомогою перевірки ордерів, підтвердження умов ордеру, виконання парних (зустрічних) ордерів та оновлення блокчейну Етеріума, щоби відображати наслідки після проведення торговельної операції.

Комісія з цінних паперів і фондових бірж США нещодавно оголосила про закінчення двох проваджень, пов'язаних з ймовірними порушеннями вимог розділу 17(b) (або положення про заборону реклами) Закону США «Про цінні папери», що робить незаконним для будь-якої особи просування чи рекламу цінних паперів за винагороду без повного розкриття інформації про одержання та розмір такої винагороди.

Перше провадження було проти самопроголошеного щодо досліджень та оцінки рейтингу первинних розміщень монет, яке приймало незареєстровані платежі від емітентів щодо деяких первинних розміщень монет, які воно оцінювало[1358].

Друге провадження було проти актора Стівена Сігала, який став «послом бренду» для первинного розміщення монет, не розкриваючи інформацію про платежі, які отримав від емітента за рекламну діяльність[1359]. У кожному випадку відповідачів було зобов'язано сплатити компенсації, відсотки та штрафи, а також припинити та утриматися від подальших порушень розділу 17(b).

Комісія з цінних паперів і фондових бірж США також вживала заходи, коли незаконні продажі цінних паперів були пов'язані з раптовим підвищенням цін на акції раніше фіктивних компаній після появи повідомлень про те, що вони почали займатись господарською діяльністю, яка пов'язана з криптовалютою[1360].

Нарешті, не розпочинаючи правозастосовні заходи, Комісія з цінних паперів і фондових бірж США призупинила торгівлю акціями низки компаній, які займаються або ймовірно займаються господарською діяльністю, яка пов'язана з криптовалютами, через незвичайну та незрозумілу активність на ринку, занепокоєння

1358 З матеріалами провадження можна ознайомитись за посиланням: https://bit.ly/37HiqC4 (англійська мова).

1359 З матеріалами провадження можна ознайомитись за посиланням: https://bit.ly/38LTNF4 (англійська мова).

1360 Див., наприклад:
- справу № 1:18-cv-05980-JFK «Комісія з цінних паперів і фондових бірж США проти Джески та інших» (Окружний суд Південного округу штату Нью-Йорк, 02.07.2018) (продаж акцій за ціною, яка перевищує ціну, що вказана у реєстраційній заяві)
- справу № 1:18-cv-02977-DLC «Комісія з цінних паперів і фондових бірж США проти «Longfin Corp» та інших» (Окружний суд Південного округу штату Нью-Йорк, 04.04.2018) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3Oealpm (англійська мова) (незареєстроване розповсюдження акцій та продаж акцій з обмеженим доступом генеральним директором та трьома іншими афілійованими фізичними особами).

щодо точності та адекватності оприлюдненої публічно інформації про компанії або через все разом[1361].

Правозастосовна діяльність Комісії з торгівлі товарними ф'ючерсами США

Основними механізмами, які Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США використовує для відкриття проваджень щодо криптовалют, є широкі законодавчі та нормативні положення, що забороняють шахрайство та маніпуляції стосовно «договору купівлі-продажу будь-якого товару в торгівлі між штатами»[1362]. Зі свого боку, Закон США «Про товарні біржі» до визначення товару включає, за дуже обмеженими винятками, «всі… товари та вироби… і всі послуги, права та інтереси.., в яких контракти на майбутню поставку [тобто ф'ючерси] укладаються зараз або в майбутньому»[1363]. Правозастосовні заходи також можуть бути розпочаті за порушення реєстраційних та інших нормативних вимог, якщо операції приймають форму свопів, ф'ючерсів або навіть товарних криптовалютних транзакцій з роздрібними клієнтами (про що розглянемо далі).

У вересні 2015 року Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США розпочала послідовно два провадження.

За результатами першого провадження було укладено мирову угоду про з торговельною платформою під назвою «Coinflip, Inc», на якій відбулась торгівля опціонами на біткоїн. Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США оголосила біткоїн та інші віртуальні валюти товарами у розумінні Закону США «Про товарні біржі». Отже, платформа, яка була незареєстрованою, незаконно проводила торгівлю опціонами на товари. Тижнем пізніше Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США порушила ще одну справу проти торговельної платформи, яка була зареєстрована як SEF, за порушення у протидії фальсифікуванням обсягів торгівлі. Комісія стверджувала, що платформа організувала транзакцію для «тестування труб» через здійснення торгівлі в обидва боки, але потім оприлюднила транзакції, не зазначивши, що вони були попередньо організовані для тестування систем, «створюючи враження реального торгового інтересу до біткоїн-свопу»[1364].

1361 Див., наприклад:
- Рішення Комісії з цінних паперів і фондових бірж США від 25.06.2018 № 83518 щодо тимчасового зупинення торгівлі цінними паперами «Evolution Blockchain Group Inc» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3NZqu1M (англійська мова),
- Рішення Комісії з цінних паперів і фондових бірж США від 20.04.2018 № 83084 щодо тимчасового зупинення торгівлі цінними паперами «IBITX Software Inc» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3vfcl2E (англійська мова),
- Рішення Комісії з цінних паперів і фондових бірж США від 05.01.2018 № 82452 щодо тимчасового зупинення торгівлі цінними паперами «UBI Blockchain Internet, Ltd» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3674eC9 (англійська мова).

1362 § 9(1) розділу 7 Кодексу США (2018 рік). Див. також § 180.1 розділу 17 Зводу Федеральних Регламентів (2018 рік).

1363 § 1a(9) розділу 7 Кодексу США (2018 рік).

1364 Див. матеріали справи щодо ТОВ «TeraExchange» (24.09.2015 № 15-33) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/37e9ggF (англійська мова).

У червні 2016 року Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США прийняла рішення про мирову угоду з іншою торговельною платформою «Bitfinex», яка займалась спотовими транзакціями власне у самій віртуальній валюті. Bitfinex надавав змогу торгувати з 30-відсотковою маржею, що потенційно підпадало під положення Закону США «Про товарні біржі» щодо роздрібних товарних операцій[1365]. Комісія дійшла висновку, що фактичної доставки віртуальної валюти не було, а, отже, Bitfinex працював незаконно, не дотримуючись вимоги про реєстрацію як визначений ринок контрактів. Роблячи висновок, що фактична доставка не відбулася, Комісія була в основному занепокоєна тим, що «Bitfinex зберіг контроль над приватними ключами» гаманців, в яких зберігались монети клієнтів[1366].

У вересні 2017 року Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США звинуватила фізичну особу та її компанію у шахрайстві, незаконному привласненні та видачі неправдивих виписок з рахунку у зв'язку з залученням інвестицій у біткоїн. Підсудних звинуватили в експлуатації схеми Понці, за якою інвесторів заохочували розміщувати свої кошти в пулі, яким будуть управляти з допомогою «високочастотної алгоритмічної стратегії торгівлі»[1367]. 235 У жовтні 2018 року обвинувачених зобов'язали сплатити понад 2,5 мільйона доларів США у вигляді цивільних грошових штрафів та реституції[1368].

18 січня 2018 року Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США подала два позови до федерального суду про шахрайство, пов'язане з торгівлею віртуальними валютами. Одне з них стосувалося звинувачень у тому, що зловмисники рекламували об'єднаний механізм інвестування, в який інвестори вносили біткоїни, які конвертувалися у фіатну валюту, а потім використовувалися для торгівлі різними товарними інтересами[1369]. Інша справа стосувалась обвинувачень у наданні торгових консультацій щодо торгівлі власне віртуальними валютами[1370]. Обидві справи стосувалися простих звинувачень у тому, що підсудні привласнили кошти.

1365 Різні нормативні вимоги Закону США «Про товарні біржі» застосовуються до всіх операцій із роздрібними клієнтами з будь-яким товаром з використанням маржі, кредитного плеча або фінансування, надане продавцем чи кимось, що діє спільно з продавцем, незалежно від того, чи можна охарактеризувати контракт як деривативи або ф'ючерсну операцію, якщо це не є справжньою спотовою операцією, що означає реальну доставку товару клієнту протягом не більше ніж 28 днів або підпадає під дію деяких інших обмежених винятків. Див. § 2(c)(2)(D) розділу 7 Кодексу США (2018 рік)

1366 BFXNA, див. виноску 235. Як зазначила Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США: «У контексті криптовалют «приватний ключ» – це секретний номер (зазвичай 256-бітове число), пов'язаний з депозитним гаманцем, який дозволяє витрачати біткоїни з цього гаманця».
Ibid., *3 п.4. Така зосередженість на приватному ключі як основі для аналізу доставки викликала занепокоєння і змусила Комісію оприлюднити керівні настанови для вирішення проблеми реальної доставки в контексті віртуальних валют. Див. Остаточні роздрібні транзакції (виноску 60).
Див. також Джефрі Ф. Ароноу «Проекція уяви: коли токен є реально доставленим?», юридичний журнал «Futures and Derivatives Law Report» – том 38 (січень 2011 року).

1367 Див. справу № 1:17-cv-07181-PKC «Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США проти «Gelfman Blueprint, Inc» та інших» (Окружний суд Південного округу штату Нью-Йорк, станом на 21.09.2017).

1368 Ibid., станом на 02.10.2018 та 16.10.2018.

1369 Див. справу № 2:18-cv-00345 «Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США проти Дін та інших» (Окружний суд Східного округу штату Нью-Йорк, 18.01.2018).

1370 Див. виноску 57.

24 січня 2018 року Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США оголосила, що 16 січня 2018 року вона подала позов у запечатаному вигляді, де були обвинувачення у привласненні коштів клієнтів на суму понад 6 млн доларів США[1371]. У цьому випадку звинувачення стосувались введення в оману щодо того, як віртуальна валюта «My Big Coin», яку просувають на ринку, може використовуватися з продавцями та іншими для обробки транзакцій з нею.

6 березня 2018 року Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США отримала підтвердження від федерального окружного суду про свої повноваження щодо боротьби з шахрайством стосовно віртуальних валют[1372]. У контексті цього рішення щодо клопотання Комісії про попередню заборону (яку суд задовольнив) суд постановив, що розділ 6(c)(1) Закону США «Про товарні біржі» зі змінами, внесеними Законом Додда-Френка «Про реформування Волл-стріт та захист прав споживачів»[1373] та як запроваджено правилом 180.1 Комісії, надає Комісії повноваження порушувати справи про шахрайство на готівкових ринках загалом та віртуальних валютах зокрема[1374].

Ймовірне шахрайство стосувалося нібито консультаційних послуг та торгових консультацій, пов'язаних з біткоїнами та іншою віртуальною валютою, лайткоїном[1375]. 23 серпня 2018 року, після судового розгляду без участі присяжних, справу було вирішено на користь Комісії з торгівлі товарними ф'ючерсами США, а відповідачів зобов'язали сплатити 1,1 млн доларів США у вигляді цивільних грошових штрафів та реституції.

17 червня 2019 року Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США подала цивільний позов до федерального суду проти фізичної особи та її компанії за обвинуваченням у шахрайстві та незаконному привласненні щонайменше 147 млн доларів США у біткоїнах понад 1000 клієнтів[1376]. Підсудних звинуватили в шахрайській схемі через так звану компанію з торгівлі біткоїнами та інвестиціями, у рамках якої підсудні залучали внесків клієнтів, заявляючи, що внесені біткоїни будуть під управлінням досвідчених трейдерів віртуальної валюти, та гарантуючи прибуток від торгівлі. Комісія стверджувала, що жодних торгів або прибутків від імені клієнтів ніколи не було здійснено, що клієнтам надавалась сфабрикована інформація про рахунки та результати діяльності, що повернення коштів клієнтам фінансува-

1371 Див. повідомлення Комісії «Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США звинувачує Рендалла Кратера, Марка Гіллеспі та «My Big Coin Pay, Inc» у шахрайстві та привласненні у ході афери з віртуальною валютою» (24.01.2018) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/36g7kDY (англійська мова).

1372 Див. виноску 57.

1373 Закон Додда-Френка «Про реформування Волл-стріт та захист прав споживачів» (21.07.2010) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/37P84jz (англійська мова).

1374 Див. виноску 57.

1375 Див. виноску 57.

1376 Див. справу № 1:19-cv-05631 «Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США проти «Control-Finance Limited» та інших» (Окружний суд Південного округу штату Нью-Йорк, 17.06.2019).

лось за рахунок внесків інших клієнтів та що відповідачі незаконно привласнили внески клієнтів у біткоїнах через низку заплутаних блокчейн-транзакцій. Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США (включно з робочою групою з питань віртуальної валюти відділу правозастосування) пильно наглядає за ринками віртуальних валют та інших цифрових активів, які підпадають під її повноваження, та заявила, що буде і надалі наглядати за ними[1377].

ii. КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ

Міністерство юстиції США та інші правоохоронні усвідомлюють органи швидкими темпами, що криптовалюти надають різноманітні можливості для вчинення шахрайства, відмивання коштів та іншу злочинну діяльність. Як наслідок, за останні кілька років спостерігається помітне зростання кримінальних розслідувань і обвинувачень, пов'язаних із криптовалютами, за широким спектром злочинів. Справді, на галузевій конференції щодо цифрових активів у червні 2018 року Федеральне бюро розслідувань (ФБР) повідомило, що у нього перебувають у провадженні 130 справ, які «позначені як загрози», де залучені криптовалютами. У цих справах розслідуються такі злочини, зокрема, «торгівля людьми, незаконний продаж наркотичних засобів, викрадення та атаки програм-вимагачів». У листопаді 2019 року під час проведення слухання у Комітетом Сенату США з внутрішньої безпеки та урядових справ директор ФБР Крістофер Рей заявив, що криптовалюти стали значною проблемою для ФБР та, як очікується, «будуть ставати все більшою та більшою проблемою»[1378].

1377 Див., наприклад:
- справу № 1:19-cv-09052 «Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США проти Джона Баррі Томпсона» (Окружний суд Південного округу штату Нью-Йорк, 30.09.2019) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3uU4WfL (англійська мова) (звинувачення відповідача у шахрайстві стосовно нібито проданих біткоїнів на суму понад 7 млн доларів США, які ніколи не були доставлені покупцеві та які не були у володінні або не перебували під контролем продавця-відповідача);
- справу № 2:18-cv-02247-SJF-ARL «Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США проти Блейка Гаррісона Кантора та інших» (Окружний суд Східного округу штату Нью-Йорк, 23.10.2019) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/37P84jz (англійська мова) (зобов'язано відповідачів сплатити понад 4,25 млн доларів США за шахрайство та незаконним привласнення при вчиненні афери з бінарними опціонами з використанням віртуальної валюти «ATM Coin»);
- справу № 1:20-cv-01183 «Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США проти Майкла Аккермана та інших» (Окружний суд Південного округу штату Нью-Йорк, 11.02.2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3ulx8ly (англійська мова) (обвинувачення відповідача у шахрайському залученні понад 33 млн доларів США для нібито торгівлі цифровими активами та незаконному привласненні значної частини цієї суми);
- справу № 1:20-cv-21887-DPG «Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США проти Даніеля Фінгерха та інших» (Окружний суд Південного округу штату Флорида, 05.05.2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/37fwFOY (англійська мова) (обвинувачення відповідачів у шахрайському залученні понад 59 000 клієнтів до відкриття та фінансування позабіржових рахунків для торгівлі бінарними опціонами та цифровими активами, що принесло відповідачам понад 20 млн доларів США).

Деякі заходи цивільного правозастосування, про які йдеться у цій секції, супроводжувалися паралельними кримінальними провадженнями. Див. також річний звіт за 2019 рік відділу правозастосування Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/37P84jz (англійська мова) https://bit.ly/3EpbbuX. («[Відділ правозастосування] активно переслідував неправомірну поведінку, пов'язану з цифровими активами, які підходять під визначення товарів [відповідно до Закону США «Про товарні біржі»]»).

1378 Лілі Кац і Енні Масса «ФБР проводить 130 розслідувань, пов'язаних із криптовалютою, каже агент» – Bloomberg, 27.06.2018 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bloom.bg/3ElbarL (англійська мова). «Загрози для країни» (виступ Директора ФБР Кристофера Рея на слуханнях Комітету Сенату США з внутрішньої безпеки та урядових справ 116 скликання) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/37VTze8 (англійська мова).

Зовсім нещодавно, у розпал глобального спалаху нового коронавірусу (чи covid-19), у квітні 2020 року ФБР оприлюднило пресреліз, у якому попереджає, що криза, яка спричинена covid-19, може призвести до зростання численності схем шахрайства з криптовалютами, у тому числі спроби шантажу, шахрайство з роботою на дому, інвестиційне шахрайство та шахрайство, пов'язане з оплатою за неіснуючі продукти[1379].

У жовтні 2020 року Міністерство юстиції США оприлюднило звіт «Криптовалюти: Рамки правозастосування»[1380] з метою «поглибити розуміння пов'язаних з ними проблем громадської та національної безпеки, які виникають через функціонування [криптовалют та пов'язаних з ними] технологій». У цьому звіті Міністерство юстиції США попереджає, що хоча ці технології є інновацією та можливістю для зростання ринку, вони також можуть бути використані для незаконних цілей, серед яких найпоширенішими є наступні:

a. фінансові операції, що пов'язані із вчиненням правопорушень;
b. відмивання коштів та надання викривленої інформації при поданні звітності, ухилення від сплати податків чи виконання інших вимог законодавства при проведенні законної господарської діяльності;
c. правопорушення, такі як крадіжка, що безпосередньо стосуються власне ринку криптовалют».

Для боротьби з цими загрозами США покладаються на широку базу законів та на роботу наглядових органів, включаючи ПФР США, Управління контролю за іноземними активами Міністерства фінансів США, Офіс Інспектора з питань обігу валюти, Комісія з цінних паперів і фондових бірж США, Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США, Служба внутрішніх доходів США, наглядові органи штатів та FATF.

У звіті «Криптовалюти: Рамки правозастосування» зазначено, що Міністерство юстиції США працює «тісному співробітництві» з вищевказаними органами для переслідування зловживання цифровими активами. У звіті також визначено «зобов'язання деяких суб'єктів господарювання та інших суб'єктів, які особливо вразливі до зловживань у сфері криптовалют», а також стратегії реагування на це Міністерства юстиції.

1379 Прес-реліз Федерального бюро розслідувань США «ФБР очікує зростання кількості шахрайств із залученням криптовалют, пов'язаних із пандемією COVID-19» (13.04.2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3M9aGrz (англійська мова).

1380 Звіт робочої групи при Офісі Генерального прокурора США з питань цифрових кібертехнологій «Криптовалюта: Рамки правозастосування» (жовтень 2020 року) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3jKPFao (англійська мова).

Інвестиційне шахрайство

Криптовалюта – це не просто засіб обміну, а також інвестиційний інструмент. З цієї причини, в кількох випадках, що стали широко відомими, Міністерство юстиції США визнало можливості, які зараз існують для вчинення шахрайства стосовно криптовалютних інвесторів.

У травні 2018 року прокурор Південного округу штату Нью-Йорк висунув, як вважають, перші кримінальні обвинувачення у шахрайстві проти емітентів первинного розміщення монет. Зокрема, в Окружному суді Південного округу штату Нью-Йорк було обвинувачено трьох співзасновників компанії-початківця «Centra Tech» у «змові з метою скоєння шахрайства з цінними паперами та мережевого шахрайства з допомогою схеми, щоби спонукала жертв інвестувати цифрові кошти вартістю на мільйони доларів для купівлі незареєстрованих цінних паперів у вигляді токенів цифрової валюти, емітованих Centra Tech, через поширення істотно спотвореної та неповної інформації»[1381]. Зокрема, в обвинувальному акті стверджувалось, що матеріали, які пропонували обвинувачені для первинного розміщення монет недостовірно відображали інформацію про прогнозований склад виконавців їхньої команди, їхні ймовірні партнерські стосунки з відомими фінансовими установами та їхнє нібито державне ліцензування. У зв'язку з обвинуваченнями ФБР конфіскував 91 тис. етерів, які становили 60 млн доларів США у вигляді коштів інвесторів.

Трохи згодом, у 2019 році, Міністерство юстиції США порушило три додаткові значущі справи проти ймовірних великомасштабних шахраїв із криптовалютами. По-перше, у лютому 2019 року воно звинуватило Рендалла Кратера, засновника My Big Coin Pay, що базувалось у Лас-Вегасі, у мережевому шахрайстві та участі в незаконних грошових транзакціях, що були пов'язані зі створенням і маркетингом шахрайської віртуальної валюти My Big Coin, та незаконному привласненні понад 6 млн доларів США коштів інвесторів[1382]. Незабаром після цього, у березні 2019 року, Міністерство юстиції США звинуватило Костянтина Ігнатова та Ружу Ігнатову у значно більшій, багатомільярдній схемі, в якій, як здається, підсудні обманули інвесторів з допомогою шахрайської криптовалюти OneCoin, яка, за твердженнями влади, «не мала реальної вартості»[1383].

1381 Прес-реліз Офісу прокурора Південного округу штату Нью-Йорк «У Федеральному суді Мангеттена висунули обвинувачення засновникам криптовалютної компанії у зв'язку з обманом інвесторів» (14.05.2018) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3KRfTnB (англійська мова).

1382 Інформаційне повідомлення офісу зв'язків з громадськістю Міністерства юстиції США «Мешканця Нью-Йорка звинуватили у криптовалютній схемі» (27.02.2019) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3rrFLP9 (англійська мова).

1383 Прес-реліз Офісу прокурора Південного округу штату Нью-Йорк «Прокурор Мангеттена оголосив про висунення обвинувачення керівникам «OneCoin», багатомільярдної пірамідальної схеми, пов'язаної з продажем шахрайської криптовалюти» (08.03.2019) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/37S4u8w (англійська мова).
Пізніше стало відомо, що Костянтин Ігнатов у жовтні 2019 року уклав угоду з урядом США про визнання провини та йому може загрожувати до 90 років ув'язнення, а Руджа Ігнатова переховується від слідства. Див. повідомлення BBC News «Брат криптокоролеви визнав свою роль у шахрайстві з OneCoin» (14.11.2019) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bbc.in/3MaGPPC (англійська мова).

Пізніше, у грудні 2019 року, Міністерство юстиції США висунуло обвинувачення чотирьом фізичним особам в обмані інвесторів на суму 722 млн доларів США шляхом залучення інвестицій до так званого пулу майнингу біткоїнів, яка, як здається, «є нічим іншим, як сучасна високотехнологічна схема Понці»[1384].

Зосереджуючись на іншому типі шахрайства – маніпуляціях на ринку, у травні 2018 року Міністерство юстиції США розпочало паралельне розслідування з Комісією з торгівлі товарними ф'ючерсами США щодо маніпулювання ринком біткоїну та інших цифрових валют[1385].

Також було повідомлено, що розслідування Міністерство юстиції США щодо маніпулювання ринком зосереджено на різноманітних незаконних методах, які можуть вплинути на ціни, включаючи спуфінг. Хоча на момент початку розслідування висловлювалась думка, що воно буде широкомасштабним.

Проте незабаром під час проведення цього розслідування у червні 2018 року, мабуть, було виявлено принаймні одну сферу особливої уваги, коли дослідники з Техаського університету оприлюднили документ, у якому вони нібито виявили конкретний випадок шахрайських маніпуляцій на ринку біткоїнів у 2017 році, пов'язаних із діяльністю на певній біржі криптовалют[1386].

У листопаді 2018 року було повідомлено, що Міністерство юстиції США зосереджується на можливості того, що тезер (інша криптовалюта, вартість якої нібито прив'язана до долара США) була незаконно використана для підтримки вартості біткоїна[1387].

Загалом, можливостей для обману інвесторів у криптовалюти є багато та вони різноманітні.

1384 Прес-реліз Офісу прокурора Округу штату Нью-Джерсі «Було заарештовано трьох осіб через схему шахрайства з криптовалютою на суму 722 мільйони доларів» (10.12.2019) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3rv5Tci (англійська мова).
У першій половині 2020 року Міністерство юстиції США продовжувало активно переслідувати інвестиційне шахрайство, де були залучені криптовалютами. Див. також:
1. Прес-реліз Офісу прокурора Округу штату Нью-Джерсі «Двом особам винесли обвинувачення у шахрайській схемі на суму 30 мільйонів доларів за участю компанії, що займалась технологією блокчейн» (17.01.2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3uNLgde (англійська мова).
2. Прес-реліз Офісу прокурора Південного округу штату Нью-Йорк «Керівника фальшивої схеми інвестування криптовалют звинувачують у шахрайстві та відмиванні коштів» (11.02.2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3jlEPBJ (англійська мова).

1385 Метт Робінсон та Том Шенберг «США розпочинає кримінальне розслідування щодо маніпулювання цінами на біткоїн» – Bloomberg, 24.05.2018 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bloom.bg/3JIYlmN (англійська мова).

1386 Див. Джон М. Гріффін і Амін Шамс «Чи дійсно біткоїн не прив'язаний до тезера?» (13.06.2018) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3jIyerd (англійська мова) та Натаніель Поппер «Ціна біткоїнів була штучно завищена, що викликало стрімке зростання їхньої вартості – кажуть дослідники» – New York Times (13.06.2018) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://nyti.ms/3MevSMZ (англійська мова).

1387 Метт Робінсон і Том Шенберг «Кримінальне розслідування щодо фальсифікації вартості біткоїна сфокусоване на прив'язці до тезер» – Bloomberg, 20.11.2018 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bloom.bg/390IxVz (англійська мова).

Тому не є дивним, що, зважаючи на ці причини, у липні 2018 року у повідомленні Міністерства юстиції про створення нової робочої групи з питань цілісності ринку та шахрайства щодо споживачів було чітко заявлено, що однією з основних сфер діяльності цієї робочої групи буде шахрайство з цифровими валютами[1388].

Відмивання коштів

Використання криптовалют у відмиванні коштів (злочин, який може включати відмивання доходів, одержаних від злочинної діяльності, або переказ коштів з метою вчинення правопорушень[1389]) є одним із найбільш значних об'єктів уваги Міністерства юстиції США. Так, у лютому 2018 року колишній заступник генерального прокурора Род Розенштейн зауважив на конференції «Financial Services Roundtable», що «багато... схем залучають біткоїн та інші криптовалюти, які не проходять через традиційну фінансову систему», і що Міністерство юстиції США «працює... з нашою робочою групою з питань кіберзлочинності... над комплексною стратегією боротьби з цим»[1390].

Не є дивиною, що низка гучних федеральних обвинувальних актів стосувалося обвинувачень у відмиванні коштів або обвинувачень у використанні підсудними криптовалют для вчинення таких правопорушень або приховування доходів, отриманих від них. Наприклад, у липні 2017 року тодішній прокурор Північного округу штату Каліфорнія Браян Стретч[1391] оголосив про обвинувачення проти росіянина Олександра Вінника та компанії «BTC-e», яка, начебто, є однією з найбільших та широко використовуваних бірж цифрових валют у світі. Зміст цього обвинувачення був таким: за навмисний дозвіл використовувати BTC-e як платформу «для полегшення транзакцій кіберзлочинцям у всьому світі та [отримання] злочинних доходів від численних комп'ютерних вторгнень та хакерських інцидентів, шахрайств із програмами-вимагачами, схем крадіжки особистих даних, корумпованих державних службовців та мереж розповсюдження наркотичних засобів»[1392].

1388 Інформаційне повідомлення офісу зв'язків з громадськістю Міністерства юстиції США «Міністерство юстиції США, Бюро з питань фінансового захисту споживачів, Комісія з цінних паперів і фондових бірж США, Федеральна торгова комісія США оголосили про створення робочої групи з питань цілісності ринку та шахрайства щодо споживачів» (11.07.2018) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3JJ7txb (англійська мова).

1389 Див. § 1956 розділу 18 Кодексу США.

1390 Сеад Фадільпашич, «Уряд США працює над криптостратегією» – Cryptonews, 28.02.2018 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3OhMNzV (англійська мова).

1391 Зараз є партнером у ТОВ «Сидлі Остін».

1392 Прес-реліз Офісу прокурора Північного округу штату Каліфорнія «Громадянина РФ та біткоїн-біржу звинувачують за 21 пунктом обвинувачення в організації міжнародної схеми відмивання коштів та ймовірного відмивання коштів після хакерських атак на Mt. Gox» (26.07.2017) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3EjBeUi (англійська мова).
У липні 2019 року Міністерство юстиції США також подало цивільний позов на 100 млн доларів США проти Олександра Вінника та BTC-e. Див. Прес-реліз Офісу прокурора Північного округу штату Каліфорнія «США подали цивільний позов на 100 млн доларів проти цифрової валютної біржі «BTC-e» та головного власника-оператора Олександра Вінника» (26.07.2019) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3OfMeXj (англійська мова).

У березні 2018 року Міністерство юстиції США звинуватило сім фізичних осіб у сприянні проституції та відмиванню коштів через роботу сумнозвісного вебсайту з рекламою проституції «backpage.com», обвинувачуючи їх, серед іншого, у сприянні «відмиванню грошей» [з допомогою]... використання компаній з обробки транзакцій з біткоїнами... таких як «CoinBase», «GoCoin», «Paxful», «Kraken» та «Crypto Capital» для отримання платежів від клієнтів та/або переказів коштів через рахунки пов'язаних компаній»[1393].

Можливо, найбільш резонансними звинуваченнями у відмиванні коштів, пов'язаних із використанням криптовалют, були обвинувачення, висунуті в липні 2018 року проти 12 офіцерів російських спецслужб, яких обвинувачували у втручанні у президентські вибори 2016 року. Вони, як стверджувалось, «переказували криптовалюти через мережу транзакцій для купівлі комп'ютерних серверів, реєстрації доменів та проведенні інших платежів для підтримки своєї хакерської діяльності, намагаючись приховати свою особистість та свої зв'язки з російським урядом»[1394].

Подібним чином відображаючи ризики національної безпеки США, пов'язані з віртуальними валютами, у листопаді 2019 року Міністерство юстиції США звинуватило громадянина США у порушенні Закону США «Про міжнародні надзвичайні економічні повноваження»[1395]. За матеріалами справи, він поїхав до Північної Кореї з метою представлення презентації про те, як використовувати криптовалюти та технологію блокчейн для уникнення санкцій та відмивання коштів[1396].

Крім того, у березні 2020 року Міністерство юстиції США висунуло обвинувачення двом громадянам Китаю у відмиванні криптовалюти на суму понад 100 млн доларів США, яка була отримана внаслідок злому північнокорейської біржі криптовалют у 2018 році[1397].

У лютому 2020 року Міністерство юстиції США висунуло громадянину США обвинувачення в експлуатації Helix- «змішувача» (mixer) чи «перекидувача» (tumbler) біткоїнів, з допомогою якого користувачі, сплативши комісію, могли переказувати біткоїни визначеним одержувачам у спосіб, що надавав змогу приховувати

1393 Див. справу CR-18-00422-PHX-SPL «США проти Майкла Лесі та інших» (Окружний суд штату Арізона, 28.03.2018) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/37jWuxl (англійська мова).

1394 Інформаційне повідомлення Міністерства юстиції США «Заступник Генерального прокурора США Род Джей Розенштейн виступив із заявою, оголосивши про висунення обвинувачень дванадцятьом офіцерам російської розвідки у змові з метою втручання у президентські вибори 2016 року шляхом злому комп'ютера та пов'язаних з ними правопорушень» (13.07.2018) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3JNHaGf (англійська мова).

1395 Закон США від 28.10.1977 «Про міжнародні надзвичайні економічні повноваження» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3MaFwQv (англійська мова).

1396 Прес-реліз Офісу прокурора Південного округу штату Нью-Йорк «Прокурор Мангеттена оголосив про арешт громадянина США за сприяння Північній Кореї в уникненні санкцій» (29.11.2019) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3EpKg2k (англійська мова).

1397 Інформаційне повідомлення офісу зв'язків з громадськістю Міністерства юстиції США «Двох громадян Китаю обвинувачують у відмиванні понад 100 млн доларів США у криптовалюті через злом біржі» (02.03.2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3vi5Cdu (англійська мова).

походження біткоїнів та утаємничувати від правоохоронних органів особу, яка переказує біткоїни[1398]. Міністерство стверджує, що Helix відповідальний за відмивання понад 300 млн доларів США, отриманих від незаконного обігу наркотичних засобів та інших злочинних доходів у всьому світі за час з 2014 по 2017 роки.

Інші правопорушення

Нарешті, окрім відмивання коштів та інвестиційного шахрайства, криптовалюти можуть бути як засобом, так й об'єктом злочинної діяльності подібно до традиційної валюти та інвестицій.

Так, наприклад, у березні 2018 року Служба внутрішніх доходів США оприлюднила звернення до платників податків, у якому нагадала їм про необхідність «повідомляти про наслідки транзакцій з віртуальною валютою для визначення прибуткового податку» та попередила, що в «екстремальних ситуаціях платники податків можуть бути притягнутими до кримінальної відповідальності за неналежне повідомлення про наслідки транзакцій з віртуальною валютою для визначення прибуткового податку»[1399].

Згодом, оскільки криптовалюти почали все більш широко використовуватися та прийматись в усьому світі, відділ кримінальних розслідувань Служби внутрішніх доходів США застеріг ринок, що податкові злочини, пов'язані з криптовалютами, стали пріоритетною сферою для цього підрозділу та що варто очікувати збільшення кількості кримінальних податкових справ, пов'язаних із криптовалютами[1400].

У дещо несподіваному випадку, коли правопорушення з криптовалютою дзеркально відображає правопорушення з традиційною валютою, стало у грудні 2017 року повідомлення Окружної прокуратури Мангеттена про винесення нею обвинувачення фізичній особі на ім'я Луїс Меза у вчиненні озброєного пограбування з використанням вогнепальної зброї токенів Ether на суму 1,8 млн доларів США[1401].

1398 Інформаційне повідомлення офісу зв'язків з громадськістю Міністерства юстиції США «Мешканця Огайо обвинувачують у використанні біткоїн-змішувача на базі Darknet, який відмив понад 300 млн доларів США» (13.02.2020) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3KVTd5K (англійська мова).

1399 Див. інформаційне повідомлення Служби внутрішніх доходів США «Служба внутрішніх доходів США нагадує платникам податків про необхідність повідомляти про транзакції з віртуальною валютою» (23.03.2018) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3xvrEwl (англійська мова).

1400 Див., наприклад, Лора Девісон «Служба внутрішніх доходів США каже, що ідентифіковані «десятки» нових крипто- та кіберзлочинців» – Bloomberg, 08.11.2019 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bloom.bg/3Oi5FyP (англійська мова) та Річний звіт щодо кримінальних розслідувань за 2019 рік Служба внутрішніх доходів США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3M9oG4C (англійська мова).

1401 Прес-реліз Окружної прокуратури міста Нью-Йорк «Окружний прокурор пан Венс: чоловіка звинувачують у викраденні 1,8 млн доларів США у криптовалюті» (12.12.2017).

VIII. ОПОДАТКУВАННЯ

Керівні настанови щодо режиму оподаткування віртуальних валют, таких як біткоїн, у США видаються обмежено та насамперед у вигляді публікацій Служби внутрішніх доходів США. Наприклад, у Публікації № 2014-21 цей податковий орган США розглядає таку віртуальну валюту як майно[1402].

9 жовтня 2019 року Служба внутрішніх доходів США видала додаткові керівні настанови у Постанові про доходи № 2019-24[1403] та супровідна Підбірка популярних запитань (FAQ)[1404]. У цій підбірці наведено приклади визначення справедливої ринкової вартості та базу оподаткування віртуальних валют, а також додатково розширено керівні настанови, які викладенні у Публікації 2014-21, щоби застосувати їхні принципи до додаткових ситуацій, зокрема:

a. платежі за послуги з використанням віртуальної валюти;
b. обмін віртуальної валюти на об'єкт майна (включаючи іншу віртуальну валюту);
c. подарунки та благодійні пожертвування віртуальної валюти;
d. продаж кількох одиниць одного виду віртуальної валюти, придбаних у різний час.

Крім того, у Постанові про доходи та FAQ розглядається податковий режим «жорсткого форку» (коли криптовалюта зазнає змін, які можуть призвести до створення нової криптовалюти на додаток до застарілої криптовалюти) та «airdrop» (коли платник податків отримує нові одиниці криптовалюти після жорсткого форку) та уточнюється, що платник податків обкладається податком тільки тоді, коли він отримує нову віртуальну валюту, що вимагає від платника податків здатність виконувати повні владу та контроль над новою віртуальною валютою. Отже, Постанова про доходи та FAQ підтверджують, що податковий режим віртуальних валют узгоджується з податковим режимом інших майнових об'єктів. Однак, залишається багато практичних питань, зокрема, як інформаційні повідомлення мають оброблятися різними платформами, які залученні до господарської діяльності з віртуальними валютами.

9 квітня 2021 року Служба внутрішніх доходів США оприлюднила пам'ятку головного консультанта 202114020, яка підтвердила позицію Служби у Постанові про доходи в контексті жорсткого форку від 1 серпня 2017 року, коли платник податків, який володів біткоїном, одержав Bitcoin Cash, а саме: після отримання доступу

1402 Публікація Служби внутрішніх доходів США № 2014-21 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3xH8hAB (англійська мова).

1403 Постанова про доходи № 2019-24 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3jUoAl6 (англійська мова).

1404 Підбірка популярних запитань щодо віртуальної валюти (грудень 2019) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3OhiNnQ (англійська мова).

до об'єкту майна у платника податку з'явився валовий дохід. Ця пам'ятка вказала на важливу відмінність щодо того, коли платник податків не може включати такий дохід. Зокрема, ця пам'ятка розрізняє платника податків, який власне безпосередньо володів закритим ключем, міг отримати доступ та відразу розпоряджатися Bitcoin Cash 1 серпня 2017 року, та платника податків, який залежав від криптовалютної біржі, яка надавала послуги з хостингу гаманця там, коли ця біржа не одразу підтримала Bitcoin Cash та платник податків міг отримати доступ і продати Bitcoin Cash тільки 1 січня 2018 року. У першому випадку платник податків мав оподатковуваний дохід у 2017 році, а у другому – тільки у 2018 році.

З погляду інвестора, просто назвати віртуальну валюту об'єктом майна залишає багато питань без відповіді. Наприклад:

a. Як платник податків США ставиться до прибутку від купівлі та продажу віртуальної валюти?
b. Чи зможе суб'єкт, що звільнений від оподаткування в США, наприклад приватний фонд, здійснити інвестиції у віртуальну валюту, що не обкладаються податком на прибуток, який непов'язаний з господарською діяльністю?
c. Чи зможе неамериканський інвестор інвестувати у віртуальну валюту через інвестиційного менеджера (чиї операції, персонал та обладнання знаходяться в США), не розглядаючись суб'єктом господарювання, що здійснює торгівлю чи займається іншими видами господарської діяльності у США або суб'єктом, що отримує ефективно пов'язаний дохід стосовно таких інвестицій у віртуальну валюту?
d. Чи потрібно, з точки зору федерального податку на прибуток США, розрізняти прямі інвестиції у віртуальні валюти та деривативи на такі активи, як ф'ючерси на біткоїн та етер на Чиказькій товарній біржі?

Якщо платник податків у США визнає прибуток чи збиток від продажу чи обміну віртуальної валюти, характер такого прибутку чи збитку загалом залежить від того, чи є валюта капітальним активом у руках цієї особи[1405]. Якщо припустити, що платник податків у США утримує віртуальну валюту як капітальний актив понад один року, прибуток зазвичай розглядається як довгостроковий приріст капіталу[1406].

Для осіб, звільнених від сплати податків у США, прибутки або збитки від продажу чи іншого відчуження майна, як правило, не обкладаються податком як прибуток, який непов'язаний з господарською діяльністю[1407].

1405 Див. питання-відповіді 6 та 7 з Підбірки популярних запитань щодо віртуальної валюти, яка зазначена у виносці 279.

1406 § 1222(3) розділу 26 Кодексу США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3L4TjYP (англійська мова). Період утримання платника податків може бути призупинений згідно з певними правилами, включаючи правила «стреддла» відповідно до розділу 1092 Кодексу США, якщо платник податків вступає в позиції хеджування.

1407 Див. § 512(b)(5)(B) розділу 26 Кодексу США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3vy3D4W (англійська мова) та попередню виноску.

Однак таке виключення щодо прибутку, який непов'язаний з господарською діяльністю, не поширюється на товарно-матеріальні запаси або майно, яке іншим чином утримується в основному для продажу клієнтам під час звичайної діяльності[1408].

Чи є інвестування у віртуальні валюти інвестуванням у цінні папери чи товари для цілей розділу 864 «Безпечна гавань» (Safe harbour) відповідно до Податкового кодексу 1986 року? Як описано більш детально у Секції II, Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США розглядає віртуальні валюти як товари, що підлягають регулюванню відповідно до її повноважень[1409]. Так само, Комісія з цінних паперів і фондових бірж США підтвердила свої повноваження, коли розміщення віртуальних токенів має ознаки розміщення цінних паперів відповідно до широко інтерпретованого Howey-тесту для інвестиційних контрактів[1410].

Чи можна подібно застосувати такі повноваження, щоб зробити висновок, що неамериканський інвестор може претендувати на захист «безпечної гавані»? Діяльність інвестиційного менеджера, який знаходиться у США, зазвичай пов'язують з неамериканським інвестором, що інвестує через цього менеджера[1411].

Якщо цей менеджер займається тільки діяльністю «безпечної гавані» (тобто інвестуванням або торгівлею цінними паперами та товарами), то такі дії не створюють для неамериканського інвестора торгівлю або іншу господарську діяльність у США, а прибуток від такої діяльності «безпечної гавані» зазвичай не є ефективно пов'язаним доходом[1412].

Якщо неамериканський інвестор не захищений «безпечною гаванню», то діяльність менеджера з інвестицій, який знаходиться у США, може створити для неамериканського інвестора торгівлю або іншу господарську діяльність у США, що генерують ефективно пов'язаний дохід, який обкладається у США федеральним податком на чистий дохід (прибуток) (до 37% для фізичних осіб або 21% та додатково 30% податку на прибуток філіалу для корпорацій).

Хоча для неамериканського інвестора може бути доцільним вимагати захисту «безпечної гавані» через подібне застосування повноважень Комісії з торгівлі товарними ф'ючерсами США та Комісії з цінних паперів і фондових бірж США. Проте не можна гарантувати, що Служба внутрішніх доходів США або суди погодяться з такою позицією. Як наслідок, податковий ризик, що пов'язаний з помилками, є істотним.

1408 Див. § 1.512(b)–1(d) розділу 26 Кодексу США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3K2Zewa (англійська мова).

1409 Див. керівні настанови Комісії з торгівлі товарними ф'ючерсами США, які зазначені у виносці 58.

1410 Див., наприклад, «Звіт DAO» та виноску 4.

1411 Це може бути змінено угодами між іншими країнами зі США про податок на прибуток.

1412 Цей режим може бути змінений правилами згідно з §§ 897, 1445, 1446 розділу 26 Кодексу США та відповідними положеннями Міністерства фінансів США.

Отже, існують сподівання, що у будь-якому документі, який створюється з метою висвітлення пропозиції щодо залучення коштів для інвестиційного фонду, що інвестує у віртуальну валюту та який орієнтований на неамериканських інвесторів, буде міститись детальна інформація про податки, що конкретно визначає ризики, пов'язані з інвестиціями у віртуальну валюту. Крім того, через істотні податкові ризики та залежно від точної інвестиційної стратегії, спонсору фонду доведеться прийняти важливе рішення щодо того, наскільки вузьким має бути цільовий ринок розміщення.

Багато спонсорів фондів розгортають скрізь свої мережі для пошуків інвесторів, використовуючи за таких умов найбільш нейтральний для оподаткування механізм залучення коштів від таких інвесторів (це, або відсутність податку або податок складає мінімальний рівень для суб'єкта в межах, що дозволено законом).

Партнерства (або місцеві юридичні особи, які можуть розглядатися як партнерства для цілей розрахунку федерального податку на прибуток у США) є типовими механізмами, що використовуються для об'єднаних інвестицій у сировинні товари та деривативи на них. Партнерства зазвичай не оподатковуються на рівні юридичної особи, тому очікувані витрати на сплату федерального податку на прибуток для суб'єктів господарювання у США досить малі.

Однак, коли частки партнерства торгуються публічно, то для цілей розрахунку федерального податку на прибуток у США вже публічне партнерство розглядається як корпорація, що підлягає оподаткуванню корпоративним податком на прибуток у розмірі 21 відсотка, якщо не застосовуються певні винятки. Єдиним винятком тут є невеликі розміщення таких часток (наприклад, розміщення для приватного інвестиційного фонду, звільненого від реєстрації як інвестиційної компанії відповідно до розділу 3(c)(1) Закону США «Про інвестиційні компанії», де кількість інвесторів становить не більше 100 осіб та виконуються деякі інші вимоги)[1413].

Іншим випадком є те, коли партнерство відповідає критерію кваліфікаційного доходу, тобто принаймні 90 відсотків річного валового доходу партнерства складається з певних доходів пасивного типу[1414]. Проте, варто звернути увагу, що доходи від прямих інвестицій у віртуальну валюту не включені у визначення кваліфікаційного доходу[1415].

Для фондів віртуальної валюти, де неамериканські інвестори, розміщення ф'ючерсів на біткоїн та етер на Чиказькій товарній біржі є позитивною подією[1416].

1413 Див. § 1.7704-1 розділу 26 Зводу Федеральних Регламентів США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3K07Bsy (англійська мова).

1414 § 7704(c) розділу 26 Кодексу США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/38dSnTC (англійська мова).

1415 § 7704(d) розділу 26 Кодексу США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/38dSnTC (англійська мова).

1416 Див, для прикладу перелік ф'ючерсів на біткоїн на Чиказькій товарній біржі [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3rF7MD2 (англійська мова).

«Безпечна гавань» для торгівлі або інвестування в сировинні товари поширюється на неамериканського інвестора тільки тоді, якщо такі товари належать до видів товарів, які зазвичай продаються на організованій товарній біржі та якщо операція зазвичай здійснюється в такому ж місці[1417]. Отже, неамериканський інвестор, який інвестує виключно в ці конкретні ф'ючерси (безпосередньо або через партнерство для цілей розрахунку федерального податку на прибуток у США), має вагомі підстави претендувати на пільги «безпечної гавані».

Подібним чином, ф'ючерси Чиказької товарної біржі на біткоїни чи етери підтримують режим оподаткування партнерства у випадку публічного партнерства, коли воно інвестує виключно в ці ф'ючерси, що робить можливим роздрібне розміщення таких часток публічного партнерства. У випадку публічних партнерств, основною господарською діяльністю яких є купівля та продаж сировинних товарів (які не є товарно-матеріальними запасами) або опціонів, ф'ючерсів чи форвардів на товари, то доходи та прибутки від ф'ючерсів на товари становлять кваліфікаційний дохід[1418].

Крім того, оскільки ф'ючерси Чиказької товарної біржі на біткоїни чи етери відповідають визначенню контракту, як наведено у секції 1256 Кодексу США[1419], інвестор, який оподатковується у США, зазвичай визнає річний прибуток від рівня поточних цін на ринку (60% довгострокового прибутку на капітал та 40% короткострокового прибутку на капіталу) щодо таких інвестицій (безпосередньо або через партнерство для цілей розрахунку федерального податку на прибуток у США)[1420].

Та насамкінець, хоча є багато невизначених сфер, пов'язаних з оподаткуванням віртуальних валют та діяльністю, пов'язаної з ними, варто зазначити, що майнинг віртуальних валют або стейкинг з віртуальними валютами, якщо вони проводяться у США, можна розглядати як господарську діяльність з надання послуг або іншу активну торгівлю чи господарську діяльність.

Тому будь-яка віртуальна валюта від такого майнингу чи стейкингу розглядається як звичайний дохід від надання послуг чи іншої активної торгівлі або господарської діяльності.

1417 Див. § 864(b)(2)(B) розділу 26 Кодексу США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3vyWYHH (англійська мова).

1418 § 7704(d)(1)(G) розділу 26 Кодексу США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/38dSnTC (англійська мова).

1419 Див. §§ 1256(b)(1)(A), (g)(1), (g)(7)(B) розділу 26 Кодексу США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3rlDpvz (англійська мова). Відповідно до секції 1256 поняття «контракт» включає регульовані ф'ючерсні контракти. Регульований ф'ючерсний контракт – це контракт, щодо якого сума, яка має бути внесена на депозит та сума, яка може бути знята, залежить від системи оцінки ринку, і який торгується на кваліфікованій раді чи біржі або відповідно до їхніх правил. Термін «кваліфікована рада» або «біржа» включає національну раду з питань торгівлі, призначену Комісією з торгівлі товарними ф'ючерсами США як контрактний ринок.

1420 Див. §§ 1256(b)(1), (g)(1), (g)(7), (a)(1), (a)(3) розділу 26 Кодексу США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3rlDpvz (англійська мова).

А будь-який оподатковуваний дохід (тобто отримання віртуальних валют) від майнингу чи стейкингу становить прибуток, який непов'язаний з господарською діяльністю та ефективно пов'язаний дохід[1421].

Після того, як віртуальна валюта зароблена та відбулось її оподаткування, то така валюта стає тільки об'єктом майна. Залежно від того, які дії платник податків буде вчиняти із цією валютою та де буде проводитись діяльність, це все матиме різні та потенційно складні результати для кожного конкретного платника податків.

IX. ІНШІ ЮРИДИЧНІ АСПЕКТИ

i. УНІФІКОВАНЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІРТУАЛЬНИХ ВАЛЮТ НА РІВНІ ШТАТІВ

Щоби передбачити єдину базу між різними штатами для регулювання господарської діяльності з віртуальними валютами, Комісія з питань уніфікованого законодавства розробила Акт «Про уніфікацію регулювання господарської діяльності у сфері віртуальних валют»[1422] (Акт про уніфікацію).

Як докладніше описано в Секції III, Акт про уніфікацію включає ліцензування, пруденційні норми та вимоги щодо захисту прав споживачів, які стосуються певних компаній, що займаються діяльністю, пов'язаною з обміном, переказами або зберіганням віртуальних валют. Цей Акт має на меті забезпечити чіткий режим регулювання, який призначений для вирішення питань, що стосуються господарської діяльності з віртуальними валютами, а не чинних законів про надання грошових послуг і ліцензування грошових переказів та інших, іноді двозначних або дублюючих, чинних режимів регулювання, які можуть застосовуватись до такої діяльності в різних штатах.

Мотивами для розробки Акта про уніфікацію стало бажання забезпечити юридичну визначеність, яка надалі сприятиме продовженню інновацій та доступу до капіталу для господарської діяльності у сфері віртуальних валют. У процес розробки проєкту вклали значні зусилля представники різних галузей, штатів та федерального уряду, а також практикуючі юристи та науковці. Штат Род-Айленд став першим (та наразі єдиним) штатом, який прийняв законодавство на основі Акту про уніфікацію, яке набуло чинності 1 січня 2020 року.

1421 Див. питання-відповідь 9 з Підбірки популярних запитань щодо віртуальної валюти, яка зазначена у виносці 279 (дохід від майнингу, що проводиться як торгівля або інша господарська діяльність, оподатковується податком на самозайнятість для безробітних, які займаються майнингом).

1422 Див. «Акт про уніфіковане регулювання господарської діяльності з віртуальними валютами» у Секції III та виноску 91.

Станом на сьогодні, законопроєкти, які розроблені за зразком Цього Акту, також були внесені на розгляд законодавчих органів у штатах Каліфорнія, Оклахома та Гаваї[1423].

Є показовим те, що штат Вайомінг прийняв законопроєкт (відомий як SF0125), який набув чинності 1 липня 2019 року, що регулює діяльність, пов'язану з цифровими активами. Цей законопроєкт не був розробленим за зразком Акту про уніфікацію[1424].

ii. УНІФІКОВАНИЙ КОМЕРЦІЙНИЙ КОДЕКС

Уніфікований комерційний кодекс[1425] надає часто непомічені «трубочки» для широкого кола комерційних операцій та майнових прав. Там, де застосовується Уніфікований комерційний кодекс, сторони отримують переваги від чіткості закону та спеціального захисту. Якщо Уніфікований комерційний кодекс не застосовується або якщо він застосовується непередбачуваним чином, то сторони можуть несподівано опинитися у ситуації, де відсутні переваги правових норм, які вони б сприйняли як належне, або зіткнутися з юридичною невизначеністю.

Під час розгляду статей Уніфікованого комерційного кодексу у контексті віртуальних валют виникають три ключові питання:

a. чи підпадають віртуальні валюти під дію статті 3 (оборотні інструменти), статті 4 (банківські депозити та інкасо) або статті 4A (переказ коштів) Цього Кодексу?
b. чи можуть віртуальні валюти ефективно слугувати заставою згідно зі статтею 9 Цього Кодексу та якщо так, то які правила застосовуються?
c. чи можна зарахувати віртуальні валюти як цінний папір або фінансовий актив на рахунок у цінних паперах згідно зі статтею 8 Цього Кодексу?

Хоча законодавство в цій сфері продовжує розвиватися, далі ми розглянемо деякі основні принципи, застосовні до кожного питання по черзі[1426].

Застосування статей 3, 4 та 4A Уніфікованого комерційного кодексу

Віртуальні валюти в їхньому сучасному стані сьогодні часто розглядаються як такі, що не підпадають під дію статей 3, 4 або 4A Уніфікованого комерційного кодексу.

1423 Див. виноску 297. Законодавчий орган штату Невада розглянув, але у підсумку відмовився прийняти законопроєкт за зразком Акту про уніфікацію.

1424 Див. §§ 34-29-101 та наступні Коментованого зводу законів штату Вайомінг.

1425 Уніфікований комерційний кодекс (1952 рік) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3v5eLYf (англійська мова).

1426 Станом на сьогодні, штат Род-Айленд є єдиним штатом, який прийняв законодавство на основі Акту про уніфікацію. Зверніть увагу, що у цій секції розглядається типова версія Уніфікованого комерційного кодексу. Деякі штати, зокрема Вайомінг, намагалися внести зміни до власних версій Уніфікованого комерційного кодексу, щоб врахувати існування віртуальних валют.

Віртуальні валюти не є оборотними інструментами, оскільки вони не є паперовими активами[1427].

Крім того, більшість віртуальних валют не можуть розглядатися як оборотні інструменти, адже у них немає обіцянки або вимоги сплатити фіксовану суму грошей, як це передбачає наявність контрагента, який або є чимось зобов'язаним чи який повинен буде виконати таку вимогу. Якщо сторона безпосередньо утримує віртуальну валюту, але відсутній контрагент, до якого вона має вимоги (принаймні, поки вона не вирішить переказати віртуальну валюту в обмін на вартість).

Віртуальні валюти зазвичай не підпадають під дію статей 4 або 4А через відсутність банку у такій ситуації. Напочатку це виглядало як значна прогалина у комерційному законодавстві, що мало застосовуватись до віртуальних валют, оскільки засоби захисту, передбачені статтями 3, 4 і 4А Уніфікованого комерційного кодексу, були недоступні в контексті транзакцій з віртуальною валютою.

У 2017 році Комісія з питань уніфікованого законодавства розглянула (але не заповнила!) цю прогалину, коли розробляла Акт «Про уніфікацію регулювання господарської діяльності у сфері віртуальних валют». Однак, у 2018 році ця Комісія видала Акт «Про додаткову уніфікацію законодавства у сфері комерційного права для уніфікації регулювання господарської діяльності у сфері віртуальних валют» (Додатковий Акт), який допоміг заповнити цю прогалину, роз'яснивши, що захист відповідно до статті 8 Уніфікованого комерційного кодексу буде доступним у контексті транзакцій з віртуальною валютою, як описано нижче[1428].

Водночас, зараз триває спільний проєкт Американського інституту права та Комісії з питань уніфікованого законодавства щодо аналізу та розробки потенційних змін до Уніфікованого комерційного кодексу, щоб подолати цю прогалину для низки нових технологій, включаючи віртуальні валюти. Деякі штати також внесли неуніфіковані зміни до власних Уніфікованих комерційних кодексів щодо віртуальних валют та інших цифрових активів.

Використання віртуальних валют як застави

Як і більшість видів особистого майна, віртуальні валюти можуть слугувати заставою згідно зі статтею 9 Уніфікованого комерційного кодексу[1429]. Віртуальні валюти можуть являти собою загальні чи платіжні нематеріальні активи за Уніфікованого

1427 Ніл Коен, «Катастрофічний закон про векселі» – Юридичний журнал штату Огайо – № 68 (2007 рік).

1428 Див. виноску 125. Штат Род-Айленд був першим (і наразі єдиним) штатом, який прийняв законодавство на основі Додаткового Акту, який набув чинності 1 січня 2020 року. Станом на сьогодні, законопроєкти, які розроблені за зразком Додаткового Акту, також були внесені на розгляд законодавчих органів у штатах Каліфорнія, Оклахома та Гаваї. Законодавчий орган штату Невада розглянув, але у підсумку відмовився прийняти законопроєкт за зразком Додаткового Акту.

1429 Жанна Л. Шредер, «Біткоїн та Уніфікований комерційний кодекс» – University of Miami Business Law Review – № 24, 2016 рік [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3KcQO5G (англійська мова).

комерційного кодексу, а також можуть становити надходження від іншої форми застави[1430]. Якщо віртуальну валюту розглядати як загальний чи платіжний нематеріальний актив, то безпосередній забезпечувальний інтерес у віртуальній валюті може сформуватись виключно через подання заяви про фінансування[1431].

Однак, на жаль для зацікавленої забезпеченої сторони, віднесення віртуальної валюти до загальних нематеріальних чи платіжних нематеріальних активів може означати, що пріоритет забезпечувальних інтересів у віртуальній валюті визначається в порядку черговості (хто перший подав чи забезпечив). Отже, будь-які попередні права застави на віртуальну валюту, які можливо важко буде ідентифікувати або відстежити, можуть мати пріоритет над забезпеченим правом сторони, якій було сформовано забезпечений інтерес[1432].

Частки у віртуальних валютах, які зараховуються на рахунки у цінних паперах та розглядаються як фінансові активи, можуть слугувати заставою за умови дотримання правил щодо інвестиційної власності, які наведені у статті 9 Уніфікованого комерційного кодексу, що досягається з допомогою контролю або подання та якщо у них є надпріоритет, що доступний для забезпеченої сторони, яка здійснює контроль. Якби віртуальна валюта була класифікована як гроші, що стверджують деякі експерти, то може статися така ситуація, коли конкретна віртуальна валюта буде дозволена або прийнята національним або іноземним урядом, то за Уніфікованим комерційним кодексом, щоби сформувався безпосередній забезпечувальний інтерес, має бути володіння – а це вже поняття, що традиційно зарезервоване для матеріальних активів.

Як видно з цих прикладів, класифікація віртуальної валюти відповідно до статті 9 Уніфікованого комерційного кодексу є вирішальною для визначення застосовних правил для формування та пріоритету забезпечених інтересів. Застосування норм Уніфікованого комерційного кодексу, які позбавляють права на попередню заставу під час проведення переказів з використанням коштів, банківських рахунків або інвестиційної власності, також буде залежати від класифікації конкретної віртуальної валюти відповідно до статті 9 Уніфікованого комерційного кодексу.

1430 Поточні віртуальні валюти навряд чи будуть вважатись грошима відповідно до Уніфікованого комерційного кодексу, хоча це може змінитися. Секція 9-102(b)(24) Цього Кодексу визначає гроші як «засіб обміну, який наразі дозволений або прийнятий національним або іноземним урядом. Цей термін включає розрахункову грошову одиницю, встановлену міжурядовою організацією або за угодою між двома чи більше країнами».
Наскільки нам відомо, жоден уряд чи міжурядова організація ще не санкціонували або не прийняли віртуальну валюту як засіб обміну або розрахункову одиницю. Тому це визначення непридатне до віртуальних валют в їх нинішньому вигляді. Хоча ця класифікація може бути поставлена під сумнів, якщо уряд або міжурядова організація санкціонують або приймуть віртуальну валюту. Однак, слід зазначити, що деякі експерти стверджують, що навіть якби віртуальна валюта була прийнята як засіб обміну чи розрахункової одиниці, то вона все одно не підходила б під визначення грошей за стандартами Уніфікованого комерційного кодексу.
Див., наприклад, 20 сторінку зі статті, яка наведена у виносці 304.

1431 Див. § 9-310, 9-312(b) Уніфікованого комерційного кодексу (1952 рік) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3v5eLYf (англійська мова).

1432 Див. § 9-322 Уніфікованого комерційного кодексу (1952 рік) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3v5eLYf (англійська мова).

Використання рахунків у цінних паперах

Завдяки гнучкості, що міститься в статті 8 Уніфікованого комерційного кодексу, віртуальні валюти можуть бути зараховані на рахунки у цінних паперах (при наявності погодження розглядати їх як фінансовий актив) у добровільного посередника, що здійснює операції з цінними паперами[1433]. Таке поняття може включати посередника, який регулярно займається веденням рахунків, що містять цінні папери або інші фінансові активи, для інших осіб. Фактично, Акт «Про додаткову уніфікацію законодавства у сфері комерційного права для уніфікації регулювання господарської діяльності у сфері віртуальних валют» вимагає, щоб віртуальні валюти, які регулюються цим Актом, зберігалися на рахунках у цінних паперах у посередника, що здійснює операції з цінними паперами. Деякі біржі віртуальних валют та інші учасники ринку прийняли такий підхід.

Переваги визначеності, які випливають внаслідок наявності режиму рахунків у цінних паперах, супроводжуються відповідно встановленим законом рівнем відповідальності та обов'язків суб'єкта господарювання, який виступає як посередник, що здійснює операції з цінними паперами. Звичайно, трактування віртуальної валюти як цінний папір, що здійснюється відповідно до законодавства окремого штату, яке ухвалене на основі Уніфікованого комерційного кодексу, не означає, що віртуальна валюта буде характеризуватися як цінний папір для цілей федерального регулювання, у тому числі відповідно до федерального законодавства про цінні папери.

X. БАНКРУТСТВО

Далі ми надаємо огляд деяких питань, пов'язаних із банкрутством, які можуть виникнути у зв'язку з віртуальними валютами у рамках процедури банкрутства відповідно до чинного законодавства США.

Як зазначалося раніше, федеральні органи та штати постійно приймають закони та положення. Тому наявна складна мережа паралельних та дублюючих одна одну нормативних та законодавчих змін, які потрібно враховувати, оскільки вони можуть бути актуальними та переконливими в контексті процедури банкрутства. Взагалі була незначна кількість справ про банкрутство, в яких тільки побіжно розглядалися або стосувалися питання, що пов'язані з віртуальними валютами. Отже, розвиток законодавства про банкрутство, що стосується питань щодо віртуальних валют, знаходиться на початковій стадії.

1433 Див. § 8-102(a)(9)(iii) Уніфікованого комерційного кодексу (1952 рік) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3v5eLYf (англійська мова). Цей параграф включає «будь-які майнові об'єкти, які утримуються у посередника, що здійснює операції з цінними паперами, для іншої особи на рахунку у цінних паперах, якщо посередник, що здійснює операції з цінними паперами, безпосередньо домовився з іншою особою, що ці майнові об'єкти будуть розглядатися як фінансовий актив відповідно до вимог цієї статті.»

i. РЕЖИМ БАНКРУТСТВА, ЩО ЗАСТОСОВУЄТЬСЯ

Перше питання, яке необхідно вирішити, – це який режим банкрутства буде застосовуватися. Це буде залежати від типу суб'єкта, який став неплатоспроможним.

Якщо таким суб'єктом є брокер чи дилер або зареєстрований у Комісії з цінних паперів і фондових бірж США брокер чи дилер, який володіє віртуальними валютами чи займається торгівлею ними, то у цьому випадку застосовуються норми підглави 3 глави 7 розділу 11 Кодексу США (Кодекс про банкрутство)[1434] або, можливо, будуть застосовуватись навіть норми Закону США «Про захист прав інвесторів у цінні папери» (1970 рік)[1435].

Проте застосування жодного з них наразі не здається вірогідним, оскільки нам не відомо про хоч одного зареєстрованого Комісією з цінних паперів і фондових бірж США брокера чи дилера, який займається брокерською діяльністю з використанням віртуальних валют та здійснює зберігання віртуальних валют. Більш ймовірно, що суб'єкт матиме право розпочати процедуру банкрутства відповідно до глави 7 («Про ліквідацію») або глави 11 («Про реорганізацію») Кодексу про банкрутство[1436].

Якщо суб'єкт є товарним брокером, то на нього будуть поширюватись норми підглави 4 глави 7 Кодексу про банкрутство та додаткових положень, прийнятих Комісією з торгівлі товарними ф'ючерсами США. Але суб'єкт не має право застосовувати норми глави 11 Кодексу про банкрутство.

ii. ВІРТУАЛЬНІ ВАЛЮТИ ЯК МАЙНО БАНКРУТА

Після порушення справи про банкрутство відповідно до секції 541 Кодексу про банкрутство формується перелік майна та автоматично накладається заборона всім кредиторам та юридичним особам, серед іншого, вчиняти будь-які правозастосовні дії щодо боржника або його майна, будь-які дії щодо заволодіння майном банкрута або будь-які дії щодо створення, формування або забезпечення виконання будь-якої застави на майно банкрута. Віртуальні валюти, якими володіє боржник, варто розглядати як частину майна цього боржника. Секція 541 Кодексу про банкрутство передбачає, що майно боржника включає «усі законні або справедливі інтереси боржника у майни на момент порушення справи», де б це майно не знаходилось та хто б його не утримував, а також суди визнали, що коло майнових інтересів, що входять до складу майна боржника, має бути досить широким.

1434 Підглава 3 глави 7 розділу 11 Кодексу США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3xMnosl (англійська мова).

1435 Закон США «Про захист прав інвесторів у цінні папери» 1970 року [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3v44MSX (англійська мова).

1436 Див. § 109 розділу 11 Кодексу США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3Oy63sW (англійська мова).

Хоча федеральне законодавство про банкрутство регулює міру, до якої частка боржника у майни є частиною майна цього боржника. Небанкрутне законодавство регулює природу та існування права боржника на таке майно. Тому суди у справах про банкрутство будуть звертатись до застосовного небанкрутного законодавства, щоб визначити майнові інтереси боржника у будь-якій віртуальній валюті, що належить боржнику, яка буде частиною майна боржника та зможе підпасти під захист автоматичного призупинення провадження за умови певних винятків, які можуть застосовуватися, як зазначено далі.

Водночас, до секції 541 Кодексу про банкрутство варто було б включити будь-яку віртуальну валюту, що належить боржнику, враховуючи анонімний характер володіння віртуальними валютами (завдяки приватним ключам, які відомі тільки власнику віртуальної валюти), проте виглядає, що може бути важко отримати повну прозорість щодо місцезнаходження, сум та транзакцій, що стосуються віртуальної валюти боржника, без повної співпраці боржника. Однак, боржника варто зобов'язати надати повний і точний список свого майна та інших активів у рамках заповнення та подання до суду у справах з питань банкрутства, під страхом покарання за неправдиві свідчення, свого списку активів і зобов'язань та звіту про фінансову діяльність[1437].

Боржника варто стимулювати надавати точний та повний список свого майна, оскільки з боку суду з питань банкрутства до нього можуть бути застосовані штрафні санкції, а також тому, що йому може бути відмовлено у звільненні від своїх боргів та зобов'язань, якщо буде встановлено, що протягом одного року до початку порушення справи або після порушення справи, було передано, вилучено, знищено, понівечено або приховано майно боржника[1438]. Однак, кредитори або інші зацікавлені сторони у справі, де залучений боржник з віртуальними валютами, можуть розглянути питання щодо вжиття заходів для забезпечення повного розкриття інформації, наприклад, проведення розслідування стосовно боржника для отримання інформації, що стосується його транзакцій з віртуальними валютами (включаючи адреси віртуальної валюти, публічні ключі, приватні ключі, біржі, що використовувались, інформація про цифрові гаманці, фінансові та інші виписки з рахунків, електронні листи та інші дані, які можуть бути використані для підтвердження транзакцій з віртуальними валютами), а також виклик до суду представників провідних бірж та суб'єктів господарювання, що надають послуги з онлайн-платежів, які можуть мати додаткову інформацію про транзакції та утримання віртуальних валют боржника.

1437 Див. § 521 підглави 2 глави 5 розділу 11 Кодексу США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LhpUuM (англійська мова) та Правило 1007 Федеральних правил США з питань процедури банкрутства [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3vafO9o (англійська мова).

1438 Див. §§ 521 та 523 підглави 2 глави 5 розділу 11 Кодексу США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LhpUuM та https://bit.ly/3EDkurm (англійська мова) та Правило 1007 Федеральних правил США з питань процедури банкрутства [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3vafO9o (англійська мова).

Разом з тим, варто звернути увагу на той факт, що віртуальні валюти, цифрові гаманці та біржі можуть знаходитись та утримуватись в іноземних юрисдикціях. Це може створювати додаткові перешкоди, а виявлення їх може бути дуже витратною справою. Однак, залежно від суми та вартості віртуальних валют, які належать боржнику, такі витрати можуть бути вартими зусиль, які спрямовані, щоб виявити такі віртуальні валюти.

iii. ВІРТУАЛЬНІ ВАЛЮТИ ЯК ГРОШОВА ЗАСТАВА

Як обговорювалося у Секції IX, віртуальна валюта може слугувати заставою згідно зі статтею 9 Уніфікованого комерційного кодексу. Отже, цілком можливо, що боржник у процесі банкрутства може володіти віртуальною валютою, яка є предметом застави забезпеченого кредитора. Проте, можуть виникнути проблеми з формуванням такого забезпеченого інтересу та віртуальна валюта може бути об'єктом раніше поданих забезпечених інтересів.

Однак, якщо припустити, що віртуальна валюта боржника є об'єктом правомірно оформленої застави забезпеченого кредитора, то тоді віртуальна валюта може становити грошову заставу відповідно до Кодексу про банкрутство. Згідно з секцією 363 Кодексу про банкрутство, грошова застава визначається як «грошові кошти, оборотні інструменти, правовстановлюючі документи, цінні папери, депозитні рахунки або інші еквіваленти грошових коштів, не зважаючи на час придбання їх, в яких статус та суть є відмінними від майна, мають проценти та включають надходження»[1439]. Секція 363 також передбачає, що боржник «не може використовувати, продавати або здавати в оренду грошову заставу», якщо відповідний забезпечений кредитор не погоджується або суд після повідомлення та слухання не дає дозвіл на використання грошової застави[1440], як правило, через надання забезпеченому кредитору належного захисту.

Навіть якщо віртуальна валюта не вважається грошовою заставою, забезпечений кредитор, який має законний забезпечений інтерес у віртуальній валюті, може клопотати про аналогічний належний захист, щоб захистити свою заставу від зменшення вартості через процедуру банкрутства[1441]. Належний захист зазвичай надається у формі грошових платежів, періодичних грошових платежів або додаткових застав чи застав, що замінюються, щоб захистити забезпеченого кредитора від зменшення вартості частки кредитора в заставі внаслідок використання, продажу чи оренди майна боржником, наявності будь-яких першочергових застав,

1439 Див. § 363(a) підглави 4 глави 3 розділу 11 Кодексу США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LnD8G0 (англійська мова).

1440 Див. § 363(c)(2) підглави 4 глави 3 розділу 11 Кодексу США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LnD8G0 (англійська мова).

1441 Див. § 363(e) підглави 4 глави 3 розділу 11 Кодексу США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LnD8G0 (англійська мова).

що можуть прикріплятися до майна під час розгляду справи про банкрутство та накладення автоматичної заборони, а не повернення майна забезпеченому кредитору[1442].

Тому, враховуючи викладене, забезпечений кредитор матиме певний захист від використання боржником віртуальної валюти, яка є об'єктом застави. Однак, зважаючи на волатильність вартості віртуальних валют, такий захист може вважатися недостатнім під час розгляду справи про банкрутство, якщо вартість віртуальної валюти зменшиться.

iv. ПИТАННЯ ОЦІНКИ ТА ОТРИМАННЯ НАЙВИЩОЇ ВАРТОСТІ

Нестабільність вартості або ціни віртуальної валюти, якою володіє боржник, також викликає занепокоєння щодо того, як боржнику варто максимізувати вартість своєї віртуальної валюти, з огляду на те, що будь-яке зниження вартості погіршить здатність боржника задовольнити вимоги незабезпечених кредиторів або буде потребувати додаткового забезпечення для захисту забезпечених кредиторів.

Отже, якщо боржник використовує свою віртуальну валюту як форму платежу або просто утримує її як актив, то боржнику та кредиторам боржника може бути доцільним конвертувати віртуальну валюту в готівку з допомогою методології, яка максимізує її вартість.

Залежно від обставин, це може диктувати швидкий продаж або більш систематичний продаж, який краще збереже цю вартість та зафіксує збільшення вартості (якщо це буде відбуватись).

Однак, якщо віртуальна валюта є важливою для виконання бізнес-функції боржника чи вартості бізнесу або будь-яка реструктуризація залежить від збереження та подальшого використання цієї віртуальної валюти, то тоді для боржника може бути більш доцільним (хоча й ризикованим, якщо наявні підстави, що може відбутись значне зменшення вартості) зберегти та використовувати цю віртуальну валюту у своїй бізнес-діяльності чи з дозволу суду або, якщо це є доречним та у рамках застосовного прецедентного права у справах про банкрутство, під час звичайної діяльності.

v. РЕЖИМ ДЕЯКИХ КОНТРАКТІВ, ДЕ ЗАЛУЧЕНІ ВІРТУАЛЬНІ ВАЛЮТИ

Залежно від характеру та типу контракту, де залучені віртуальні валюти, можуть застосовуватися різні положення Кодексу про банкрутство. Однією зі справ про банкрутство, що стосується контракту з віртуальною валютою, є справа «CLI Holdings,

1442 Див. § 361 підглави 4 глави 3 розділу 11 Кодексу США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/38eXT8k (англійська мова).

Inc»[1443], у якій боржник, афілійована компанія «CoinLab, Inc», що проводить господарську діяльність як «Alydian», була майнером біткоїнів, що використовували для такого майнингу ферми або суперкомп'ютери.

Боржник уклав декілька угод про обслуговування біткоїнів, згідно з якими «Alydian» погоджувалась докласти комерційно обґрунтованих зусиль для використання суперкомп'ютерів, щоб майнити певну кількість біткоїнів для клієнта в обмін на авансовий платіж. «Alydian» визначила, що вона не спроможна здійснити майнинг достатньої кількості біткоїнів для виконання всіх угод про надання послуг, оскільки витрати на розгортання суперкомп'ютерів перевищують вартість видобутих біткоїнів.

Тому вона намагалась відмовитись від виконання обтяжливих контрактів відповідно до секції 365 Кодексу про банкрутство[1444], який дозволяє боржнику відмовлятись від контрактів на стадії їх виконання (тобто контракти, виконання яких залишається в силі та обидві сторони контракту ще не повністю виконали свої зобов'язання). Проте, декілька замовників та контрагентів цих угод про обслуговування біткоїнів подали заперечення на клопотання боржника про відмову від виконання контракту на підставі, що контракт не підлягає виконанню, оскільки вони повністю виконали свою частину контракту та не мали інших зобов'язань. Суд відхилив клопотання боржника про відмову від виконання договорів з надання послуг, встановивши, що контракти не підлягають виконанню відповідно до аналогічних випадків, коли єдиним зобов'язанням, що залишилося за контрактом, є отримання узгодженого продукту.

Також є цікавим, що боржник у справі «CLI Holdings» надалі вирішив продати свою майнингову ферму на прискореній основі з допомогою продажу згідно з секцією 363 Кодексу про банкрутство у рамках провадження справи про банкрутство. Суд, що розглядає справи з питань банкрутства, також відхилив його клопотання про продаж відповідно до секції 363 Кодексу про банкрутство, висловивши кілька занепокоєнь щодо права власності на пристрої майнингової ферми, точності фінансових звітів боржника та відсутності прозорості, що, на думку суду, може спричинити до призначення арбітражного керуючого або закриття справи, надавши змогу сторонам продовжити судові розгляди, що тривали, але були призупиненими в судах штату Нью-Йорк та федеральних судах.

Це ще більше підкреслює необхідність точних графіків та фінансових звітів, а також прозорості у справах про банкрутство, де залучені віртуальні валюти.

1443 Справа № 13-19746 (Західний округ штату Вашингтон, 2013 рік).

1444 Див. § 365 підглави 4 глави 3 розділу 11 Кодексу США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3OAUXU8 (англійська мова).

vi. ПОТЕНЦІЙНІ КОНТРАКТИ «БЕЗПЕЧНОЇ ГАВАНІ» – ВАЛЮТИ, СИРОВИННІ ТОВАРИ ТА ЦІННІ ПАПЕРИ

Інші контракти, які можуть бути залученими у справи про банкрутство, що пов'язане з віртуальними валютами, можуть передбачати особливий захист певним контрагентам, залежно від того, як розглядається віртуальна валюта: валюта, цінний папір чи товар.

Як зазначалося раніше, різні федеральні органи регулювання, законодавці штатів та суди висловлювали суперечливі думки щодо того, чи є віртуальні валюти валютами, цінними паперами чи товарами. Це визначення може залежати від конкретних фактів та обставин, пов'язаних із віртуальною валютою та її використанням.

Операція з валютою може вважатися своп-угодою відповідно до Кодексу про банкрутство, з огляду на те, що визначення своп-угоди включає валютний своп, опціон, ф'ючерсну або форвардну угоду[1445].

Так само, якщо віртуальна валюта вважається цінним папером, то транзакція, що включає «купівлю, продаж або позику» такої віртуальної валюти, може відповідати визначенню контракту на цінні папери згідно з Кодексом про банкрутство[1446].

Якщо віртуальна валюта вважається товаром, то транзакція з купівлі або продажу віртуальної валюти може відповідати визначенню товарного контракту відповідно до Кодексу про банкрутство, якщо купівля або продаж призначені для майбутньої поставки на контрактному ринку чи торговій раді або відповідно до правил цього ринку чи цієї ради, або для клірингу, що буде здійснюватися кліринговою організацією[1447]. Крім того, якщо віртуальна валюта розглядається як товар, то транзакція може вважатися форвардним контрактом, якщо така транзакція стосується «купівлі, продажу або передачі товару»[1448] та має «термін погашення понад два дні після дати укладення контракту»[1449].

Якщо транзакція або угода, де залучена віртуальна валюта, задовольняє вимогам будь-якого з цих захищених фінансових контрактів (тобто своп-угоди, контракту з цінними паперами, товарного контракту або форвардного контракту), то тоді контрагенту-неборжнику будуть надані певні права (за умови, що контрагент-неборжник є суб'єктом, який має такі права згідно з Кодексом про банкрутство).

1445 Див. § 101(53B) глави 1 розділу 11 Кодексу США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LeDu1S (англійська мова).

1446 Див. § 741(7) підглави 3 глави 7 розділу 11 Кодексу США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3vb4hq7 (англійська мова).

1447 Див. § 761(4)(D) підглави 4 глави 7 розділу 11 Кодексу США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3vJmU3u (англійська мова).

1448 Див. § 1787(c)(8)(D)(iv)(I) підглави 2 глави 14 розділу 12 Кодексу США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3vGnJtZ (англійська мова).

1449 Ibid.

Ці права включають можливість розірвати, прискорити або ліквідувати контракти та звернути стягнення на предмет будь-якої застави, яка утримується контрагентом-неборжником, а також скористатися правами на неттінг чи взаємозалік, незважаючи на автоматичний мораторій, який зазвичай забороняє контрагентам-неборжникам проводити подібного роду правозастосовні дії.

Іншим слушним захистом, який може бути доступним, якщо контракти на віртуальні валюти будуть визнані такими, що відповідають одному з визначень фінансових контрактів «безпечної гавані». Цей захист полягає в тому, що Кодекс про банкрутство забороняє боржнику ухилятись від здійснення переказів чи передач, які в протилежномв разі вважались б преференцією або шахрайськими переказами чи передачами (крім фактичного шахрайства). Отже, контрагенти-неборжники, що підпадуть під таку кваліфікацію, будуть захищені від того, щоби віртуальні валюти чи платежі або інші перекази у зв'язку з такими фінансовими контрактами «безпечної гавані», які були укладені до початку справи про банкрутство, були б повернуті чи анульовані та мали б бути переданими майну боржника.

Варто надати уточнення, що на сьогодні день не було жодних рішень судів у справах про банкрутство, де застосовувались ці засоби захисту «безпечної гавані» та які були пов'язані з будь-якими віртуальними валютами, та, отже, режим або наявність цих засобів захисту залишаються незрозумілими. Крім того, хоча ці положення контракту «безпечної гавані» не були законодавчо закріплені з урахуванням віртуальних валют, визначення своп-угоди та форвардного контракту були розроблені, щоби включати контракти щодо свопів або сировинних товарів, які в майбутньому стануть предметом повторних операцій на ринках свопів чи інших деривативів або торгівлі форвардними контрактами.

vii. ДІЇ ЩОДО РОЗІРВАННЯ УГОД

Також є ще інша сфера, в якій віртуальні валюти та їхня вартість будуть відігравати велике значення у справі про банкрутство, – це спроможність боржника повернути віртуальну валюту або вартість віртуальної валюти завдяки переказу, якого можна уникнути (як преференції або шахрайські перекази).

Для цілей цього огляду зроблено припущення, що перекази віртуальних валют, які задовольняють вимогам оспорюваної переваги або шахрайського переказу, можуть бути скасовані боржником відповідно до секцій 547[1450] і 548[1451] Кодексу про банкрутство та що засоби захисту «безпечної гавані», які зазначені вище, не застосовуються.

1450 Див. § 547 підглави 3 глави 5 розділу 11 Кодексу США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3xYGpYu (англійська мова).

1451 Див. § 548 підглави 3 глави 5 розділу 11 Кодексу США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LilzX4 (англійська мова).

У такому випадку можуть виникнути труднощі під час проведення ідентифікації переказів віртуальних валют. Але, що ще є більш важливим, що ймовірно буде складніше ідентифікувати одержувачів таких переказів.

Однак, ми тут виділяємо питання про те, чи дозволить суд боржнику повернути віртуальну валюту або вартість віртуальної валюти відповідно до секції 550 Кодексу про банкрутство[1452]. Секція 550 дозволяє боржнику «стягнути на користь частини майна цього боржника передане майно або, за рішенням суду, вартість такого майна».

Питання з віртуальними валютами полягає в тому, чи будуть вони розглядатися у справі про банкрутство як валюта чи майно.

Якщо віртуальна валюта розглядається як валюта, то боржник може мати тільки можливість повернути вартість переданого майна та не може отримати вигоду від будь-якого підвищення курсу віртуальної валюти. Однак, суд може ухвалити рішення, що підвищення вартості віртуальної валюти має бути відшкодована частиною майна боржника. Отже, суд дозволяє відшкодування віртуальної валюти, у тому числі будь-яке підвищення її вартості.

Останній підхід відповідає меті секції 550: «повернути об'єкт майна туди, де він був би, якби не переказ чи передача»[1453]. Цей підхід також узгоджується з трактуванням віртуальних валют як об'єкта майна чи товару, а не як валюти, що, здається, більш відповідає поточним нормативним тенденціям у сфері обігу віртуальних валют.

Один із судів у справах з питань банкрутства зіткнувся з цим питанням, коли арбітражний керуючий намагався стягнути біткоїни за їхньою поточною вартістю, яка зросла з моменту переказу[1454]. Цей суд у справах з питань банкрутства у підсумку не вирішив, чи є біткоїни валютою чи товаром, але натомість встановив, що біткоїни не є доларами США, залишивши для подальшого розгляду питання про те, чи дозволить суд стягнути віртуальну валюту чи вартість віртуальної валюти[1455].

Враховуючи позицію Комісії з торгівлі товарними ф'ючерсами США щодо того, що віртуальна валюта є товаром, суди, можливо, дозволять стягувати віртуальні валюти, включаючи будь-яке підвищення їхньої вартості.

1452 Див. § 550 підглави 3 глави 5 розділу 11 Кодексу США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3vdnRIN (англійська мова).

1453 Див. публікацію «Collier on Bankruptcy».

1454 Див. Касолас проти Лоу (матеріали справи «Hashfast Techs LLC»), додатковий № 15-3011 (справи про банкрутство Північного округу штату Каліфорнія).

1455 Ibid.

viii. ВИЗНАННЯ ІНОЗЕМНИХ СУДОВИХ ПРОВАДЖЕНЬ

Оскільки багато бірж віртуальних валют та суб'єктів, які здійснюють бізнес з віртуальними валютами, можуть не знаходитись або не мати своє основне місце діяльності в межах юрисдикції США. Тому діяльність, пов'язана з банкрутством, може відбуватися за межами США. Однак, такі іноземні процедури банкрутства можуть скористатися допомогою судів США у справах з питань банкрутства через процедуру визнання відповідно до глави 15 Кодексу про банкрутство[1456].

Так було у випадку з процедурою банкрутства «MtGox Co Ltd», провадження щодо якого відбувалось у місті Токіо (Японія). Японія звернулась до США та одержала визнання японської процедури банкрутства як іноземного основного провадження на основі глави 15 Кодексу про банкрутство[1457]. Визнання токійської процедури банкрутства забезпечило вкрай необхідну допомогу в США, у тому числі були зупинені декілька судових позовів. Це надало змогу японському іноземному представнику отримати повний та безперешкодний доступ до американських судів.

Наказ про визнання безпосередньо надав іноземному представнику «право та повноваження допитувати свідків, отримувати свідчення або надавати інформацію щодо активів, справ, прав, зобов'язань чи відповідальності [боржника]», а також «доручив [іноземному представнику] адмініструвати та провести реалізацію всіх активів боржника в межах територіальної юрисдикції Сполучених Штатів»[1458].

Іншою такою справою була справа «Cryptopia Ltd» у місті Веллінгтон (Нова Зеландія), у рамках якої США звернулись до Нової Зеландії та одержали визнання процедури банкрутства в Новій Зеландії як іноземного основного провадження[1459]. Крім визнання згідно з главою 15 Кодексу про банкрутство, боржники в цій справі отримали тимчасовий судовий захист з метою запобігання знищенню даних, які зберігаються в США[1460].

Отже, визнання судами США з питань банкрутства іноземних процедур банкрутства з використанням віртуальних валют може допомогти іноземним боржникам ідентифікувати, зберегти та повернути своє майно на користь своїх кредиторів.

1456 Глава 15 розділу 11 Кодексу США [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3k9r1Aq (англійська мова).

1457 Див. матеріали справи № 14-31229, D.I. 151 (справи про банкрутство Північного округу штату Техас, 18.06.2014).

1458 Ibid.

1459 Див. матеріали справи № 19-11688, D.I. 19 «Cryptopia Ltd» (справи про банкрутство Південного округу штату Нью-Йорк, 24.06.2019).

1460 Див. матеріали справи № 19-11688, D.I. 11 «Cryptopia Ltd» (справи про банкрутство Південного округу штату Нью-Йорк, 24.05.2019).

XI. ПЛАНИ НА МАЙБУТНЄ

Нормативно-правове середовище США, що застосовується до віртуальних валют та інших цифрових активів, є складним. Законодавчі органи та органи регулювання на федеральному рівні та на рівні штату міркують над тим, як інтегрувати ці активи до чинних правових та нормативних режимів, а також чи розробляти нові закони, правила чи керівні настанови для вирішення унікальних аспектів цифрових активів (а також унікальних питань, які вони піднімають).

Більшість наглядових органів США власне і надалі ознайомлюються із технологію блокчейн та з ландшафтом цифрових активів, що еволюціонує. Це відображається у зростанні рівня досконалості серед цих органів. У деяких минулих випадках наглядові органи, зокрема Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США, намагалися захистити суспільство, не вживаючи агресивних заходів, які могли б задушити інновації в цій сфері. Також, є незрозумілим, чи продовжує сьогодні переважати підхід «по-перше, не нашкодь».

Незважаючи на те, що Комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США та Комісія з цінних паперів і фондових бірж США призначили співробітників для роботи зі спонсорами та емітентами цифрових активів, щоби зрозуміти їхні продукти та торговельні платформи, ці установи розпочали декілька правозастосовних заходів, щоб захистити суспільство від шахрайства та зловживання реєстрацією.

Хоча неможливо з певністю передбачити майбутні напрями регулювання віртуальних валют у США, проте схоже, що американські наглядові органи визнають, що віртуальні валюти не зникнуть. Новаторам у сфері віртуальних валют варто уважно переглянути цей огляд, активно співпрацювати з досвідченими юристами США та ретельно стежити за розвитком законодавства у цій сфері. Неспроможність повністю дотримуватись застосовних нормативних режимів США може наражати учасників ринку неприйнятному рівню правового, нормативного та репутаційного ризику.

УКРАЇНА

I. ОЗНАЙОМЛЕННЯ З НОРМАТИВНО-ПРАВОВОЮ БАЗОЮ

Впровадження регулювання ринку віртуальних активів на території України є вкрай актуальним питанням, враховуючи їх широке сприйняття серед населення. Відповідно до звітів платформи Chainalysis, Україна посідає високі місця у рейтингу як загального використання криптоактивів, так і їх використання в незаконних цілях. Зокрема, у своєму звіті 2021 року «Географія криптовалют»[1461], вони поставили Україну на 4 місце в світі за рівнем прийняття криптовалют, оскільки Україна була одним із лідерів за обсягами транзакцій на централізованих криптовалютних платформах. Разом з тим, такі показники можуть бути тісно пов'язані із використанням криптоактивів в незаконних цілях, адже згідно з даними того ж Chainalysis, Україна входила до топ-10 країн за обсягами криптовалют отриманих з адрес, які пов'язані з незаконною діяльністю[1462]. Зокрема, Україна входила до п'ятірки країн, адреси з яких отримували найбільше коштів з ринків даркнет та від діяльності програм-вимагачів.

Як бачимо, посилений моніторинг діяльності, пов'язаної з віртуальними активами є необхідним і впровадження нагляду за цим ринком може допомогти вирішити нагальні питання. На момент написання, Україна не має чинного спеціального законодавства щодо віртуальних активів, проте вже було прийнято Закон України про віртуальні активи (Закон про ВА)[1463], який набере чинності з дня набрання чинності законом України про внесення змін до Податкового кодексу України щодо особливостей оподаткування операцій із віртуальними активам[1464], який ще не

1461 Звіт 2021 року Географія криптовалют, аналіз географічних трендів у прийнятті та використанні криптовалюти, жовтень 2021 – https://bit.ly/3MxwT37

1462 Звіт 2021 року про крипто злочини. Все, що вам необхідно знати про програми-вимагачі, ринки даркнет та інше, лютий 2021 року – https://bit.ly/3MA0s47

1463 https://bit.ly/3sGI3uw

1464 https://bit.ly/39CREM7

було розглянуто та прийнято Верховною Радою України. Окрім зазначених вище законів в сфері регулювання віртуальних активів також необхідно враховувати окремі положення таких нормативно-правових актів:

a. Закон України про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення (Закон про ПВК)[1465];
b. Закон України про банки та банківську діяльність (Закон про банки)[1466];
c. Закон України про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг (Закон про ФП)[1467];
d. Закон України про валюту і валютні операції (Закон про валюту)[1468];
e. Закон України про ринки капіталу та організовані товарні ринки (Закон про ринки капіталу)[1469];
f. Цивільний Кодекс України (ЦКУ)[1470];
g. Закон України про фінансові послуги та фінансові компанії (Закон про ФП/ФК)[1471];
h. Положення Національного банку України про здійснення операцій із валютними цінностями (Положення НБУ)[1472].

i. ВІРТУАЛЬНІ ВАЛЮТИ

Відповідно до Закону про ВА, віртуальні активи можуть бути забезпеченими та незабезпеченими. В залежності від своїх характеристик віртуальна валюта може підпадати, як під один, так й інший тип віртуального активу. Втім, в цьому Законі також зазначається, що віртуальні активи не є засобом платежу на території України та не можуть бути предметом обміну на майно (товари), роботи (послуги). Тож єдиним законним платіжним засобом на території України залишається гривня.[1473] Не так давно в Україні відбулась передача нерухомості від одного власника іншому в обміну на криптовалюту Ethereum[1474], однак з моменту набуття чинності Закону про ВА подібні операції стануть неможливими й віртуальні валюти в Україні будуть відігравати суттєву роль лише у венчурному інвестуванні як звичайних фізичних осіб, так і, цілком доцільно припустити, юридичних осіб.

1465 https://bit.ly/3NpIGAB
1466 https://bit.ly/3LrUbGb
1467 https://bit.ly/39YRor1
1468 https://bit.ly/3wAan2N
1469 https://bit.ly/3yOM04e
1470 https://bit.ly/3MKL6Kp
1471 https://bit.ly/38ECpIJ
1472 https://bit.ly/3MtCXcN
1473 Пункт 3 статті 3 Закону України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні», – https://bit.ly/3GbsWPr
1474 Карпенко О. «Квартира за криптовалюту: первая сделка в Украине», див.: https://bit.ly/3wG8pPJ

II. ЗАКОНОДАВСТВО ПРО ЦІННІ ПАПЕРИ ТА ІНВЕСТИЦІЇ

i. РЕГУЛЯТОРИ РИНКУ ВА

До моменту набрання чинності Законом про ВА, віртуальні активи в цілому, та криптовалюти зокрема, не підпадають під жоден режим регулювання, в тому числі, вони не можуть вважатися цінними паперами. У криптовалюти відсутні ознаки документа та емітента, а саме: не має установленої форми документа з відповідними реквізитами, що посвідчує грошове або інше майнове право, не має визначення взаємовідносин емітента цінного папера (особи, яка видала цінний папір) і особи, яка має права на цінний папір, та не передбачає виконання зобов'язань за таким цінним папером, а також можливості передачі прав на цінний папір та прав за цінним папером іншим особам.[1475]

З прийняттям Закону про ВА, який встановлює основні правила ринку, регулювання віртуальних активів починає набувати все більш чітких контурів. Закон поділяє ВА на незабезпечені (до таких відносяться криптовалюти) та забезпечені. До другої групи відносять у тому числі емітовані резидентами України фінансові ВА, забезпечені валютними цінностями, та фінансові ВА, забезпечені цінним папером або деривативним фінансовим інструментом. Під забезпеченням віртуального активу розуміється посвідчення ним майнових прав, зокрема прав вимоги на інші об'єкти цивільних прав. Забезпечення віртуальних активів не є забезпеченням виконання зобов'язання. Під посвідченням майнових прав розуміється підтвердження права власника забезпеченого віртуального активу вимагати об'єкт забезпечення. Об'єктом забезпечення віртуального активу є інший об'єкт цивільних прав, права вимоги на який посвідчує такий віртуальний актив. Об'єкт забезпечення віртуального активу визначається правочином, згідно з яким такий віртуальний актив створено. Майнові права, зокрема права вимоги, на об'єкт забезпечення віртуального активу передаються набувачу такого віртуального активу.

Законом про ВА визначено, що державне регулювання у сфері обороту віртуальних активів здійснюють Національний банк України (НБУ) та Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку (НКЦПФР). Їх повноваження розділені за видом віртуальних активів і якщо НБУ визначає порядок обороту на території України тих ВА, які забезпечені валютними цінностями, то НКЦПФР є основним регулятором, який визначає порядок обігу усіх інших видів ВА, видає ліцензії/дозволи, є суб'єктом державного фінансового моніторингу для постачальників послуг, пов'язаних з обігом віртуальних активів, тощо.

1475 НКЦПФР, «Спільна заява фінансових регуляторів щодо статусу криптовалют в Україні», див.: https://bit.ly/3PGOSWV

Зокрема, Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку відповідно до покладених на неї завдань:

a. визначає перелік цінних паперів та деривативних фінансових інструментів, на які може здійснюватися обмін ЗВА(ФІ), та порядок такого обміну:
b. визначає перелік цінних паперів та деривативних фінансових інструментів, які можуть бути забезпеченням ЗВА(ФІ):
c. погоджує для постачальників послуг, пов'язаних з оборотом віртуальних активів, правила обміну ЗВА(ФІ).

Проте, через те, що Закон про ВА ще не набрав чинності, НКЦПФР, на момент написання, ще не визначила зазначені вище переліки і ця робота ще буде проведена у майбутньому. Водночас, вже зрозуміло, що для отримання дозволу на здійснення діяльності з ВА, постачальники послуг будуть зобов'язані сформувати статутний капітал, запровадити KYC/AML-політики та виконати інші вимоги регулятора (*більш детально, див. розділ V*), а строк дії дозволу буде дорівнювати одному року.

ii. ПУБЛІЧНЕ РОЗМІЩЕННЯ МОНЕТ (ICO)

Основні аспекти здійснення публічної пропозиції віртуального активу визначені у Законі про ВА і відповідальність за встановлення вимог до проведення публічної пропозиції покладені на НКЦПФР. Поміж іншого, НКЦПФР відповідно до покладених на неї завдань:

a. встановлює вимоги до емітентів віртуальних активів;
b. встановлює вимоги до порядку реєстрації віртуальних активів;
c. встановлює вимоги до проспектів емісії віртуальних активів;
d. встановлює вимоги до порядку здійснення публічної пропозиції віртуальних активів;
e. встановлює вимоги щодо розкриття інформації емітентами віртуальних активів;

Здійснювати ICO може суб'єкт господарювання, який отримав дозвіл від НКЦПФР на надання посередницьких послуг, пов'язаних із віртуальними активами. В разі здійснення публічної пропозиції віртуальних активів суб'єкт господарювання, який здійснює таку пропозицію, зобов'язаний підготувати та опублікувати публічну інформацію, яка має включати:

a. найменування особи, яка здійснює публічну пропозицію;
b. адресу вебсайту особи, яка здійснює публічну пропозицію;
c. загальну інформацію про віртуальні активи, що пропонуються до продажу, та опис прав, які посвідчують ці віртуальні активи (за наявності);

d. умови придбання віртуальних активів;
e. умови відчуження віртуальних активів;
f. умови вилучення віртуальних активів з обороту, якщо таке вилучення з обороту є можливим;
g. інформацію про можливі ризики, пов'язані з придбанням віртуальних активів.

Така інформація повинна бути опублікована на вебсайті особи, яка здійснює ICO, і бути загальнодоступною, незмінною та зрозумілою. Інформація має бути опублікована державною мовою і додатково може бути викладена іншими мовами за вибором особи, що здійснює ICO. В тому випадку, якщо особа не виконає зазначені вище вимоги, НКЦПФР може застосувати санкції у вигляді штрафу в розмірі від однієї тисячі до п'яти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян[1476], а в разі повторного порушення протягом року, – штраф у розмірі від двох тисяч до шести тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

III. БАНКІВСЬКІ ТА ГРОШОВІ ПЕРЕКАЗИ

Як вже було зазначено, віртуальні активи не будуть визнаватися платіжним засобом, а отже можливість придбання товарів/послуг за ВА буде відсутня. За таких обставин, переказом ВА буде вважатися переміщення віртуального активу з гаманця віртуальних активів однієї особи на гаманець віртуальних активів третьої особи. Разом з тим, переказ ВА, які забезпечені валютними цінностями (далі – ЗВА(ВЦ)), відповідно до Закону про валюту і валютні операції, може вважатися валютною операцією, оскільки *«валютна операція – це операція, що має хоча б одну з таких ознак: а) операція, пов'язана з переходом права власності на валютні цінності та (або) права вимоги і пов'язаних з цим зобов'язань, предметом яких є валютні цінності, між резидентами, нерезидентами, а також резидентами і нерезидентами, крім операцій, що здійснюються між резидентами, якщо такими валютними цінностями є національна валюта;…».*

Таким чином, переказ ВА підпадає під норми Закону України про валюту в частинах, що регулюють здійснення валютних операцій. Зокрема, банки та небанківські фінансові установи (НБФУ) можуть здійснювати операції виключно за наявності банківської ліцензії або ліцензії НБУ на здійснення валютних операцій відповідно. У своїй ліцензії для НБФУ Національний банк зазначає, які саме валютні операції дозволяється проводити.

1476 Неоподатковуваний мінімум доходів громадян становить 17 грн. відповідно до п.5 підрозділу 1 Розділу XX ПКУ.

Поміж іншого, Національний банк України у сфері обороту віртуальних активів:

a. визначає перелік валютних цінностей (крім національної валюти (гривні), на які може здійснюватися обмін віртуальних активів, та порядок такого обміну;
b. визначає перелік валютних цінностей, які можуть бути забезпеченням ЗВА(ВЦ);
c. погоджує для постачальників послуг, пов'язаних з оборотом віртуальних активів, правила обміну ЗВА(ВЦ) та правила обміну валютних цінностей (крім національної валюти (гривні) на віртуальні активи);
d. встановлює обмеження щодо обміну віртуальних активів на валютні цінності відповідно до запроваджених НБУ заходів захисту відповідно до Закону про валюту.

В разі запровадження Національним банком України, за наявності ознак нестійкого фінансового стану банківської системи, погіршення стану платіжного балансу України, виникнення обставин, що загрожують стабільності банківської та (або) фінансової системи держави, заходів захисту, відповідно до Закону про валюту, норми Закону про ВА мають застосовуються до операцій із обміну віртуальних активів не суперечачи цим заходам захисту:

a. обов'язковий продаж частини надходжень в іноземній валюті у межах, передбачених нормативно-правовими актами Національного банку України;
b. встановлення граничних строків розрахунків за операціями з експорту та імпорту товарів;
c. встановлення особливостей здійснення операцій, пов'язаних із рухом капіталу;
d. запровадження дозволів та (або) лімітів на проведення окремих валютних операцій;
e. резервування коштів за валютними операціями;

Разом з тим, на сьогоднішній момент, аналогічно до інших видів ВА, порядок з обігу ЗВА(ВЦ) не визначено Національним банком України й варто в майбутньому очікувати окремих нормативно-правових актів, або зміни існуючих.

і. НАГЛЯД

Нагляд за діяльністю постачальників послуг, пов'язаних з оборотом ЗВА(ВЦ), які є банками, філіями іноземних банків, здійснюється у порядку, визначеному Законом про банки. Такий нагляд може здійснюватися у вигляді адміністративного (реєстрація/ліцензування, встановлення вимог та обмежень щодо діяльності, застосування санкцій, тощо) чи індикативного (встановлення економічних нормати-

вів, визначення норм обов'язкових резервів, встановлення вимог до визначення розміру ризиків, тощо) регулювання.

Метою банківського нагляду є стабільність банківської системи та захист інтересів вкладників і кредиторів банку щодо безпеки зберігання коштів клієнтів на банківських рахунках.

Наглядова діяльність Національного банку України охоплює всі банки, їх відокремлені підрозділи, афілійованих та споріднених осіб банків, ключових учасників у структурі власності банків, банківські групи, учасників банківських груп на території України та за кордоном, установи іноземних банків в Україні, а також інших юридичних та фізичних осіб у частині дотримання вимог цього Закону

Нагляд за діяльністю постачальників послуг, пов'язаних з оборотом ЗВА(ВЦ), які є небанківськими фінансовими установами, здійснюється у порядку, визначеному Законом України про ФП.

Національний банк України в межах своїх повноважень здійснює нагляд за діяльністю на ринках небанківських фінансових послуг у формі безвиїзного нагляду та інспекційних перевірок відповідно до цього Закону та нормативно-правових актів. Основними напрямами нагляду є регулярне проведення оцінки загального фінансового стану небанківської фінансової установи, результатів її діяльності та якості корпоративного управління, системи внутрішнього аудиту (контролю) та управління ризиками, дотримання обов'язкових нормативів та інших показників і вимог, що обмежують ризики за операціями з фінансовими активами.

Національний банк України в разі порушення постачальниками послуг, пов'язаних з оборотом ЗВА(ВЦ), які є банками, філіями іноземних банків або НБФУ, вимог законодавства у сфері обороту віртуальних активів адекватно до вчиненого порушення має право застосувати до них заходи впливу у порядку та строки, визначені відповідним законодавством.

Додатково, НБУ надає НКЦПФР відомості про:

a. НБФУ, які мають намір надавати послуги, пов'язані з оборотом ЗВА(ВЦ) та отримали ліцензію НБУ на здійснення валютних операцій;
b. постачальників послуг, пов'язаних з оборотом віртуальних активів, які є НБФУ, про прийняте рішення НБУ про відкликання (анулювання) ліцензії на провадження діяльності з надання фінансових послуг, на здійснення валютних операцій;
c. постачальників послуг, пов'язаних з оборотом віртуальних активів, які є банками, про прийняте рішення Національного банку України про віднесення банку до категорії неплатоспроможного або про відкликання банківської ліцензії та ліквідацію банку.

IV. ПРОТИДІЯ ВІДМИВАННЮ КОШТІВ

Новий Закон про ПВК набув чинності у 2020 році і включав у себе основні положення, що прописані у Директивs Європейського Союзу 2018/843, в тому числі й визначення віртуального активу та перелік тих, кого вважати постачальниками послуг, пов'язаних з обігом віртуальних активів (VASP). Так, на сьогоднішній момент Законом про ПВК визначено, що VASP є будь-яка фізична чи юридична особа, яка здійснює одну або декілька видів діяльності:

a. обмін віртуальних активів;
b. переказ віртуальних активів;
c. зберігання та/або адміністрування віртуальних активів або інструментів, що дають змогу контролювати віртуальні активи;
d. участь і надання фінансових послуг, пов'язаних із пропозицією емітента та/або продажем віртуальних активів;

Разом з тим, від моменту набрання чинності Законом про ВА, VASP буде виключно юридичною особою. Також із переліку видів діяльності прибрали пункт «d» та замінили його на «надання посередницьких послуг, пов'язаних з віртуальними активами». Відповідно до Закону про ВА, посередницькими послугами, пов'язаними з віртуальними активами, є вчинення правочинів щодо віртуальних активів (у тому числі щодо здійснення публічної пропозиції віртуальних активів) в інтересах третіх осіб. Надавач посередницьких послуг, пов'язаних з віртуальними активами, має право вчиняти правочини з віртуальними активами (у тому числі щодо здійснення публічної пропозиції віртуальних активів) в інтересах третіх осіб, від свого імені та від імені третіх осіб за дорученням інших осіб та за їхній рахунок. Таким чином, майнери не будуть охоплені новим законодавством, а емітенти віртуальних активів частково не будуть охоплені, оскільки публічну пропозицію віртуальних активів може здійснювати особа відмінна від емітенту.

VASP у розумінні Закону про ПВК є суб'єктами первинного фінансового моніторингу, які повинні у своїй діяльності застосовувати ризик-орієнтований підхід, враховуючи відповідні критерії ризику, зокрема, пов'язані з його клієнтами, географічним розташуванням держави реєстрації клієнта або установи, через яку він здійснює передачу (отримання) активів, видом товарів та послуг, що клієнт отримує від суб'єкта первинного фінансового моніторингу, способом надання (отримання) послуг. Також VASP, як й інші суб'єкти зобов'язані здійснювати оцінку ризиків, у тому числі притаманних їхній діяльності, документувати результати, підтримувати їх в актуальному стані, бути здатними продемонструвати своє розуміння ризиків.

Суб'єкти первинного фінансового моніторингу, відповідно до Закону про ПВК мають ряд зобов'язань, серед яких:

a. забезпечувати відповідно до вимог, встановлених відповідним суб'єктом державного фінансового моніторингу, належну організацію та проведення первинного фінансового моніторингу;
b. забезпечувати функціонування належної системи управління ризиками, застосування у своїй діяльності ризик-орієнтовного підходу та вжиття належних заходів з метою мінімізації ризиків;
c. здійснювати належну перевірку нових клієнтів, а також існуючих клієнтів;
d. повідомляти Держфінмоніторинг про порогові та підозрілі фінансові операції, про розбіжності між відомостями про кінцевих бенефіціарних власників клієнта, які містяться в Єдиному державному реєстрі та інформацією про кінцевих бенефіціарних власників, отриманою суб'єктом в результаті здійснення належної перевірки клієнта;
e. не допускати до керівництва, членства у своїх органах управління (наглядових та виконавчих) або контролю осіб, які мають не погашену або не зняту в установленому законом порядку судимість за корисливі кримінальні правопорушення або тероризм, а також їх співучасників у таких кримінальних правопорушеннях.

i. CDD

Проведення належної перевірки клієнта (CDD) повинна здійснюватися з боку VASP при встановленні ділових відносин із клієнтом; наявності підозри; проведенні фінансової операції з віртуальними активами на суму, що дорівнює чи перевищує 30 тисяч гривень; виникненні сумнівів у достовірності чи повноті раніше отриманих ідентифікаційних даних клієнта. Залежно від рівня ризику проведення фінансової операції CDD здійснюється також в разі проведення клієнтом кількох фінансових операцій, що можуть бути пов'язані між собою, на загальну суму, що дорівнює або перевищує 400 тисяч гривень.

Ідентифікація та верифікація клієнта повинна здійснюватися до встановлення з ним ділових відносин. Під час ідентифікації клієнта, суб'єкт первинного фінансового моніторингу має затребувати наступні дані:

Для фізичної особи: прізвище, ім'я та (за наявності) по батькові, дату народження, номер (та за наявності – серію) паспорта (або іншого документа, що посвідчує особу та відповідно до законодавства України може бути використаний на території України для укладення правочинів), дату видачі та орган, що його видав, громадянство (для нерезидентів), відомості про місце проживання або місце перебування, реєстраційний номер облікової картки платника податків (для резидентів).

Для юридичної особи: повне найменування, місцезнаходження; дату та номер запису в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань про проведення державної реєстрації (для резидентів), відомості про виконавчий орган (органи управління); ідентифікаційні дані осіб, які мають право розпоряджатися рахунками та/або майном; ідентифікаційний код згідно з Єдиним державним реєстром підприємств та організацій України (для резидентів); реквізити банку, в якому відкрито рахунок, і номер поточного рахунка. У випадку, коли юридична особа є нерезидентом, під час верифікації надається також копія легалізованого витягу з торгового, банківського чи судового реєстру або нотаріально засвідчене реєстраційне посвідчення уповноваженого органу іноземної держави про реєстрацію відповідної юридичної особи.

З метою встановлення кінцевого бенефіціарного власника клієнта, він має також надати інформацію щодо своєї структури власності. VASP повинен вжити належних заходів для перевірки достовірності інформації щодо кінцевого бенефіціарного власника та пересвідчитися, що він знає, хто є кінцевим бенефіціарним власником. При цьому, він не повинен покладатися виключно на Єдиний державний реєстр юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань.

В тому випадку, якщо при оцінці клієнта для нього буде встановлено високий ризик встановлення ділових відносин, по відношенню до таких клієнтів має здійснюватися посилена належна перевірка. Додатково, наглядовий орган має право окремо визначити обставини, за яких має відбуватися посилена CDD. Відповідно до Закону про ПВК, посилена CDD має також проводитись у тому випадку, якщо фінансова операція, яку проводить підзвітний суб'єкт, має хоча б одну з наступних ознак:

a. є складною фінансовою операцією;
b. здійснюється на незвично велику суму;
c. проводиться у незвичний спосіб;
d. її проведення не має під собою очевидної економічної чи законної мети.

Разом з тим, якщо для клієнта встановлено низький рівень ризику ділових відносин, підзвітний суб'єкт має право провести спрощену належну перевірку, першочергово пересвідчившись у тому, що ризик дійсно є низьким. В разі здійснення спрощеної CDD підзвітний суб'єкт зобов'язаний проводити моніторинг ділових відносин та фінансових операцій клієнта, що здійснюються у процесі таких відносин, щоб мати можливість виявляти фінансові операції, які не відповідають фінансовому стану та/або змісту діяльності клієнта. Критерії ризику, які мають враховуватися, та дії, що повинні проводитися при спрощеній CDD, визначають відповідні наглядові органи.

ii. ІНФОРМАЦІЯ, ЩО СУПРОВОДЖУЄ ПЕРЕКАЗ ВА

Що стосується переказу віртуальних активів, в українському законодавстві немає особливої різниці між переказом коштів та переказом віртуальних активів й вимоги щодо інформації, яка має супроводжувати подібні платежі є ідентичною. Так, у випадку, якщо здійснюється окрема транзакція в межах України на суму, що не перевищує 30 тисяч гривень, такий переказ повинен супроводжуватись як мінімум номером рахунка/електронного гаманця або унікальним номером електронного платіжного засобу платника (ініціатора переказу)/наперед оплаченої картки багатоцільового використання та номером рахунка або унікальним номером електронного платіжного засобу отримувача/наперед оплаченої картки багатоцільового використання, а в разі відсутності рахунка/електронного гаманця – унікальним обліковим номером фінансової операції.

При цьому, підзвітний суб'єкт повинен бути готовим надати на запит посередника наступну інформацію про платника та отримувача:

a. якщо це фізична особа або ФОП – прізвище, ім'я та (за наявності) по батькові або номер її рахунка/електронного гаманця, або унікальний номер електронного платіжного засобу/наперед оплаченої картки багатоцільового використання, а в разі відсутності рахунка/електронного гаманця – унікальний обліковий номер фінансової операції;
b. якщо це юридична особа – повне найменування, номер рахунка/електронного гаманця, або унікальний номер електронного платіжного засобу/наперед оплаченої картки багатоцільового використання, а в разі відсутності рахунка/електронного гаманця – унікальний обліковий номер фінансової операції;
c. якщо це траст або інше подібне правове утворення – повне найменування, номер рахунка/електронного гаманця, а в разі відсутності рахунка/електронного гаманця – унікальний обліковий номер фінансової операції

В тому випадку, якщо подібна окрема транзакція здійснюється за межі України, вона має супроводжуватись наступною інформацією про ініціатора переказу та отримувача:

a. фізичну особу (фізичну особу – підприємця) – прізвище, ім'я та (за наявності) по батькові; номер її рахунка, а в разі відсутності рахунка – унікальний обліковий номер фінансової операції;
b. юридичну особу – повне найменування, номер рахунка, а в разі відсутності рахунка – унікальний обліковий номер фінансової операції;
c. траст або інше подібне правове утворення – повне найменування, номер рахунка, а в разі відсутності рахунка – унікальний обліковий номер фінансової операції;

В тому випадку, якщо посередник з переказу коштів або підзвітний суб'єкт, що отримує переказ, під час отримання переказу виявив факт відсутності даних про платника (ініціатора переказу) та/або отримувача, передбачених Законом, або такі дані заповненні з використанням символів, що не допускаються правилами відповідної платіжної системи, посередник з переказу коштів або суб'єкт повинен прийняти рішення на основі ризик-орієнтованого підходу щодо відхилення такого переказу або подання запиту на отримання необхідної інформації до чи після здійснення переказу коштів.

iii. ШТРАФНІ САНКЦІЇ ЗА ПОРУШЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА У СФЕРІ ПВК/ФТ

В разі невиконання (неналежного виконання) суб'єктом первинного фінансового моніторингу (його уповноваженою (посадовою) особою) вимог законодавства у сфері запобігання та протидії до нього адекватно вчиненому порушенню протягом шести місяців з дня виявлення порушення, але не пізніше ніж через три роки з дня його вчинення застосовуються такі заходи впливу:

a. письмове застереження;
b. анулювання ліцензії та/або інших документів, що надають право на здійснення діяльності, з провадженням якої в особи виникає статус суб'єкта первинного фінансового моніторингу, у встановленому законодавством порядку;
c. покладення на суб'єкта первинного фінансового моніторингу обов'язку відсторонення від роботи посадової особи такого суб'єкта первинного фінансового моніторингу;
d. штраф;
e. укладення письмової угоди із суб'єктом первинного фінансового моніторингу, за якою суб'єкт первинного фінансового моніторингу зобов'язується сплатити визначене грошове зобов'язання та вжити заходів для усунення та/або недопущення в подальшій діяльності порушень вимог законодавства у сфері запобігання та протидії, забезпечити підвищення ефективності функціонування та/або адекватності системи управління ризиками тощо (далі – угода про врегулювання наслідків вчинення порушення законодавства у сфері запобігання та протидії).

За одне порушення не може бути застосовано більше одного заходу впливу.

Більш того, якщо юридичні особи або банки здійснювали фінансові операції з легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансували тероризм чи розповсюдження зброї масового знищення, можуть бути ліквідовані за рішенням суду або НБУ відповідно.

Щодо штрафних санкцій, то вони визначені пунктами 5-6 статті 32 Закону про ПВК. До підзвітного суб'єкта можуть бути застосовані штрафи у таких розмірах:

a. за порушення вимог щодо здійснення CDD, вимог щодо виявлення належності клієнтів та інших осіб до політично значущих осіб, членів їх сімей, осіб, пов'язаних з ними, у випадках, передбачених законодавством, – до 12 тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (на момент написання, неоподатковуваний мінімум доходів громадян становив 17 гривень[1477]);
b. за порушення вимог щодо відмови від встановлення (підтримання) ділових відносин, проведення фінансової операції – у розмірі до 20 тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян;
c. за порушення вимог щодо інформації, яка має супроводжувати операцію, – у розмірі до 10 тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян;
d. за порушення порядку замороження/розмороження активів, що пов'язані з тероризмом та його фінансуванням, розповсюдженням зброї масового знищення та його фінансуванням, та зупинення фінансових операцій – у розмірі до 100 тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян;
e. за порушення порядку створення (ведення) та зберігання документів, у тому числі електронних, записів, даних, інформації у випадках, передбачених Законом, у тому числі в разі їх втрати або знищення, – у розмірі до 12 тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян;
f. за неподання, несвоєчасне подання, порушення порядку подання або подання Держфінмоніторингу недостовірної інформації, – у розмірі до 20 тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян;
g. за перешкоджання суб'єкту державного фінансового моніторингу у здійсненні ним нагляду у сфері запобігання та протидії, у тому числі за недопуск до проведення перевірки з питань дотримання вимог законодавства у сфері запобігання та протидії, створення перешкод у її проведенні та/або неподання, подання не в повному обсязі, подання недостовірної інформації/документів, подання копій документів, у яких неможливо прочитати всі зазначені в них відомості, на запит суб'єкта державного фінансового моніторингу, необхідних для здійснення ним нагляду у сфері запобігання та протидії відповідно до цього Закону, – у розмірі до 20 тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян;
h. за невиконання умов угоди про врегулювання наслідків вчинення порушення законодавства у сфері запобігання та протидії – у розмірі, що не перевищує суму грошового зобов'язання за такою угодою;

1477 Пункт , підрозділ 1, Розділ XX Податкового Кодексу України, див.: https://bit.ly/3GW8ylO

i. за невиконання вимог про усунення виявлених порушень та/або про вжиття заходів для усунення причин, що сприяли їх вчиненню, а також невжиття заходів з усунення виявлених за результатами перевірки недоліків щодо організації та проведення первинного фінансового моніторингу – у розмірі до 100 тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян;

j. за невиявлення, несвоєчасне виявлення фінансових операцій, що підлягають фінансовому моніторингу, та порушення порядку їх реєстрації – у розмірі до 20 тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян;

k. за порушення обмежень щодо обміну інформацією, визначених законодавством у сфері запобігання та протидії, – у розмірі до 12 тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян;

l. за незабезпечення захисту працівників, які повідомили керівника та/або відповідального працівника підзвітного суб'єкта чи суб'єкта державного фінансового моніторингу про порушення вимог законодавства у сфері запобігання та протидії, – у розмірі до 12 тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян;

m. за незабезпечення належної організації та проведення первинного фінансового моніторингу, відсутність належної системи управління ризиками, повторне невиконання вимог суб'єктів державного фінансового моніторингу про усунення виявлених порушень та/або про вжиття заходів для усунення причин, що сприяли їх вчиненню, – у розмірі до 10 відсотків загального річного обороту, але не більше 7950 тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян;

n. за порушення інших вимог законодавства у сфері запобігання та протидії – у розмірі до 3 тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

В разі вчинення двох чи більше правопорушень, сума штрафу розраховується шляхом додавання розмірів штрафу за кожне правопорушення, при цьому сума штрафу не може перевищувати двократного обсягу вигоди, одержаної підзвітним суб'єктом внаслідок вчинення порушення, а якщо сума такої вигоди не може бути визначена, – 1590 тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Також, за здійснення відмивання коштів, одержаних злочинним шляхом, наступає кримінальна відповідальність згідно з Кримінальним кодексом України[1478] і особо причетна до легалізації коштів може бути позбавлена волі на строк від 3 до 12 років, в залежності від обставин правопорушення.

1478 https://bit.ly/3MkiYwj

V. РЕГУЛЮВАННЯ БІРЖ

Перелік суб'єктів, які можуть вважатися постачальниками послуг, які пов'язані з обігом віртуальних активів, перелічені у Розділі IV вище. Біржі віртуальних активів підпадають під визначення і часто намагаються надати широкий спектр послуг, тож дуже часто охоплюють більше двох. Найбільш розповсюдженими є обмін та переказ віртуальних активів, а також вони здійснюють зберігання ВА своїх користувачів на гаманцях, які прив'язані до особистого аккаунту особи.

Для того, аби здійснювати свою діяльність біржа повинна отримати дозвіл на надання послуг, пов'язаних з оборотом віртуальних активів відповідного виду. З огляду на те, що біржа надає декілька видів послуг, вона має отримати дозвіл на надання кожного відповідного виду послуг, пов'язаних з оборотом віртуальних активів, згідно з Законом про ВА. Дозвіл на надання послуг, пов'язаних з оборотом віртуальних активів, видається Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку.

Суб'єкт, який планує надавати послуги, пов'язані з обігом віртуальних активів, повинен відповідати таким вимогам:

a. засновники, власники істотної участі, кінцеві бенефіціарні власники та керівники повинні мати бездоганну ділову репутацію відповідно до Закону про ПВК;
b. заявник зобов'язаний розкрити інформацію про свою структуру власності, яка дає змогу встановити кінцевих бенефіціарних власників заявника або їх відсутність, у порядку та за формою, встановленими Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку;
c. статутний капітал заявника не може бути сформовано за рахунок коштів, джерело яких неможливо підтвердити на підставі офіційних документів або їх копій, засвідчених у встановленому порядку.

Відповідно до Закону про ПВК, бездоганна ділова репутація це «сукупність підтвердженої інформації про фізичну особу, що дає можливість зробити висновок про відсутність встановлених протягом останніх трьох років (якщо інший строк не встановлено спеціальним законом, що регулює діяльність суб'єкта первинного фінансового моніторингу) компетентними органами або судом порушень вимог законодавства про запобігання та протидію, законодавства про фінансові послуги та законодавства про запобігання корупції, а також про відсутність судимості за злочини проти громадської безпеки, злочини проти власності, злочини у сфері господарської діяльності, злочини у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку та злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, яка не знята або не погашена в установленому законом порядку».

Суб'єкт який планує провадити діяльність постачальника послуг, пов'язаних з обігом віртуальних активів подає до НКЦПФР заяву про видачу дозволу на надання послуг, пов'язаних з оборотом віртуальних активів, яка повинна містити інформацію про:

a. повне найменування юридичної особи, код юридичної особи у Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань, місцезнаходження, поштова адреса, номери засобів зв'язку, адреса електронноії пошти, що є офіціийним каналом зв'язку;
b. види діяльності постачальника послуг, пов'язаних з оборотом віртуальних активів, які має намір здійснювати заявник.

До заяви про видачу дозволу на надання послуг, пов'язаних з оборотом віртуальних активів, додаються:

a. код доступу до результатів надання адміністративних послуг у сфері державної реєстрації, що надає доступ до копії статуту або іншого установчого документа заявника в електронній формі у Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань;
b. опис структури власності;
c. документи, що підтверджують джерела походження коштів, використаних для формування статутного капіталу, та фактичне внесення коштів для його формування;
d. відомості, що містять інформацію про:
   - ділову репутацію кінцевих бенефіціарних власників;
   - власників істотної участі заявника (ідентифікаційні дані таких осіб, про їхню ділову репутацію, відсоток статутного капіталу чи права голосу, яким володіє кожен такий учасник (акціонер) у заявнику);
   - ідентифікаційні дані, ділову репутацію та професійний досвід керівників заявника, ділову репутацію заявника;
   - ідентифікаційні дані, професійний досвід та бездоганну ділову репутацію засновників заявника, голови та членів колегіального виконавчого органу (особи, яка здійснює повноваження одноосібного виконавчого органу), голови та членів наглядової ради (за наявності) такої юридичної особи;
e. внутрішні документи заявника, що регламентують правила обробки персональних даних з урахуванням вимог Закону України «Про захист персональних даних»;

f. внутрішні документи заявника, що регламентують провадження відповідного виду діяльності постачальника послуг, пов'язаних з оборотом віртуальних активів;

g. копія платіжного документа, що підтверджує внесення плати за видачу дозволу на надання послуг, пов'язаних з оборотом віртуальних активів.

В тому випадку, якщо біржа пропонуватиме послуг, пов'язані також з ЗВА (ВЦ), то вона, окрім дозволу на надання послуг від НКЦПФР, повинна також отримати ліцензію НБУ на здійснення валютних операцій.

Також в законодавстві вже прописані умови, за яких дозвіл на надання послуг може бути анульовано. Окрім заяви самого постачальника послуг щодо припинення діяльності, до таких підстав відносяться:

a. вчинення постачальником послуг, пов'язаних з оборотом віртуальних активів, більше ніж двох правопорушень протягом календарного року;

b. наявність судимості у керівника або засновника, або кінцевого бенефіціарного власника юридичної особи, яка надає послуги, пов'язані з оборотом віртуальних активів;

c. встановлення невідповідності постачальника послуг, пов'язаних з оборотом віртуальних активів, вимогам цього Закону за результатами розгляду документів, поданих відповідно до частини п'ятнадцятої цієї статті;

d. щодо постачальника послуг, пов'язаних з оборотом віртуальних активів, який є банком, – рішення Національного банку України про віднесення банку до категорії неплатоспроможного або про відкликання банківської ліцензії та ліквідацію банку;

e. щодо постачальника послуг, пов'язаних з оборотом віртуальних активів, який є небанківською фінансовою установою, – рішення Національного банку України про відкликання (анулювання) ліцензії на провадження діяльності з надання фінансових послуг, на здійснення валютних операцій.

VI. РЕГУЛЮВАННЯ МАЙНЕРІВ

Майнери не охоплені Законом про ВА, разом з тим, заборона їхньої діяльності не передбачена жодним нормативно-правовим актом, а отже діяльність з майнингу не регулюється.

VII. КРИМІНАЛЬНЕ ТА ЦИВІЛЬНЕ ШАХРАЙСТВО І ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

Діяльність, пов'язана з операціями купівлі, продажу, обміну та конвертації у криптовалюти, несе велику кількість ризиків. Фізичні та юридичні особи повинні їх усвідомлювати, перш ніж здійснювати такі операції. До основних ризиків належать:

a. можливість втрати коштів через крадіжку, наприклад у результаті кібератак на платформи обміну криптовалюти, або інфраструктуру користування;

b. відсутність гарантій щодо повернення інвестованих коштів у криптовалюти. Заощадження, що утримуються в криптовалюті, не гарантуються Фондом гарантування вкладів фізичних осіб, оскільки такі заощадження не вважаються банківськими депозитами;

c. можливість шахрайства. Заощадження у криптовалютах можуть бути використані для побудови фінансових пірамід, які, у зв'язку з описаними вище типами ризику, можуть у досить короткий термін привести до втрати інвесторами своїх грошей. В разі подібної ситуації з коштами у національній чи іноземній валюті, єдиною доступною формою правового захисту може бути кримінальне провадження. Через невизначений статус криптовалют державні установи із захисту прав споживачів в Україні не матимуть правових підстав для допомоги як інвесторам, так і користувачам;[1479]

Хоча немає спеціальних карних норм стосовно віртуальних активів, незаконні дії з використанням ВА можуть розглядатися в рамках традиційних злочинів, таких як розкрадання, відмивання коштів, ухилення від сплати податків, тощо. Зокрема, окрім санкцій, передбачених відповідно до Закону про ПВК та Кримінального кодексу України, що розглянуті у Розділі IV, НКЦПФР може застосовувати до осіб, які провадять діяльність у сфері обороту віртуальних активів, такі фінансові санкції:

a. за провадження діяльності, що має ознаки діяльності постачальника послуг, пов'язаних з обігом ВА, без одержання дозволу на надання послуг, пов'язаних з обігом ВА, – штраф у розмірі від двох тисяч до семи тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян;

b. за здійснення постачальником послуг, пов'язаних з обігом віртуальних активів, іншої діяльності, ніж та, на яку такому постачальнику надано дозвіл відповідно до відомостей Державного реєстру постачальників послуг, пов'язаних з обігом віртуальних активів, – штраф у розмірі від однієї тисячі до п'яти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян;

c. за надання завідомо неправдивої або недостовірної інформації у докумен-

1479 Спільна заява фінансових регуляторів щодо статусу криптовалют в Україні, НКЦПФР, листопад 2017, див.: https://bit.ly/3PGOSWV

тах, що додаються до заяви про видачу дозволу на надання послуг, пов'язаних з обігом ВА, – штраф у розмірі від п'ятисот до однієї тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян;

d. за порушення строків подання до НКЦПФР інформації про зміну відомостей, внесених до Державного реєстру постачальників послуг, пов'язаних з обігом віртуальних активів, – штраф у розмірі до однієї тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян;

e. за неподання або подання не в повному обсязі постачальниками послуг, пов'язаних з обігом віртуальних активів, звітності та інформації та/або подання недостовірної інформації до НКЦПФР – штраф у розмірі до однієї тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян;

f. за дії, вчинені повторно протягом року, – штраф у розмірі до двох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян;

g. за невиконання або несвоєчасне виконання розпоряджень НКЦПФР про усунення порушень законодавства у сфері обігу ВА – штраф у розмірі від однієї тисячі до п'яти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян;

за дії, вчинені повторно протягом року, – штраф у розмірі від двох тисяч до шести тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян;

VIII. ОПОДАТКУВАННЯ

На момент написання статті немає жодного прийнятого законодавчого акту, який би встановлював правила з оподаткування діяльності з віртуальними активами. Проєкт Закону про внесення змін до Податкового кодексу[1480], який має виправити цю ситуацію, подано до ВРУ 13 березня 2022 року для ознайомлення і направлено на розгляд до Комітетів.

Поки що незрозуміло, коли Закон буде включено до порядку денного та які зміни будуть внесені до моменту його прийняття. Втім, норми, які містяться у цьому Законі на момент написання, будуть розглянуті нижче.

Разом з тим, до моменту прийняття Закону фізичним та юридичним особам варто на щось орієнтуватися при визначенні необхідності сплати податків від операцій із ВА та порядку їх сплати. Державна податкова служба надавала нечисленні індивідуальні податкові консультації, які в тій чи іншій мірі висвітлювали це питання.

1480 https://bit.ly/39CREM7

Так, у податковій консультації № 4928/ІПК/99-00-04-05-03-06[1481], Державна податкова служба України зазначила, що дохід, отриманий фізичною особою – резидентом від продажу криптовалюти іншій фізичній особі – резиденту, включається до загального місячного (річного) оподатковуваного доходу як інший дохід з відповідним оподаткуванням.

Разом з тим, якщо цей дохід виплачується фізичною особою – нерезидентом, то такий дохід вважається іноземним та оподатковується податком на доходи фізичних осіб і військовим збором на загальних підставах.

Особи, що отримують доходи від інших осіб, які не є податковими агентами, та іноземні доходи, зобов'язані включати суму таких доходів до загального річного оподатковуваного доходу та подавати податкову декларацію за наслідками звітного податкового року, а також сплачувати податок на доходи фізичних осіб і військовий збір з таких доходів.

Щодо обов'язку сплати ПДВ (20%), то така позиція, зокрема, була висловлена ДФС у Харківській області в індивідуальній податковій консультації №5226/10/20-40-14-11-11 від 09.09.2016 року. Проте, вже у жовтні того ж року в Харківському окружному адміністративному суді розглядалась справа №820/5120/16ю про скасування податкової консультації. В рішенні суд встановив, що операції з обміну традиційних валют на біткоїни повинні бути вільні від податку на додану вартість. При цьому суд послався на рішення Суду справедливості ЄС «Хедквіст проти Швеції» від 22.10.2015 року (ототожнивши цей суд із ЄСПЛ). В подальшому апеляційна інстанція підтвердила таку позицію та залишила рішення в силі[1482].

Таким чином, якщо суб'єктом операцій із віртуальним активом є фізична особа, то результатом оподаткування операції з продажу криптовалюти є застосування ПДФО (18%) та військового збору (1,5%). Однак, зважаючи на відсутність спеціального нормативного регулювання, базою для оподаткування, скоріш за все, буде вся отримана сума (без вирахування витрат), що спонукає більшість осіб, які займаються торгівлею криптовалюти, уникати оподаткування та не зазначати такий дохід у своїх деклараціях. Подібна ситуація має бути виправлена Законом про внесення змін до ПКУ, оскільки там прибуток від операцій із віртуальними активами розглядається, як «дохід у вигляді позитивної різниці між доходом, отриманим платником податку від проведення операцій із віртуальними активами та витратами на їх придбання», а отже базою оподаткування, якщо це визначення залишиться в силі, буде сума валового прибутку.

1481 https://bit.ly/3zl3y8g

1482 https://bit.ly/3zjJa7y

i. ОПОДАТКУВАННЯ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ

Відповідно до Проєкту Закону про внесення змін до ПКУ, об'єктом оподаткування є прибуток від операцій із продажу або іншого відчуження віртуальних активів. Платники податку окремо визначають загальний фінансовий результат від операцій із продажу або іншого відчуження віртуальних активів податкового (звітного) періоду відповідно до національних положень (стандартів) бухгалтерського обліку або міжнародних стандартів фінансової звітності.

Для розрахунку загального фінансового результату від операцій із продажу або іншого відчуження віртуальних активів вартість віртуальних активів визначається виходячи з первісної (історичної) вартості їх придбання без урахування переоцінки (уцінки, дооцінки), проведеної відповідно до національних положень (стандартів) бухгалтерського обліку або міжнародних стандартів фінансової звітності.

Позитивний загальний фінансовий результат від операцій із продажу або іншого відчуження віртуальних активів (загальна сума прибутків від операцій із продажу або іншого відчуження віртуальних активів, перевищує загальну суму збитків від таких операцій із урахуванням суми від›ємного фінансового результату від таких операцій, не врахованих у попередніх податкових (звітних) періодах) є прибутком від операцій із продажу або іншого відчуження віртуальних активів, що оподатковується за ставкою у розмірі 5 відсотків, у відповідному податковому (звітному) періоді, в якому він виник.

Прибуток постачальника послуг, пов›язаних з обігом віртуальних активів, оподатковується за ставкою податку у розмірі 5 відсотків за умови, що такий постачальник послуг, пов›язаних з оборотом віртуальних активів не отримує інших доходів, крім доходів від здійснення діяльності з надання послуг, пов›язаних з оборотом віртуальних активів, та доходу, що виникає в результаті нарахування курсових різниць.

ii. ОПОДАТКУВАННЯ ФІЗИЧНИХ ОСІБ

Що стосується фізичних осіб, то прибуток від операцій із віртуальними активами також включається до загального місячного (річного) оподатковуваного доходу платника податку, а ставка податку також складає 5 відсотків від прибутку від операцій.

Прибуток від операцій із віртуальними активами розраховується як позитивна різниця між сукупним доходом, отриманим платником податку від продажу віртуальних активів протягом податкового (звітного) періоду та документально підтвердженими сукупними витратами на придбання віртуальних активів протягом цього ж податкового (звітного) періоду, з урахуванням збитку від операцій із віртуальними активами, не врахованого в попередніх податкових (звітних) періодах.

Якщо в результаті розрахунку прибутку від операцій із віртуальними активами за правилами, встановленими цим пунктом, виникає від›ємне значення, воно вважається збитком від операцій із віртуальними активами.

Прибуток підлягає обов'язковому декларуванню, в той час як збиток можна задекларувати для отримання права на його врахування при визначенні прибутку від операцій із віртуальними активами у наступних податкових (звітних) періодах (без обмеження кількості таких періодів). При цьому прибуток можливий тільки при продажу віртуального активу за фіатні кошти, обмін віртуального активу на інший віртуальний актив не призводить до виникнення доходу чи витрат від операцій із віртуальними активами у платника податку.

Важливо зазначити, що облік прибутку від операцій із віртуальними активами ведеться платником податку самостійно та окремо від інших доходів та витрат. Для цілей оподаткування прибутку від операцій із віртуальними активами податковим (звітним) періодом вважається календарний рік, за результатами якого платник податку зобов'язаний подати річну податкову декларацію, в якій має відобразити такий прибуток, отриманий протягом такого податкового (звітного) року.

IX. ПЛАНИ НА МАЙБУТНЄ

Регулювання ринку віртуальних активів є надзвичайно важливим, адже це дозволить створити цивілізований ринок у цій сфері, що тільки розвивається та знаходиться на своєму шляху до масового прийняття. Прийняття необхідних законодавчих актів дозволить учасникам цього ринку цілком легально здійснювати свою діяльність та чітко усвідомлювати своє місце на ринку, а також бути обізнаними про права та обов'язки. Наявність потужної законодавчої бази дозволить ефективно захищати права користувачів та інвесторів від злочинців, а тому найважливішим кроком у майбутньому є прийняття Проєкту Закону про внесення змін до Податкового кодексу України щодо оподаткування операцій із віртуальними активами, набуття чинності якого стане тригером до набуття чинності Законом про віртуальні активи та змін в інших законодавчих актах, які вони передбачають.

Після прийняття законопроєкту настане черга регуляторів ринку, які мають випустити свої нормативно-правові акти чи настанови, які будуть чітко регламентувати діяльність суб'єктів на ринку.

Враховуючи транснаціональну природу віртуальних активів, міжнародна співпраця відомств по всьому світу є вкрай важливою, а тому вже зараз варто працювати над ефективною мережею органів влади, які зможуть у найкоротші терміни сприяти один одному у проведенні розслідувань, оскільки природа віртуальних активів характеризується швидкими операціями між користувачами.

ФРАНЦІЯ

I. ОЗНАЙОМЛЕННЯ З НОРМАТИВНО-ПРАВОВОЮ БАЗОЮ

Як і в багатьох інших країнах, перший контакт криптовалют із французьким законодавством стався через призму фінансових злочинів. У своєму щорічному звіті за 2011 рік Tracfin (французький підрозділ фінансової розвідки, який займається боротьбою з фінансовим шахрайством, ВК/ФТ) став першим французьким органом, який згадав біткоїн.[1483]

Потім криптовалюти стали об›єктом пильної уваги з боку інших органів регулювання під час «бульбашки» біткоїну в листопаді та грудні 2013 року. Центральний банк Франції опублікував короткий звіт про «небезпеки, пов›язані з розвитком віртуальних валют».[1484] У січні 2014 року Управління пруденційного нагляду та регулювання (ACPR), французький орган банківського та страхового регулювання, заявив, що організації, які одержують від імені клієнтів законну валюту у зв›язку з купівлею або продажем криптовалют, мають отримати ліцензію на надання платіжних послуг.[1485]

У грудні 2016 року криптовалютні торгові платформи та брокери були включені до списку організацій, що підпадають під дію законодавства про ПВК.[1486]

У 2016 році виникла різниця між концепцією блокчейну та світу криптовалют. Почалися експерименти з використанням технології блокчейн для спрощення різноманітних технологічних процесів.

1483 Tracfin, звіт про діяльність за 2011 рік. Електронний ресурс: https://bit.ly/3z45VMR

1484 Banque de France, Небезпеки, пов'язані з розвитком віртуальних валют: приклад біткоїна, 5 грудня 2013 р. Електронний ресурс: https://bit.ly/3wOyI57

1485 Управління пруденційного нагляду та регулювання (ACPR), Позиція 2014-P-01. Електронний ресурс: https://bit.ly/3MMQH2x

1486 Стаття 2 Постанова № 2016-1635 від 1 грудня 2016 року, яка вносить зміни до статті L. 561-2 Грошово-фінансового кодексу (MFC).

Декілька французьких банків приєдналися до консорціуму R3 (який розробив приватну блокчейн-платформу під назвою Corda). Фонд депозитів та позик (державна фінансова установа) запустив LaBChain, інноваційну лабораторію блокчейну, яка у липні 2016 року розпочала роботу над бізнес-кейсом, присвяченим використанню блокчейну для управління цифровою ідентифікацією та процедурами «знай свого клієнта»[1487].

Одночасно уряд Франції розпочав роботу над законодавчою базою, що дозволяє використовувати блокчейн для реєстрації цінних паперів. Реєстрація на блокчейні спочатку була обмежена короткостроковими облігаціями, призначеними для малих та середніх підприємств (МСП)[1488], але незабаром була поширена на всі нелистингові цінні папери відповідно до Постанови № 2017-1674 від 8 грудня 2017 року.

У 2017 році пожвавлення криптовалют та первинних розміщень монет (ICO) змусило французькі регулятори та уряд розпочати роботу над створенням спеціальної правової бази. Уряд Франції доручив Жан-П›єру Ландау, колишньому топменеджеру Центрального банку, підготувати доповідь про криптовалюти, яку було опубліковано у липні 2018 року. У парламенті Франції було створено три робочі групи для підготовки доповідей з ICO, блокчейну та криптовалют. Крім того, у 2016 році французьке Управління з фінансових ринків (AMF) та ACPR створили внутрішні команди з фінтеху, що діють як «інноваційні центри».

У жовтні 2017 року AMF опублікувало документ для обговорення ICO.[1489] Після тривалих консультацій з експертами та учасниками французької криптовалютної та ICO-економіки було прийнято рішення створити спеціальну базу для ICO, а не намагатися включити їх до сфери дії чинного регулювання розміщення цінних паперів. Ця правова база була включена до Закону № 2019-486 від 22 травня 2019 року про зростання та перетворення підприємств (Закон PACTE), який містить безліч заходів, спрямованих на сприяння зростанню МСП та надання працівникам та зацікавленим сторонам більшого контролю над корпораціями. До його прийняття до Закону PACTE було внесено зміни до Національних зборів та Сенату, а також додано спеціальну правову базу для посередників, які працюють з криптовалютами.

Тим часом французька криптовалютна спільнота (за помітної допомоги кількох законодавців, зацікавлених у криптовалютах) провела широке лобіювання з метою адаптації французького податкового режиму.

1487 Caisse des dépôts, LaBChain, запущений Caisse des Dépôts, розкриває свій перший бізнес-кейс 18 липня 2016 року. Електронний ресурс: https://bit.ly/3lG5kZE

1488 Постанова № 2016-520 від 28.04.2016р. Електронний ресурс: https://bit.ly/3yY5m73

1489 AMF, «AMF публікує документ для обговорення первинних пропозицій монет та ініціює свою програму UNICORN», 26 жовтня 2017 року. Електронний ресурс: https://bit.ly/3t0lGjR

Приріст капіталу, пов›язаний з криптовалютами, обкладався за дуже високими ставками, і це стало серйозною проблемою під час бичачого ринку 2017 року, оскільки багато індивідуальних інвесторів погрожували залишити Францію та перевести в готівку кошти в юрисдикціях зі сприятливим оподаткуванням. Внаслідок цього Закон №2018-1317 від 28 грудня 2018 року (Закон про бюджет на 2019 рік) створив спеціальний податковий режим, який оподатковує приріст капіталу фізичних осіб за єдиною ставкою у 30%.

Тепер, коли Закон PACTE набрав чинності, ми не очікуємо, що буде прийнято якесь значне додаткове законодавство, пов›язане з блокчейном. Однак 24 вересня 2020 року Європейська комісія опублікувала пакет пропозицій щодо цифрових фінансів, що включає стратегію цифрових фінансів та законодавчі пропозиції щодо криптоактивів (з пропозиціями щодо регулювання ринків криптоактивів (MiCA) та регулювання пілотного режиму для ринкових інфраструктур на основі блокчейна) та цифрової стійкості. Пропозиція щодо MiCA ґрунтується на французькому режимі ICO та режимі для постачальників послуг цифрових активів (PSANs) та включає європейський паспорт для емітентів та постачальників послуг. Французький режим зникне після набрання чинності положенням MiCA. Очікується, що французькі PSAN матимуть можливість перетворити свій французький статус у статус режиму ЄС.

II. ЗАКОНИ ПРО ЦІННІ ПАПЕРИ ТА ІНВЕСТИЦІЇ

i. ТОКЕНІЗАЦІЯ ЦІННИХ ПАПЕРІВ ТА ВИПУСК ТОКЕНІВ ЦІННИХ ПАПЕРІВ

Більш ніж за рік до «бульбашки» кінця 2017 року французький уряд почав вивчати концепцію технології блокчейн (або технології розподілених реєстрів).

Перша поява концепції блокчейну у французькому законодавстві відбулася у Постанові № 2016-520 від 28 квітня 2016 року, яка створила спеціальну структуру для фінансування МСП через платформи крауд-кредитування. Постанова дає змогу випускати векселі (відомі як minibons) через платформу крауд-кредитування. Реєстрація та передача minibons може здійснюватися або традиційним способом (тобто емітент веде та оновлює реєстр усіх власників minibons), або з допомогою загальної електронної системи обліку (тобто розподіленого реєстру)[1490].

Постанова № 2017-1674 від 8 грудня 2017 року зробила набагато більший крок, поширивши на цінні папери, що не котируються[1491], можливість використовувати

1490 Статті L. 223-12 та L. 223-13 Грошово-фінансового кодексу (MFC). Електронний ресурс: https://bit.ly/3LKiRtN

1491 Точніше, всі цінні папери, які не враховуються у системі центрального депозитарію (стаття L. 211-7 MFC). Паї підприємств колективного інвестування та оборотні боргові цінні папери також можуть бути зареєстровані у розподіленому реєстрі (стаття R. 211-5 MFC).

розподілений реєстр для їх випуску, реєстрації та передачі. Ці цінні папери зазвичай видаються як інвестиційні токени, хоча точніше було б назвати їх «токенізованими цінними паперами»; у будь-якому випадку Закон PACTE чітко вказує, що токени, випущені в рамках ICO, не можуть бути цінними паперами.[1492]

Обидві постанови передбачали, що технічні вимоги (тобто рівень безпеки та аутентифікації) системи загального електронного запису мають бути визначені у постанові, яку мав прийняти уряд. Замість того, щоб поспішати з цим, уряд вирішив проконсультуватися з Європейською комісією, яка потім затвердила урядове визначення розподіленого реєстру[1493]. Довгоочікуваний указ був опублікований 24 грудня 2018 (Указ)[1494].

a. Указ передбачає, що розподілені реєстри, що використовуються для реєстрації цінних паперів, повинні відповідати чотирьом технічним умовам:[1495]
b. вони мають бути «розроблені та реалізовані» так, щоб зберігалася цілісність інформації, що реєструється;
c. вони мають «прямо чи опосередковано» давати змогу ідентифікувати власників цінних паперів, а також характер і кількість цінних паперів, що їм належать;
d. вони мають містити план забезпечення безперебійного функціонування, який включає зовнішню систему реєстрації даних; і
e. власники зареєстрованих ними цінних паперів повинні мати можливість доступу до виписок за операціями.

В Указі не зазначено, хто з емітентів або їх постачальників технологій відповідатиме за дотримання цих технічних вимог. Крім того, в ньому не розглядається різниця між приватними та публічними блокчейнами. Хоча Указ не виключає можливості випуску та реєстрації цінних паперів через публічний блокчейн (наприклад, Ethereum), дотримання деяких з цих технічних умов може бути складнішим в разі використання публічного блокчейну.

Указ також змінює правила, які застосовуються до застави цінних паперів, щоб дозволити ефективно закладати цінні папери, зареєстровані у розподіленому реєстрі[1496].

1492 Стаття L. 552-1 Грошово-фінансового кодексу (MFC). Електронний ресурс: https://bit.ly/3LKiRtN

1493 Європейська комісія, Деталізація повідомлення, «Указ про використання спільних електронних записувальних пристроїв для представлення та передачі фінансових цінних паперів», 17 липня 2018 року. Електронний ресурс: https://bit.ly/39TxwFY

1494 Указ від 24.12.2018 р. No 2018-1226. Електронний ресурс: https://bit.ly/3LObscO

1495 Стаття R. 211-9-7 Грошово-фінансового кодексу (MFC). Електронний ресурс: https://bit.ly/3LKiRtN

1496 Стаття R. 211-14-1 Грошово-фінансового кодексу (MFC). Електронний ресурс: https://bit.ly/3LKiRtN

Французькі стартапи та великі корпорації вже почали використовувати Указ для токенізації своїх цінних паперів. Компанії Carthagea[1497] та DomRaider[1498] оголосили, що планують залучити кошти через випуск акцій, зареєстрованих на розподіленому реєстрі. У квітні 2019 року Societe Generale випустив облігації з покриттям на суму 100 млн євро, зареєстровані на блокчейні Ethereum, в рамках пілотного проєкту, в якому він також був єдиним єдиним власником облігацій[1499]. У червні 2019 року статутний капітал компанії, що володіє будівлею вартістю 6,5 млн євро, розташованою неподалік Парижа, був токенізований стартапом Equisafe.[1500] Нарешті, у квітні 2021 року Societé Générale випустив перший структурований продукт у форматі інвестиційного токена, який був зареєстрований безпосередньо на блокчейні Tezos. Крім того, Société Générale брала участь у випуску облігацій Європейського інвестиційного банку (ЄІБ) на 100 млн євро у мережі Ethereum[1501].

Однак реєстрація цінних паперів на блокчейні корисна лише настільки, наскільки спрощуються різні обтяжливі або дорогі процеси, такі як голосування на загальних зборах або вторинний ринок цінних паперів, що не котируються. Хоча реєстрацію цінних паперів, що не котируються, було значно модернізовано відповідно до Постанови від 8 грудня 2017 року та Указу, інші зобов›язання, які емітент несе щодо своїх акціонерів, залишилися незмінними, що створює безліч практичних проблем.

У березні 2020 року AMF опублікувало аналіз застосування фінансових норм до інвестиційних токенів[1502], в якому визначило правові перешкоди для розвитку інвестиційних токенів. Зокрема, AMF запропонувало Європейській комісії створити європейську «цифрову лабораторію», яка дозволить національній владі відмовитися від деяких нормативних вимог для полегшення клірингу та розрахунків щодо операцій із використанням інвестиційних токенів. У зв›язку з цим, як уже згадувалося вище, Європейська комісія опублікувала пакет документів із цифрових фінансів, який включає пропозицію про створення пілотного режиму блокчейну для ринкових інфраструктур для створення нового режиму виключень для підтримки розвитку фінансових цінних паперів, зареєстрованих на блокчейні (*див. розділ XI*).

1497 Chaineum, «Chaineum діє як радник STO для Карфагена», 14 березня 2019 року. Електронний ресурс: https://bit.ly/3GgNNkm

1498 DomRaider, «DomRaider запускає пропозицію токенів акцій та продає акції, зареєстровані на блокчейні», 27 травня 2019 року. Електронний ресурс: https://bit.ly/3LOd4TU

1499 Societe Generale, «Societe Generale випустила першу покриту облігацію як інвестиційний токен на публічному блокчейні», 23 квітня 2019 року. Електронний ресурс: https://bit.ly/38pCYQw

1500 Equisafe, «Equisafe здійснює перший продаж нерухомості з допомогою технології блокчейн в Європі на суму 6,5 мільйонів євро», 25 червня 2019 року. Електронний ресурс: https://bit.ly/3LPYT0N

1501 Європейський інвестиційний банк, «ЄІБ випускає свою першу цифрову облігацію на публічному блокчейні», 28 квітня 2021 року. Електронний ресурс: https://bit.ly/38RoskH

1502 AMF, Огляд та аналіз застосування фінансових правил до інвестиційних токенів. Електронний ресурс: https://bit.ly/3tlj807

ii. УПРАВИТЕЛІ АКТИВАМИ ТА ІНВЕСТИЦІЙНІ ФОНДИ

Останні два роки управлінці альтернативними фондами почали створювати криптовалютні інвестиційні фонди. Tobam Bitcoin Fund, запущений у листопаді 2017 року французьким управителем альтернативними активами Tobam, претендував на звання найпершого європейського криптовалютного фонду.[1503] Проте фонд Tobam не був ліцензований AMF, оскільки криптовалюти як клас активів не вписуються в жодну з категорій нормативної бази, застосовної до управителів активами.

Napoleon X, який залучив близько 10 млн євро після проведення ICO у 2018 році, став першим французьким крипто-стартапом, який отримав ліцензію управителя активами від AMF.[1504]

Крім того, Закон PACTE тепер надає дозвіл професійним спеціалізованим інвестиційним фондам (FPS), призначеним для професійних інвесторів, купувати активи, зареєстровані у загальній електронній системі записів (тобто блокчейн), що включає криптовалюти[1505]. Закон PACTE також дає змогу професійним фондам прямих інвестицій (FPCI) інвестувати до 20 відсотків своїх активів у цифрові активи.[1506] FPS та FPCI є альтернативними інвестиційними фондами і, отже, можуть керуватися лише ліцензованим управителем активами; однак, вони зобов'язані призначити депозитарій (який, зокрема, відповідає за зберігання активів, що належать фонду). Ліцензованим управителям криптовалютними активами все ж таки доведеться знайти депозитарії, готові взяти на зберігання криптовалюти.

Napoleon AM (ліцензований управитель активами вищезгаданої Napoleon Group) запустив FPS, інвестований у цифрові активи, у листопаді 2019 року.[1507] Щоб вирішити питання з депозитарієм, компанія Napoleon AM вирішила не купувати біткоїни безпосередньо, а придбати деривативи на біткоїн з грошовим розрахунком, що котируються на товарній біржі Чикаго, які кваліфікуються як фінансові інструменти.

Що стосується криптовалютних деривативів, AMF вжило заходів щодо підвищення захисту роздрібних інвесторів від сайтів, які пропонують робити ставки на криптовалюти з допомогою деривативів (контракти на різницю або бінарні опціони). У лютому 2018 року AMF випустило аналіз, в якому йдеться про те, що контракти на криптовалюти з розрахунками готівкою кваліфікуються як деривативи відповід-

1503 Tobam, «TOBAM запускає перший в Європі фонд взаємних інвестицій Bitcoin», 22 листопада 2017 року. Електронний ресурс: https://bit.ly/38RoHMD

1504 Napoleon Group, «Франція уповноважує Napoleon AM як першого регульованого управляючого активами, що спеціалізується на крипто-рішеннях», 8 грудня 2018. Електронний ресурс: https://bit.ly/3PGWF73

1505 Статті L. 214-154 Грошово-фінансового кодексу (MFC). Електронний ресурс: https://bit.ly/3LKiRtN

1506 Статті L. 214-160, II Грошово-фінансового кодексу (MFC). Електронний ресурс: https://bit.ly/3LKiRtN

1507 Les Echos, «Біткоїн: перший фонд, який регулюється AMF, нарешті доступний». Електронний ресурс: https://bit.ly/3wKSdeS

но до французького законодавства[1508]. Отже, платформи, які пропонують торгівлю криптовалютними деривативами, тепер мають одержати адміністративний дозвіл і не можуть орієнтуватися на резидентів Франції у своєму онлайн-маркетингу.

Нарешті, управління індивідуальними криптовалютними портфелями від імені клієнтів тепер включено до списку послуг, пов›язаних з цифровими активами.[1509] Отримання ліцензії буде необов›язковим для установ, що надають цю послугу, і, як правило, вони не підлягатимуть жодному регулюванню.

III. БАНКІВСЬКІ ТА ГРОШОВІ ПЕРЕКАЗИ

За останні кілька років французькі банківські регулятори часто нагадували широкому загалу, що криптовалюти не є справжніми грошима. Центральний банк і ACPR, наприклад, вважають термін «криптовалюта» таким, що вводить в оману і вважають за краще використовувати термін «криптоактиви»[1510].

Їхня позиція, безумовно, має значення, оскільки французьке регулювання платіжних послуг обертається навколо використання законної валюти (тобто законного платіжного засобу, випущеного суверенною країною). Усі платіжні послуги, визначені у статті L. 314-1 MFC, передбачають використання коштів. Відповідно до другої Директиви про платіжні послуги (PSD 2),[1511] кошти означають «банкноти та монети, криптовалютні гроші або електронні гроші, визначені в пункті (2) статті 2 Директиви 2009/110/ЕС».[1512] Тому, як правило, отримання та відправлення криптовалют від імені третіх осіб не кваліфікується як регульована послуга відповідно до PSD 2.

Проте недавній розвиток стейблкоїнів (і, зокрема, стейблкоїнів, забезпечених фіатом) стирає межу між законними валютами та криптовалютами. Як заявило Європейське банківське управління (EBA) у своїх рекомендаціях щодо криптоактивів від 9 січня 2019 року, фіатні стейблкоіни, що погашаються, можуть кваліфікуватися як електронні гроші, якщо токен (1) зберігається в електронному вигляді, (2) має грошову вартість, (3) є вимогою до емітента, (4) випускається при отриманні коштів, (5) випускається для здійснення платіжних операцій та (6) приймається особами, які не є емітентом[1513]. Отже, деяким емітентам стейблкоінів, забезпечених фіатом, може знадобитися отримання ліцензії на електронні гроші, щоб мати

1508 AMF, Аналіз юридичної кваліфікації криптовалютних деривативів, 23 березня 2018 року. Електронний ресурс: https://bit.ly/3t0lGjR

1509 Стаття L. 54-10-2, 5°, b) Грошово-фінансового кодексу (MFC). Електронний ресурс: https://bit.ly/3LKiRtN

1510 Banque de France, Поява біткоїна та інших криптоактивів: проблеми, ризики та перспективи, 5 березня 2018 р.

1511 Директива Європейського Парламенту і Ради (ЄС) 2015/2366 від 25 листопада 2015 року про платіжні послуги на внутрішньому ринку (PSD 2). Електронний ресурс: https://bit.ly/3ssxw6e

1512 Стаття 4(25) PSD 2. Електронний ресурс: https://bit.ly/3ssxw6e

1513 Європейська банківська організація, Звіт з порадами для Європейської комісії щодо криптоактивів¸ 9 січня 2019 р., стор. 12–13. Електронний ресурс: https://bit.ly/3sVvL1G

право працювати у Франції. Однак наслідки такої кваліфікації будуть вкрай незрозумілі, оскільки регулювання емітентів та дистриб›юторів електронних грошей не розраховане на застосування до організацій, які випускають, одержують або переводять стейблкоїни.

Саме тому проєкт положення MiCA також спрямовано на регулювання емісії стейблкоїнів. На даний момент у проєкті положення проводиться різниця між «токенами з прив›язкою до активів», які визначаються як «тип криптоактиву, який прагне підтримувати стабільну вартість, посилаючись на вартість кількох фіатних валют, які є законним платіжним засобом, одного або кількох товарів або одного або кількох криптоактивів, або комбінація таких активів» та «токени електронних грошей», які визначаються як «вид криптоактивів, основна мета яких – використання як засіб обміну, і які прагнуть підтримувати стабільну вартість, посилаючись на вартість фіатної валюти, яка є законним платіжним засобом». Емітенти токенів електронних грошей повинні будуть одержати ліцензію кредитної установи або установи електронних грошей та дотримуватись вимог Директиви про електронні гроші[1514], а емітенти токенів, прив'язаних до активів, повинні будуть одержати спеціальну ліцензію, опублікувати «білу книгу» з обов›язковими вимогами до розкриття інформації та повідомити про це компетентний державний орган.

Це європейське регулювання не повинно поширюватися на «алгоритмічні» стейблкоїни, які використовують формулу для підтримки прив›язки (оскільки в цьому випадку не буде депонування фіатної валюти) або, що примітно, на децентралізовані стейблкоїни, такі як Dai.

Нарешті, оголошення про план Facebook запустити криптовалюту під назвою Libra було скептично прийняте французьким урядом та Центральним банком. Бруно Ле Мер, міністр економіки та фінансів, заявив, що Facebook може створити свою власну платіжну систему, але за жодних обставин їй не повинно бути дозволено створювати суверенну валюту.[1515] Франсуа Віллеруа де Гальо, керівник Центрального банку, заявив, що Libra в будь-якомв разі знадобляться відповідні ліцензії, якщо надаватимуться платіжні або банківські послуги.[1516] Так, запропоноване положення MiCA спрямоване на захист суверенітету та грошової стабільності завдяки регулюванню випуску глобальних стейблкоїнів, таких як Libra. Франція також оголосила, що в рамках Великої сімки буде створено цільову групу з питань стейблкоїнів.[1517]

1514 Директива 2009/110/ЄС від 16 вересня 2009 року про започаткування та здійснення діяльності установами-емітентами електронних грошей і пруденційний нагляд за нею. Електронний ресурс: https://bit.ly/3yYBvLK

1515 Bloomberg, «Токен Facebook наштовхується на миттєву політичну опозицію в Європі», 18 червня 2019 р. Електронний ресурс: https://bloom.bg/3NBsfBh

1516 Cointelegraph, «Французький центральний банк: Libra від Facebook може знадобитися банківська ліцензія», 25 червня 2019 р. Електронний ресурс: https://bit.ly/3NAEQVf

1517 The Block, «Франція створить робочу групу стейблкоін G7 після оголошення Libra», 21 червня 2019 р. Електронний ресурс: https://bit.ly/3sZpbqH

Крім того, Центральний банк почав співпрацювати із зовнішніми консультантами для розробки цифрової валюти Центрального банку (CBDC).[1518] Проєкти Центрального банку щодо CBDC зосереджені на оптових угодах (тобто великих міжбанківських угодах) та клірингу та розрахунках з операцій із токенізованими фінансовими активами. Наразі Центральний банк співпрацює з інноваторами приватного сектора (такими як Accenture, Euroclear та HSBC) для проведення програми з восьми експериментів зі створення оптової CBDC. У травні 2020 року Центральний банк успішно протестував використання блокчейна, розробленого його командою, для експерименту з використання оптової CBDC для розрахунків із цифрових фінансових цінних паперів, випущених Société Générale Forge. 27 квітня 2021 року ЄІБ у співпраці з Goldman Sachs, Santander та Société Générale здійснив випуск цифрових облігацій з метою використання технології розподілених реєстрів для реєстрації та розрахунків з цінних паперів цифрових облігацій. У партнерстві з Центральним банком розрахунки з випуску було здійснено через CBDC, випущеної на блокчейні.

На європейському рівні 14 квітня 2021 року Європейський центральний банк (ЄЦБ) оприлюднив результати консультацій з громадськістю з питання цифрового євро.[1519] Ця консультація показала, що конфіденційність є головним занепокоєнняи громадськості та професіоналів (43%), за яким йдуть безпека (18%), можливість оплати по всій єврозоні (11%), без додаткових витрат (9%) та в автономному режимі (8%)). Крістін Лагард, президент ЄЦБ, вважає, що «цифровий євро має стати реальністю протягом п›яти років».

IV. ПРОТИДІЯ ВІДМИВАННЮ КОШТІВ

Французька влада почала відслідковувати використання криптовалюти в незаконних операціях ще в 2011 році. У річному звіті Tracfin за 2011 рік було коротко описано, як біткоїн може використовуватися в схемах ВК.[1520] У червні 2014 року робоча група під керівництвом Tracfin опублікувала звіт про криптовалюти та випустила різні рекомендації, спрямовані на обмеження використання криптовалют у схемах ВК або ФТ.[1521]

1518 Наприклад: Banque de France, Call for Applications – експерименти центрального банку з цифровою валютою. Електронний ресурс: https://bit.ly/3LJ9lXS

1519 Європейський центральний банк, «Звіт про публічні консультації щодо цифрового євро». Електронний ресурс: https://bit.ly/3GopKQh

1520 Tracfin, Звіт про діяльність 2011, с. 21–23. Електронний ресурс: https://bit.ly/3z45VMR

1521 Міністерство економіки та фінансів, Регулювання віртуальних валют – Рекомендації щодо запобігання використання віртуальних валют у шахрайських цілях та відмиванні грошей, червень 2014 р. Електронний ресурс: https://bit.ly/3Gny6I1

Наразі Tracfin уважно стежить за криптовалютами. У його щорічному звіті за 2017-2018 роки описується, як невідслідковувані та орієнтовані на конфіденційність криптовалюти (такі як Monero або Zcash) та анонімні передплачені платіжні картки, пов›язані з криптовалютними гаманцями, дедалі частіше використовуються шахраями та відмивачами коштів.[1522]

Криптовалюти залишалися поза сферою дії французького регулювання з питань ПВК/ФТ аж до Наказу № 2016-1635 від 1 грудня 2016 року, який додав криптовалютні торгові платформи та брокерів до списку осіб, на яких розповсюджуються вимоги з ПВК/ФТ.

Європейський Союз розглянув питання ПВК/ФТ, пов›язані з криптовалютами, в Директиві (ЄС) 2018/843 від 30 травня 2018 року, що вносить зміни до Директиви (ЄС) 2015/849 про запобігання використанню фінансової системи з метою ВК або ФТ (П›ята директива щодо ПВК), у якій йдеться, що «держави-члени повинні забезпечити реєстрацію постачальників послуг обміну між віртуальними валютами та фіатними валютами, а також провайдерів електронних гаманців. П›ята директива щодо ПВК визначає віртуальні валюти як «цифрове уявлення вартості, яке не випускається або не гарантується центральним банком або державним органом, не обов›язково прив›язане до законно встановленої валюти та не має юридичного статусу валюти або грошей, але приймається фізичними або юридичними особами як засіб обміну і може передаватися, зберігатися та обмінюватися електронним способом».

Для реалізації П›ятої директиви щодо ПВК Закон PACTE розширює список суб›єктів, на яких поширюються вимоги режиму ПВК/ФТ, та включає такі категорії: (1) емітенти ICO, які одержали факультативне схвалення AMF; (2) зберігачі цифрових активів; (3) організації, які дозволяють купувати чи продавати цифрові активи за законну валюту; (4) організації, які дозволяють купувати або продавати цифрові активи за інші активи; (5) організації, що управляють торговою платформою цифрових активів; та (6) ліцензовані постачальники послуг цифрових активів[1523]. Закон PACTE включає визначення віртуальних валют відповідно до П'ятої директиви щодо ПВК на визначення цифрових активів.[1524] (Визначення цифрових активів також включає токени, випущені в рамках ICO). Оскільки французькі банки неохоче відкривають рахунки компаніям, пов›язаним із криптовалютами, через незрозумілість застосовуваного до них регулювання з питань ПВК/ФТ, вищезгадані категорії організацій також користуються преференційним доступом до банківських послуг (*див. розділ X*).

1522 Tracfin, 2017–2018 рр. – Ризик відмивання грошей та фінансування тероризму – Тенденції та аналіз, червень 2019 р. Електронний ресурс: https://bit.ly/3INNXGi

1523 Стаття L. 561-2, 7° bis to 7° quater Грошово-фінансового кодексу (MFC). Електронний ресурс: https://bit.ly/3LKiRtN

1524 Стаття L. 54-10-1. Електронний ресурс: https://bit.ly/3LKiRtN

Нарешті, у березні 2018 року міністри фінансів країн G20 звернулися до ФАТФ із проханням роз›яснити, як її стандарти застосовуються до криптоактивів. У жовтні 2018 року ФАТФ заявила, що «юрисдикції повинні забезпечити, щоб на постачальників послуг віртуальних активів поширювалися правила з ПВК/ФТ, наприклад, проведення належної перевірки клієнтів, включаючи постійний моніторинг, ведення обліку (зберігання даних) та повідомлення про підозрілі операції. Вони мають бути ліцензовані або зареєстровані і підлягати моніторингу для забезпечення дотримання законодавства.[1525] У червні 2021 року ФАТФ також оновила свій посібник із застосування ризик-орієнтованого підходу до віртуальних активів та постачальників послуг віртуальних активів.

Компанії, пов›язані з криптовалютами, які в даний час не включені до списку осіб, на яких поширюються вимоги ПВК/ФТ, все одно повинні повідомляти про будь-які підозрілі операції прокурору, який потім повідомить про це Tracfin.

У червні 2021 року ФАТФ також оновила свої керівні настанови із застосування ризик-орієнтованого підходу до віртуальних активів та постачальників послуг віртуальних активів. Особлива увага в цьому оновленні приділена регулюванню діяльності суб›єктів децентралізованого фінансування: для ідентифікації особи, відповідальної за децентралізований додаток, ФАТФ пропонує національним регуляторам озброїтися інструментами аналізу блокчейна або розподілених реєстрів, а також методами масштабного аналізу вмісту вебсайтів (web-scraping). Для відповідності цим рекомендаціям, ймовірно, потрібно внести додаткові зміни до П›ятої директиви щодо ПВК.

Компанії, пов›язані з криптовалютами, які наразі не включені до списку осіб, на яких поширюються вимоги з ПВК/ФТ, все одно повинні повідомляти про будь-які підозрілі операції прокурору, який потім повідомить про це Tracfin.

V. РЕГУЛЮВАННЯ БІРЖ

До створення Законом PACTE всеосяжної правової бази для постачальників послуг цифрових активів (DASP), деякі учасники криптовалютної індустрії вже мали особливий статус регулювання. З січня 2014 року ACPR вимагає, щоб будь-який посередник, який одержує кошти у зв›язку з купівлею або продажем криптовалют (наприклад, торгова платформа або брокер), повинен одержати ліцензію на надання платіжних послуг.[1526] ACPR ще не роз’яснив, який вплив на цю вимогу робить прийняття Закону PACTE.

1525 FATF, Регулювання віртуальних активів, 19 жовтня 2018 року. Електронний ресурс: https://bit.ly/3NCCzJn

1526 ACPR, Позиція 2014-P-01, 29 січня 2014 року. Електронний ресурс: https://bit.ly/3MMQH2x

DASPs – це організації, що надають послуги, пов'язані з цифровими активами. Цифрові активи, як визначено в Законі PACTE, включають: (1) токени, як цей термін визначений у законодавчій базі ICO (тобто, нематеріальні цифрові активи, що включають права, які можуть бути випущені, зареєстровані, зберігатися та передаватись у загальній електронній системі записів), якщо вони не кваліфікуються як фінансові інструменти; та (2) будь-яке цифрове відображення вартості, яке не випущене або не гарантоване центральним банком або державним органом, не обов'язково прив'язане до законно встановленої валюти та не має правового статусу валюти чи грошей, але приймається фізичними або юридичними особами як засіб обміну та може передаватися, зберігатися і торгуватися в електронному вигляді[1527]. Це визначення цифрових активів дещо точніше, ніж визначення віртуальних активів у Рекомендаціях ФАТФ.[1528] У будь-якому випадку всі криптоактиви та криптовалюти підпадають під визначення цифрових активів, але деякі токени, які не засновані на криптографії, також можуть кваліфікуватися як цифрові активи.

Для складання списку послуг, пов›язаних із цифровими активами, розробники закону PACTE звернулися до традиційних інвестиційних послуг. Так, послуги, пов›язані з цифровими активами, включають такі послуги, якщо вони надаються щодо цифрових активів:

a. зберігання цифрових активів або криптографічних закритих ключів;
b. купівля чи продаж цифрових активів за законну валюту;
c. купівля чи продаж цифрових активів за інші цифрові активи;
d. керування торговою платформою цифрових активів; і
e. різні інші послуги, пов›язані з цифровими активами, включаючи приймання та передачу ордерів від імені третіх осіб, управління портфелем, інвестиційні консультації, андеррайтинг та розміщення з твердим зобов›язанням або без нього.[1529]

Законом PACTE встановлюється підхід до регулювання на основі факультативних ліцензій як системи, що ґрунтується на стимулах. Будь-яка організація, яка надає одну з вищезгаданих послуг, може подати заявку на отримання ліцензії DASP, але отримання цієї ліцензії не є обов›язковим. У цій системі особлива увага приділяється необов›язковим положенням, що сприяють підвищенню професіоналізму та просуванню раціональної ринкової практики, уникаючи при цьому обмежувальних рамок, які можуть стримувати інновації та знижувати привабливість Франції.

1527 Стаття L. 54-10-1 Грошово-фінансового кодексу (MFC). Електронний ресурс: https://bit.ly/3LKiRtN

1528 Рекомендації FATF, стор. 132: «Віртуальний актив – це цифрове представлення вартості, яким можна торгувати в цифровому форматі або переказувати, і яке може використовуватися для платіжних або інвестиційних цілей. Віртуальні активи не включають в себе цифрове представлення фіатних валют, цінних паперів та інших фінансових активів, які вже охоплені в інших Рекомендаціях FATF. Електронний ресурс: https://bit.ly/3IJc09o

1529 Стаття L. 54-10-2 Грошово-фінансового кодексу (MFC). Електронний ресурс: https://bit.ly/3LKiRtN

Ліцензовані суб›єкти будуть вважатися внесеними до «білого списку» і можуть використовувати свою ліцензію як маркетинговий інструмент.

Однак у зв›язку з проблемами ВК (що випливають, зокрема, з П›ятої директиви щодо ПВК) отримання реєстрації в AMF буде обов›язковим для зберігачів цифрових активів, постачальників послуг з купівлі або продажу цифрових активів за законну валюту і, починаючи з Постанови № 2020-1544 від 9 грудня 2020 року, організацій, що надають змогу купувати або продавати цифрові активи за інші цифрові активи, та організацій, що керують торговельними платформами цифрових активів. Вимоги для отримання такої реєстрації не надто обтяжливі: зареєстровані провайдери мають надати AMF інформацію про репутацію та професійну кваліфікацію своїх керівників та бенефіціарних власників, а також запровадити внутрішні процедури, необхідні для дотримання законодавства щодо ПВК. Реєстрація видається AMF, хоча потрібне також попереднє схвалення ACPR.

З іншого боку, ліцензовані організації несуть зобов›язання, аналогічні зобов›язанням регульованих постачальників інвестиційних послуг: вони повинні підписатися на страхування професійної відповідальності (або дотримуватись вимог до капіталу), мати безпечні та стійкі IT-системи та розробити належну політику управління конфліктами інтересів. Крім того, залежно від регульованих послуг, які вони мають намір надавати, ліцензовані DASP мають дотримуватися додаткових вимог. Наприклад, ліцензовані кастодіани повинні будуть розробити політику зберігання, забезпечити постійну можливість повернення криптоактивів або ключів своїм клієнтам (або того й іншого) і створити сегреговані рахунки[1530].

Вимоги щодо ПВК також застосовуватимуться до постачальників послуг цифрових активів, які одержали факультативну ліцензію. Хоча отримання ліцензії DASP в основному буде маркетинговим інструментом, ліцензовані організації також отримають такі переваги:

a. їм не буде довільно заборонено відкривати банківський рахунок та отримувати доступ до основних банківських послуг (*див. розділ X*); і
b. їм буде дозволено масово звертатися до потенційних індивідуальних клієнтів (через електронну пошту або холодні дзвінки) для просування своїх послуг відповідно до режиму «фінансової або банківської реклами».[1531] На відміну від них, зареєстровані DASP не можуть використовувати спонсорство і на них поширюються певні обмеження на рекламу.

Ліцензія або реєстрація, видана AMF, не має екстериторіальної дії. Оскільки ця нормативна база є унікальною для Франції, DASP не застосовує режим паспортизації.

1530 Стаття L. 54-10-5 Грошово-фінансового кодексу (MFC). Електронний ресурс: https://bit.ly/3LKiRtN

1531 Стаття L. 341-1 et seq. Грошово-фінансового кодексу (MFC). Електронний ресурс: https://bit.ly/3LKiRtN

Станом на червень 2021 року зареєстровано 17 DASP, включаючи більшість великих французьких стартапів у сфері цифрових активів (Coinhouse, LGO, SheeldMarket, Paymium, Just Mining) та кілька іноземних учасників (Bitpanda, Litebit).

VI. РЕГУЛЮВАННЯ МАЙНЕРІВ

На майнерів криптовалют не поширюється будь-який спеціальний режим регулювання. Французька індустрія майнингу практично не існує, оскільки ціни на електроенергію в останні кілька років були надто високими, щоб зробити майнинг прибутковим.[1532] Проте багато приватних осіб займаються майнингом криптовалюти задля хобі або як підробіток.

У парламентській доповіді від 30 січня 2019 року про віртуальні валюти[1533] було запропоновано законодавчо включити французьких майнерів до списку «електромістких галузей» і цим звільнити їх від внутрішнього податку на кінцеве споживання електроенергії (TICFE). Таке звільнення могло б знизити витрати на електроенергію на третину, що зробило б Францію привабливішою для майнерів. Проте вплив майнингу криптовалют на навколишнє середовище останнім часом піддається широкій критиці, і є малоймовірним, що уряд піде на ризик надання таких пільг майнерам криптовалют.

VII. РЕГУЛЮВАННЯ ЕМІТЕНТІВ ТА СПОНСОРІВ

У той час як Франція в останні кілька років зазнавала труднощів із залученням відомих ICO,[1534] Уряд і AMF зробили безліч кроків, щоб перетворити Францію на юрисдикцію, сприятливу для ICO. Після громадських консультацій, проведених AMF,[1535] уряд та AMF вирішили створити спеціальну структуру для ICO, а не просувати керівництво з кращих практик або включити ICO у сферу дії наявного регулювання розміщення цінних паперів.

Тепер AMF може видавати дозвіл (або «візу») на публічне розміщення токенів, які відповідають вимогам, встановленим Законом PACTE. Отримання схвалення AMF є необов›язковим всім емітентів ICO; жодне ICO не буде заборонено у Франції че-

1532 Les Echos, «Блокчейн: французький центр обробки даних Bigblock переміщує свої майнингові ферми в Казахстан», 11 березня 2019 року. Електронний ресурс: https://bit.ly/3aizm3b

1533 Національна асамблея, Інформаційний звіт про завершення роботи інформаційної місії щодо віртуальних валют, 30 січня 2019 року. Електронний ресурс: https://bit.ly/3z2iJmK

1534 За даними AMF, французькі ICO зібрали лише 89 мільйонів євро, тоді як глобальна сума, залучена ICO, досягла 22 мільярдів доларів США. (AMF, Французькі ICO – Новий метод фінансування, 14 листопада 2018 р. Електронний ресурс: https://bit.ly/3wWWH2i

1535 AMF, «AMF публікує документ для обговорення первинних пропозицій монет та ініціює свою програму UNICORN», 26 жовтня 2017 року. Електронний ресурс: https://bit.ly/3adwW5S

рез відсутність схвалення, хоча на не ухвалені ICO поширюються маркетингові обмеження. AMF очікує, що організатори ICO будуть подавати заявки на отримання ухвалення, оскільки світова репутація AMF послужить доказом їхньої благонадійності та допоможе їм просувати свої ICO в іноземних юрисдикціях, а також дозволить їм вільно продавати свої токени французьким інвесторам.

Згідно із Законом PACTE, ICO чітко відокремлено від пропозицій цінних паперів. Жодна пропозиція цінних паперів не може бути здійснена у вигляді ICO. Випуск токена, характеристики якого роблять його схожим на цінний папір (тобто інвестиційний токен), тягне за собою застосування корпоративного законодавства та законодавства про цінні папери.

Щоб отримати схвалення AMF, емітенти ICO повинні подати інформаційний документ, що містить різні відомості про пропозицію та емітент.[1536] Цей документ має містити фінансову та юридичну інформацію, а також певну технічну інформацію про токени та метод, що використовується для забезпечення безпеки криптоактивів, залучених під час розміщення (наприклад, гаманці з кількома підписами, смартконтракти).

Інформаційний документ має бути точним, не вводити в оману, написаний простою мовою, і в ньому мають бути описані ризики, пов›язані з пропозицією. У певному сенсі, інформаційний документ схожий на «білу книгу». Крім того, емітент має перебувати у Франції – за потреби через дочірню компанію або філію[1537].

Маркетингові матеріали, що використовуються емітентом, також будуть розглядатися AMF.[1538] Ця вимога розкритикувалася французькою спільнотою, оскільки теоретично вона не дозволить емітенту повідомити про заплановану пропозицію до закінчення процесу затвердження (який може зайняти кілька місяців).

У червні 2019 року розділ, присвячений ICO, був доданий до Загального регламенту AMF (тобто до кодексу, що містить докладні положення про розміщення цінних паперів, ринки капіталу, інвестиційні фонди, ліцензованих постачальників послуг тощо).[1539] 6 червня 2019 року AMF також опублікувало інструкцію, в якій докладніше описується процес затвердження та зміст інформаційного документа.[1540] Наразі AMF видало лише три «візи».

1536 Стаття L. 552-4 Грошово-фінансового кодексу (MFC). Електронний ресурс: https://bit.ly/3LKiRtN

1537 Стаття L. 552-5 Грошово-фінансового кодексу (MFC). Електронний ресурс: https://bit.ly/3LKiRtN

1538 Стаття L. 552-5 Грошово-фінансового кодексу (MFC). Електронний ресурс: https://bit.ly/3LKiRtN

1539 Стаття 711-1 та наступні. Загальних правил AMF. Електронний ресурс: https://bit.ly/3yYIg04

1540 AMF, Інструкція DOC-2019-06, Порядок розгляду заявки та створення інформаційного документа для затвердження AMF щодо первинного розміщення монет, 6 червня 2019 року. Електронний ресурс: https://bit.ly/3MVLRAb

Юридичні наслідки отримання схвалення AMF дуже схожі на наслідки отримання ліцензії DASP (*див. розділ V*). Затверджені емітенти ICO:

a. їм не буде довільно заборонено відкривати банківський рахунок та отримувати доступ до основних банківських послуг (*див. розділ X*); і

b. їм дозволено широко рекламувати свої послуги широкому загалу з допомогою фінансового чи банківського залучення, онлайн-реклами чи спонсорства (або всіх трьох способів). Аналогічним чином використання цих методів маркетингу заборонено для незатверджених емітентів ICO.

Крім того, як пояснюється в розділі IV, затверджені емітенти ICO підпадають під вимоги ПВК/ФТ, але тільки щодо операцій, отриманих від інвесторів під час розміщення токенів.

Нарешті, як і у випадку з ліцензією DASP, дозвіл, виданий AMF, не має екстериторіального ефекту і не може бути паспортизований у межах Європейського Союзу.

VIII. КРИМІНАЛЬНЕ ТА ЦИВІЛЬНЕ ШАХРАЙСТВО І ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

Наскільки нам відомо, великих кримінальних чи цивільних правозастосовних рішень, пов›язаних із криптовалютами, не було.

Кримінальна діяльність, пов›язана з криптовалютами, може згадуватись у річних звітах Tracfin. Ці звіти містять різні описи схем фінансових злочинів з використанням криптовалют, але, як правило, не містять жодної інформації про розгляд справи у кримінальних судах.[1541]

IX. ОПОДАТКУВАННЯ

Податковий режим криптовалют та токенів корисності був значною мірою уточнений після прийняття у 2018 році спеціального правила, що застосовується до індивідуальних інвесторів, та публікації Французьким управлінням зі стандартів бухгалтерського обліку (ANC) положення про правила бухгалтерського обліку, що застосовуються до емітентів ICO та інвесторів (Положення ANC).[1542] Проте деякі невизначеності залишаються.

1541 Див., наприклад, Tracfin, 2017–2018 – Ризик відмивання грошей та фінансування тероризму – Тенденції та аналіз, червень 2019 р., с. 62. Електронний ресурс: https://bit.ly/3lNNXGi

1542 Постанова ANC від 10.12.2018 № 2018-07 про внесення змін до Положення ANC від 5 червня 2014 року № 2014-03 про національні правила бухгалтерського обліку. Електронний ресурс: https://bit.ly/3wNiOJl

i. ПОДАТОК НА ДОХОДИ ДЛЯ ІНДИВІДУАЛЬНИХ ІНВЕСТОРІВ

До ухвалення закону про бюджет на 2019 рік Франція була, мабуть, однією з найгірших європейських юрисдикцій для індивідуальних інвесторів у криптовалюти, з податковою ставкою до 60 відсотків. Тепер приріст капіталу індивідуальних інвесторів від криптовалют оподатковується за єдиною ставкою в 30 процентів[1543], що у будь-якомв разі вище, ніж у деяких сусідніх країнах. Операції між криптовалютами не підпадають під дію податку на приріст капіталу.[1544] На практиці оподаткування буде відкладено доти, доки криптовалюти не будуть продані за законну валюту або використані для покупки товару чи послуги. Цей захід спрощує податковий облік та звітність, хоча індивідуальним інвесторам, як і раніше, необхідно точно відслідковувати свої операції, щоб мати можливість обґрунтувати свої доходи. Крім того, індивідуальні платники податків не обкладаються податком на прибуток, якщо прибуток не перевищує 305 євро на рік.

30-відсоткова податкова ставка застосовуватиметься лише до епізодичного продажу цифрових активів. На професійних трейдерів та майнерів, як і раніше, поширюватиметься загальний режим податку нга прибуток (тобто змінна ставка залежно від їхнього оподатковуваного доходу).

ii. ПОДАТОК НА ПРИБУТОК – ОРГАНІЗАЦІЇ, ЩО КУПУЮТЬ КРИПТОВАЛЮТИ, ТА УЧАСНИКИ ICO

Відповідно до Положення ANC правила бухгалтерського обліку, що застосовуються до токенів, випущених в результаті ICO, також застосовуються до криптовалютів. Відповідно до Положення, якщо криптовалюти або токени утримуються з інвестиційною метою, вони враховуватимуться на новоствореному рахунку у категорії короткострокових фінансових інструментів, а їхня ринкова вартість переоцінюватиметься щороку. Як правило, ці нереалізовані прибутки або збитки мають бути нейтралізовані з погляду оподаткування. Придбані компанією токени (токени, призначені для зберігання до надання пов›язаних з ними послуг або до постачання товарів) будуть враховуватися як нематеріальні активи та амортизуватись як такі.

iii. ПОДАТОК НА ПРИБУТОК – ЕМІТЕНТИ ICO

З боку емітента облік токенів залежатиме від прав та обов›язків, пов›язаних з токенами, так:

a. якщо токени можуть бути прирівняні (навіть тимчасово) до відшкодованого боргу, вони враховуватимуться як «позики та аналогічні борги»;

1543 Стаття 150, VH bis Податкового кодексу. Електронний ресурс: https://bit.ly/3wQqN8O

1544 Стаття 150, VH bis, II, A Податкового кодексу. Електронний ресурс: https://bit.ly/3wQqN8O

b. якщо токени є послугами, які мають бути надані, або товари, які мають бути поставлені в майбутньому, вони враховуватимуться як доходи майбутніх періодів; або

c. в іншому випадку, якщо емітент не має неявних або явних зобов›язань перед власниками токенів, кошти, зібрані емітентом, будуть відображені як дохід.

Найчастіше кошти, зібрані емітентом, зрештою будуть враховані як дохід. Тоді, незважаючи на відсутність конкретного регулювання з цього питання, емітенту необхідно буде сплатити податок на додану вартість (ПДВ) та прибутковий податок.

iv. РЕЖИМ ПДВ

У 2015 році рішення Суду Європейського Союзу підтвердило, що купівля або продаж криптовалюти за або на законну валюту звільняється від ПДВ[1545]. Що стосується токенів корисності, то теоретично режим ПДВ має застосовуватися, як тільки надаються послуги або постачаються товари в обмін на токени. Однак різні технічні питання ще потрібно прояснити (наприклад, фактична вартість послуг, що надаються емітентом токенів, як правило, невідома на момент проведення ICO).

X. ІНШІ ПИТАННЯ

i. ДОСТУП ДО БАНКІВСЬКИХ ПОСЛУГ

Доступ до банківських послуг довгий час був однією з головних проблем французьких компаній, пов›язаних із криптоактивами. Протягом багатьох років регулюючі органи згадували лише криптовалюти у зв›язку з фінансовими злочинами, ВК або ФТ, і тому працівники банків, зі зрозумілих причин, виявляють обережність. Крім того, здатність банківських службовців відкривати банківські рахунки для цих компаній часто обмежується внутрішньою політикою банку у сфері ПВК/ФТ. Багато французьких банків вважають за краще уникати будь-якої діяльності, пов›язаної з криптовалютами, для спрощення своєї власної звітності з ПВК/ФТ перед своїми наглядовими органами.

Багато стартапів повідомляють, що їхній банківський рахунок було заморожено або закрито, коли банк дізнався, що він може бути використаний для отримання коштів, пов›язаних із криптовалютами. З цією ж проблемою зіткнулися і різні фізичні особи: багато роздрібних інвесторів повідомили, що їхній банк заблокував електронні перекази на банківські рахунки, пов›язані з криптовалютними торговими

1545 Суд Європейського Союзу, 22 жовтня 2015 р., C-264/14, Skatteverket/David Hedqvist. Електронний ресурс: https://bit.ly/3LOx2Oz

платформами, такими як Kraken або Coinbase.[1546] В результаті багато французьких крипто-компаній були змушені відкрити банківські рахунки в банках, розташованих в інших європейських країнах, де криптовалютна діяльність перевіряється менш суворо.

У 2011 році французька компанія, яка одержувала електронні перекази від європейських клієнтів MtGox (криптовалютної торгової платформи, що збанкрутувала у 2014 році), успішно аргументувала у Центральному банку, що вона має скористатися правом на банківський рахунок, передбаченим статтею L. 312-1 MFC – положенням, спочатку призначеним для фізичних осіб.[1547] Однак пізніше банку вдалося закрити банківський рахунок, заявивши, що компанія працює як неліцензований постачальник платіжних послуг.[1548]

Одним із найважливіших положень Закону PACTE є преференційний доступ до банківських послуг, що надається трьом категоріям організацій: (1) емітенти ICO, які отримали факультативне схвалення AMF; (2) зареєстровані зберігачі цифрових активів та організації, які надають змогу купувати чи продавати цифрові активи за законну валюту; та (3) ліцензовані постачальники послуг цифрових активів. Банки зобов'язані встановити об›єктивні, недискримінаційні та пропорційні правила для визначення того, чи можуть ці організації відкривати рахунок у них. Після відкриття рахунку банк зобов'язаний не перешкоджати доступу організації до основних банківських послуг. Ці положення створюють сильний стимул для емітентів ICO та компаній, пов›язаних з криптовалютами, одержати необов›язкову «візу», необов›язкову ліцензію або реєстрацію замість того, щоб залишатися нерегульованими, оскільки право доступу до банківських рахунків прив›язане до цього дозволу або ліцензії.

Крім того, якщо банк відмовляє одному із цих суб›єктів у праві відкрити рахунок, він має повідомити причину свого рішення в AMF або ACPR. Організації, яким відмовлено у відкритті банківського рахунку, також можуть оскаржити рішення банку.

Проте станом на червень 2021 року зареєстровані DASP, як і раніше, не можуть відкривати банківські рахунки у французьких банках. Банки стверджують, що ризик ВК, що створюється DASP, занадто високий, навіть якщо вони зареєстровані та підпадають під дію регулювання з ПВК/ФТ. Організація, що представляє французьких учасників індустрії криптоактивів, Асоціація з розвитку цифрових активів, неодноразово засуджувала проблеми, із якими стикаються DASP у доступі до основних банківських услуг[1549].

1546 Les Echos, «Коли банк забороняє своєму клієнту інвестувати в криптовалюти», 24 травня 2019 року. Електронний ресурс: https://bit.ly/38UJZsB

1547 Апеляційний суд Парижа, 26 серпня 2011 р., № 11/15269. Електронний ресурс: https://bit.ly/3wNvPmg

1548 Апеляційний суд Парижа, 26 вересня 2013 р., № 12/00161. Електронний ресурс: https://bit.ly/3MSLZR4

1549 Асоціація розвитку цифрових активів (ADAN), ADAN вітає визнання владою проблем, з якими стикаються криптокомпанії під час отримання доступу до банківських рахунків, 1 квітня 2021 року. Електронний ресурс: https://bit.ly/3LQpDhR

ii. ВІДПОВІДНІСТЬ ЗАГАЛЬНОМУ ПОЛОЖЕННЮ ЗАХИСТУ ДАНИХ

Публічні блокчейни, мабуть, суперечать деяким правам, гарантованим Загальним положенням про захист даних (GDPR)[1550], таким як право на видалення даних, право на виправлення та право на заперечення проти обробки.

У вересні 2018 року Національна комісія з інформатики та свободи (CNIL), орган із захисту даних Франції, випустила аналіз сумісності публічних та дозволених блокчейнів з GDPR.[1551] (Що стосується приватних блокчейнів, CNIL зазначила, що вони не викликають особливих питань щодо GDPR, оскільки їхня незмінність зазвичай не гарантується конструкцією).

CNIL заявила, що щоразу, коли блокчейн містить персональні дані, застосовується GDPR. CNIL наголошує на персональних даних, які можуть бути завантажені в блокчейн як спосіб забезпечення відстеження реальних документів (наприклад, диплома), але, схоже, визнає конфлікт між деякими вимогами GDPR, такими як право на видалення, та самою природою публічних блокчейнів. У будь-якому випадку CNIL рекомендує не зберігати незашифровані персональні дані в блокчейні. CNIL також оголосила, що проблеми, що виникають у зв'язку з блокчейном щодо захисту даних, мають вирішуватись на рівні ЄС.

XI. ПЛАНИ НА МАЙБУТНЄ

Закон PACTE надав Франції повну правову базу для емітентів ICO та посередників криптоактивів. Через кілька років ця основа буде замінена європейським статусом, який буде створено регламентом MiCA, та застаріє. Проте французький режим частково надихнув проєкт MiCA, і ми очікуємо, що зареєстровані або ліцензовані DASP автоматично користуються «застереженням діда».

Щоб Франція стала справжнім центром для криптоактивів, необхідно провести безліч реформ, зокрема:

a. Щодо оподаткування, то податкова звітність, яка застосовується до індивідуальних інвесторів, може бути спрощена. Також необхідно уточнити податковий і бухгалтерський режим, що застосовується до компаній, що володіють криптовалютами. Крім того, надання фізичним особам можливості скористатися відстроченням сплати податків під час фінансування компанії завдяки криптовалютам стимулюватиме власників криптовалют реінвестувати свої доходи в реальну економіку.

1550 Регламент Європейського Парламенту і Ради (ЄС) 2016/679 від 27 квітня 2016 року про захист фізичних осіб у зв'язку з опрацюванням персональних даних і про вільний рух таких даних. Електронний ресурс: https://bit.ly/3atdx1b

1551 CNIL, Blockchain і GDPR: рішення для відповідального використання блокчейну в контексті персональних даних, 6 листопада 2018 р. Електронний ресурс: https://bit.ly/3wL88Ka

b. Потрібно підтримати майнингову індустрію, дозволивши звільнити майнерів від сплати TICFE.

c. Оскільки децентралізоване фінансування стає дедалі популярнішим серед роздрібних та інституційних інвесторів, включення цих видів діяльності до рамок DASP забезпечить правову визначеність для їхніх користувачів. Крім того, оскільки децентралізовані фінанси, а також більшість торгових платформ значною мірою спираються на стейблкоїни, уточнення їхнього статусу та дозвіл на їхній обіг без створення надто великих юридичних перешкод допоможе позиціонувати Францію та Європу як провідні юрисдикції для економіки криптоактивів.

ШВЕЙЦАРІЯ

I. ОЗНАЙОМЛЕННЯ З НОРМАТИВНО-ПРАВОВОЮ БАЗОЮ

i. РОЗМІРИ РИНКУ

Швейцарія є батьківщиною криптодолини у кантоні Цуг поблизу міста Цюрих та має активну спільноту підприємств, що працюють у криптопросторі. Незважаючи на те, що Швейцарії важко призначити місце в глобальній криптоспільноті, яка швидко розвивається, Швейцарія взяла на себе роль піонера в цій сфері. Це важлива юрисдикція для первинних розміщень монет (ICO) та розміщень інвестиційних токенів (STO) та пропонує добре розвинену інфраструктуру та надійну правову базу для компаній, які працюють у криптопросторі.

ii. ПРАВОВА БАЗА

Швейцарська Конфедерація має сприятливу та привабливу правову базу щодо криптоактивів, хоча для них окремої правової бази немає. Нормативна база стосовно криптовалют, яка дозволяє емісію і торгівлю цими активами, існує вже кілька років.

На сучасний час Швейцарська Конфедерація через прийняття Федерального Закону «Про адаптацію федеральних законів до розвитку технології розподіленого електронного реєстру»[1552] вдосконалила свою нормативну базу стосовно токенів, що заявляють права (наприклад, токени активів), та токенів корисності, що заявляють права вимог до емітента або третьої сторони. Цей закон вніс різні поправки до швейцарського законодавства, щоб врахувати потенціал, який пропонує технологія розподіленого реєстру (DLT).

1552 Федеральний Закон Швейцарської Конфедерації 2020 року «Про адаптацію федеральних законів до розвитку технології розподіленого електронного реєстру» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3h5zUd6 (німецька мова).

Деякі частини законодавства набули чинності в лютому, а решта нових положень набудуть чинності у серпні 2021 року. Зокрема, Федеральний Закон «Про адаптацію федеральних законів до розвитку технології розподіленого електронного реєстру» запровадив, як новий клас активів, DLT-права, які стали цифровою альтернативою цінним паперам, що існують у паперовій формі. DLT-права мають передаватися виключно через блокчейн. Крім того, до швейцарського законодавства введено новий тип категорії ліцензії для торговельних майданчиків, де можна торгувати DLT-правами. Крім того, в разі банкрутства третьої сторони запроваджено додаткові права на сегрегацію для криптоактивів, які зберігаються у третьої сторони (наприклад, у постачальника послуг зі збереження гаманців).

Федеральний орган з питань нагляду за фінансовими ринками Швейцарської Конфедерації[1553] (FINMA) неодноразово заявляв, що не буде розрізняти різні технології, які використовуються для однієї й тієї ж діяльності, тобто застосовуватиме принцип «той самий бізнес, ті самі правила» до будь-яких нових технологій. Наразі ця установа дотримується такого принципу, застосовуючи швейцарське законодавство про фінансові ринки до криптоактивів і додатків на основі блокчейну. Це також надалі буде застосовуватися щодо Федерального Закону «Про адаптацію федеральних законів до розвитку технології розподіленого електронного реєстру».

iii. НОРМАТИВНА КЛАСИФІКАЦІЯ ТОКЕНІВ

16 лютого 2018 року Федеральний орган з питань нагляду за фінансовими ринками Швейцарської Конфедерації опублікував Інструкції з надання запитів щодо нормативної бази для здійснення первинного розміщення монет[1554]. У цих інструкціях Федеральний орган з питань нагляду за фінансовими ринками Швейцарської Конфедерації роз'яснює, як відповідно до швейцарського законодавства класифікувати криптовалюти та інші монети або токени (сукупно з криптовалютами, токенами) або іншими активами, зареєстрованими у розподілених реєстрах.

Відповідно до Інструкцій з надання запитів щодо нормативної бази для здійснення первинного розміщення монет Федеральний орган з питань нагляду за фінансовими ринками Швейцарської Конфедерації розрізняє такі категорії токенів:

a. платіжні токени або криптовалюти, які призначені тільки як засіб платежу та не дають будь-яких підстав щодо висування вимог до емітента;
b. токени корисності, які надають права на доступ або використання цифрового додатка чи послуги, за умови, що програма чи служба вже функціонують на час продажу токена;

1553 Офіційний вебсайт https://www.finma.ch/en/ (англійська, німецька, французька та італійська мови).
1554 Ці Інструкції доступні за адресою: https://bit.ly/36yc1bZ (англійська мова).

c. токени активів, які представляють активи, наприклад, борг або вимогу до емітента щодо участі в капіталі або третьої сторони, або право на базовий актив.

Крім того, Федеральний орган з питань нагляду за фінансовими ринками Швейцарської Конфедерації пояснив, що токени також можуть мати гібридну форму, включаючи елементи більш ніж однієї з цих категорій. Ці гібридні токени мають сукупно відповідати нормативним вимогам, що застосовуються до кожної відповідної категорії токенів. Федеральний орган з питань нагляду за фінансовими ринками Швейцарської Конфедерації визнає, що класифікація токена може змінюватися з часом. Для оцінки нормативних наслідків первинного розміщення монет актуальним є момент емісії токена. Однак початкова класифікація може змінитися після первинного розміщення монет. В разі здійснення будь-якої торговельної діяльності з токенами на вторинному ринку необхідно враховувати їхню класифікацію на момент відповідної торговельної діяльності.

Крім того, Федеральний орган з питань нагляду за фінансовими ринками Швейцарської Конфедерації 11 вересня 2019 року опублікував свої погляди на нормативну класифікацію стабільних токенів (тобто токенів, забезпечених базовим активом: пулом фіатних валют або іншими активами) у Доповненні до Інструкцій з надання запитів щодо нормативної бази для здійснення первинного розміщення монет[1555]. Федеральний орган з питань нагляду за фінансовими ринками Швейцарської Конфедерації уточнив, що стабільні токени (стейблтокени) відповідно до швейцарського законодавства не вважаються окремим типом категорії токенів, та залежно від прав, наданих стабільним токенам, вони зазвичай класифікуються як токени активів або як гібрид між платіжними токенами та токенами активів.

Відповідно до швейцарського законодавства платіжні токени не визначаються як законний платіжний засіб чи інший платіжний засіб. Однак, Федеральна Рада Швейцарської Конфедерації роз'яснила, що платіжні токени можуть використовуватись як приватний платіжний засіб, якщо учасники операції домовляться про використання платіжних токенів як засобів платежу, що застосовуються під час проведення такої операції. Крім того, емісія платіжних токенів вимагає дотримання швейцарських правових норм у сфері запобігання відмиванню коштів (*див. Секцію V*).

IV. ЗАПИТИ ФЕДЕРАЛЬНОМУ ОРГАНУ З ПИТАНЬ НАГЛЯДУ ЗА ФІНАНСОВИМИ РИНКАМИ ШВЕЙЦАРСЬКОЇ КОНФЕДЕРАЦІЇ

Незважаючи на керівні настанови, надані Федеральним органом з питань нагляду за фінансовими ринками Швейцарської Конфедерації, та з огляду на те, що ця сфера є новою і структури розміщення токенів постійно розвиваються, звичайною

1555 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LWkea0 (англійська мова).

практикою в разі застосування Інструкцій з надання запитів щодо нормативної бази для здійснення первинного розміщення монет у реальних проєктах є надсилання запитів до Федерального органу з питань нагляду за фінансовими ринками Швейцарської Конфедерації. Ці запити створюються з метою одержання від регулятора підтвердження або листа-заборони щодо вчинення дій у цій сфері. У такий спосбі створюються сприятливі умови для діяльності у цій сфері.

Федеральний орган з питань нагляду за фінансовими ринками Швейцарської Конфедерації пропонує можливість подавати такі запити про «бездіяльність», щоб оформити нормативне підтвердження.

II. ЗАКОНИ ПРО ЦІННІ ПАПЕРИ ТА ІНВЕСТИЦІЇ

i. ВІДПОВІДНІСТЬ ЗАКОНОДАВСТВА ЩОДО ТОКЕНІВ АКТИВІВ І ПЕВНИХ ТИПІВ ТОКЕНІВ КОРИСНОСТІ

Швейцарські закони про цінні папери мають стосунок до емісії токенів активів або будь-якої гібридної форми токенів, що включають функціональні можливості токенів активів (наприклад, стабільний токен або токен корисності щодо використання платформи, яка не повністю розроблена).

Однак, платіжні токени та токени корисності, які не заявляють права вимог до емітента чи третьої сторони, не підпадають під дію законодавства Швейцарської Конфедерації про цінні папери, оскільки вони не заявляють жодних прав[1556]. Такі платіжні токени та токени корисності на даний час варто класифікувати за принципом sui generis як нематеріальні цифрові активи[1557].

ii. ЕМІСІЯ ТОКЕНІВ, ЯКІ ЗАЯВЛЯЮТЬ ПРАВА ДО ЕМІТЕНТА ЧИ ТРЕТЬОЇ СТОРОНИ

Федеральний Закон «Про адаптацію федеральних законів до розвитку технології розподіленого електронного реєстру» запровадив DLT-права, як новий вид активів, відповідно до нових статтей 973d et seq. Швейцарського кодексу зобов'язань[1558] для токенів активів або токенів корисності, які заявляють будь-які права вимог до емітента або третіх сторін.

1556 Див. стор. 25 Звіту робочої групи з питань регулювання Швейцарської асоціації з питань застосування інформаційних технологій в юридичній практиці від 27.04.2018 «Пропозиція щодо функціональної та перспективної швейцарської екосистеми» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3p8KTGS (англійська мова).

1557 Див. виноску 3 та стор. 54 та 66 Звіту Федеральної Ради Швейцарської Конфедерації від 14.12.2018 «Правова база щодо технології розподіленого реєстру та блокчейну у Швейцарії» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3h830bt (англійська мова) та Звіт Федеральної Ради Швейцарської Конфедерації від 25.06.2014 «Звіт про віртуальні валюти у відповідь на постулати Шваба (13.3687) та Вейбеля (13.4070)» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3pwkBif (англійська мова).

1558 Частина V Цивільного кодексу Швейцарської Конфедерації «Кодекс зобов'язань» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3BPZmfZ (англійська мова).

DLT-права розроблені як цифровий еквівалент цінних паперів, що існують у паперовій або електронній формах, шляхом прив'язування права до токена замість паперового цінного паперу або реєстрації в реєстрі електронних цінних паперів. DLT-права не можуть бути використані або переказані за межі відповідного розподіленого реєстру.

Що стосується обсягу DLT-прав, то будь-які права, які можуть бути емітовані як паперові чи електронні цінні папери, можуть бути емітовані як DLT-права. Отже, вони можуть бути використані щодо заявлення взаємозамінних договірних претензій (наприклад, боргові зобов'язання), невзаємозамінних договірних претензій (наприклад, вимог, що випливають з ліцензійної угоди), прав на членство, які можуть бути емітовані як паперові або електронні цінні папери (наприклад, акції фондових корпорацій), а також права in rem, які можуть бути емітовані як паперові чи електронні цінні папери (наприклад, іпотечні сертифікати). Однак криптовалюти або володіння активами чи фактичний контроль над ними не можуть бути емітовані як DLT-права.

Відповідно до Федерального Закону «Про адаптацію федеральних законів до розвитку технології розподіленого електронного реєстру», емісія DLT-прав вимагає реєстрації права в розподіленому реєстрі на основі угоди між емітентом та першим власником, що передбачає реєстрацію відповідних прав у розподіленому реєстрі та зобов'язання, що такі права можна переказувати та реалізовувати тільки у відповідному розподіленому реєстрі.

До того ж, є доцільним, щоб сторони чітко вказали свої наміри в умовах DLT-прав під час створення таких DLT-прав, а також що буде застосовуватись швейцарське законодавство. Без такої зауваги Федеральний Закон «Про міжнародне приватне право»[1559] (зі змінами, внесеними Федеральним Законом «Про адаптацію федеральних законів до розвитку технології розподіленого електронного реєстру») передбачає, що тоді будуть застосовуватись закони місця реєстрації або проживання емітента, з урахуванням спеціальних норм щодо прав in rem.

Крім того, Федеральний Закон «Про адаптацію федеральних законів до розвитку технології розподіленого електронного реєстру» визначає певні характеристики, яким має відповідати розподілений реєстр, де буде зареєстровано DLT-право. Такий розподілений реєстр має надавати право розпоряджатися DLT-правами тільки власникам DLT-прав (а не боржнику), захищати їхню цілісність з допомогою відповідних технічних та організаційних заходів від несанкціонованих доступу та змін, записувати або робити доступними через розподілений реєстр умови їхнього функціонування та умови відповідних DLT -прав, а також забезпечити, щоб за-

1559 Федеральний Закон Швейцарської Конфедерації від 18.12.1987 «Про міжнародне приватне право» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3M01LJC (англійська мова).

писи реєстру в розподіленому реєстрі могло бачити невизначене коло осіб. Проте Федеральний Закон «Про адаптацію федеральних законів до розвитку технології розподіленого електронного реєстру» не визначає жодних технічних вимог, наприклад, щодо мінімальної кількості учасників у такому реєстрі чи застосовується механізму консенсусу.

Наостанок, DLT-права можуть використовуватися як підґрунтя для створення електронних цінних паперів відповідно до Федерального Закону «Про цінні папери, що зберігаються у посередника»[1560] завдяки переказу їх зберігачу, як визначено у цьому законі, та через зарахування цим зберігачем DLT-права на один або кілька рахунків у цінних паперах.

Зберігач зобов'язаний знерухомити DLT-права, які відповідно до Федерального Закону «Про цінні папери, що зберігаються у посередника» можуть бути переказані тільки після того, як вони будуть утримуватись як електронні цінні папери.

iii. ВИМОГИ ДО ПЕРЕКАЗІВ ТОКЕНІВ

Відповідно до швейцарського законодавства, платіжні токени та токени корисності, які не заявляють жодних вимог до емітента або третіх сторін, можуть бути створені та переказані згідно з умовами відповідного розподіленого реєстру. Отже, переказ, який здійснюється через виконання транзакції між двома гаманцями, може вважатись правомірним.

З іншого боку, токени активів чи токени корисності, які заявляють будь-які претензії до емітента або третіх сторін та які емітовані як DLT-права, можна переказувати тільки згідно з правилами відповідного розподіленого реєстру. Тепер більше вже не має значення, як відповідні права, представлені в DLT-правах, будуть переказані без цифрового представлення у DLT-правах, подібно до будь-яких токенів активів або токенів корисності, які заявляють будь-які вимоги до емітента або третіх сторін, які не є емітованими як DLT-права.

Федеральний Закон «Про адаптацію федеральних законів до розвитку технології розподіленого електронного реєстру» передбачає норму про остаточність таких переказів, навіть якщо особа, що переказує, стає неплатоспроможною. Володільці DLT-прав також отримають права на bona fide захист, подібно до власників паперових цінних паперів, якщо вони придбали DLT-права у неавторизованого продавця.

1560 Федеральний Закон Швейцарської Конфедерації від 03.10.2008 «Про цінні папери, що зберігаються у посередника» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3hbpV5N (англійська мова).

iv. КЛАСИФІКАЦІЯ ТОКЕНІВ ЯК ЦІННИХ ПАПЕРІВ

Згідно зі статтею 2(b) Федерального Закону «Про інфраструктуру фінансового ринку та поведінку на ринку під час торгівлі цінними паперами та деривативами»[1561] цінні папери – це паперові чи електронні цінні папери, деривативи, цінні папери, що зберігаються у посередника, або DLT-права, які стандартизовані та придатні для масової торгівлі. Відповідно до статті 2(1) Постанови «Про інфраструктуру фінансового ринку та поведінку на ринку при торгівлі цінними паперами та деривативами»[1562] «стандартизований і придатний для масової торгівлі» означає, у цьому контексті, що інструменти розміщуються для публічного продажу у тій самій структурі та номіналі або що вони розміщені за однакових умов серед 20 або більше клієнтів.

Федеральний орган з питань нагляду за фінансовими ринками Швейцарської Конфедерації роз'яснив в Інструкціях з надання запитів щодо нормативної бази для здійснення первинного розміщення монет, що він буде застосовувати ці правила щодо токенів наступним чином[1563]:

a. Платіжні токени, які не кваліфікуються як цінні папери, оскільки вони призначені для використання як засіб платежу відповідно до позиції Федерального органу з питань нагляду за фінансовими ринками Швейцарської Конфедерації. Платіжні токени не можуть підпадати під визначення цінних паперів, оскільки вони не заявляють жодних прав, які можна реалізувати проти емітента або третіх сторін;

b. Токени корисності, які можуть кваліфікуватися як цінні папери, якщо платформа, де їх можна використовувати, не готова до функціонування на момент продажу токенів, або якщо токени заявляють права, які можуть бути застосовані проти емітента або третьої сторони. Вважається, що ці токени корисності мають інвестиційну мету. Федеральний орган з питань нагляду за фінансовими ринками Швейцарської Конфедерації також пояснив, що потрібен окремий аналіз для кожного випадку, щоб уточнити, чи можна використовувати токен за призначенням. Зокрема, в ньому вказується, що підтвердження концепцій або бета-версій платформ чи застосувань, на яких токени корисності не можуть (поки що) використовуватися, недостатньо, щоб вийти за рамки визначення цінних паперів у контексті Федерального Закону «Про інфраструктуру фінансового ринку та поведінку на ринку

1561 Федеральний Закон Швейцарської Конфедерації від 19.06.2015 «Про інфраструктуру фінансового ринку та поведінку на ринку при торгівлі цінними паперами та деривативами» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3BMyXzA (англійська мова).

1562 Постанова Федеральної Ради Швейцарської Конфедерації «Про інфраструктуру фінансового ринку та поведінку на ринку при торгівлі цінними паперами та деривативами» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3JVbBef (англійська мова).

1563 Див. Секцію 3.1 Інструкцій з надання запитів щодо нормативної бази для здійснення первинного розміщення монет (виноска 4).

при торгівлі цінними паперами та деривативами». Однак, з огляду на те, що кваліфікація токенів може змінюватися з часом, можливо, що токени корисності, що кваліфікуються як цінні папери, випадуть з цього визначення, як тільки платформа, на якій будуть використовуватися токени, стане повністю функціональною за призначенням;

c. Токени активів кваліфікуються як цінні папери за умови, що вони були розміщені публічно або серед 20 чи більше осіб.

Федеральний орган з питань нагляду за фінансовими ринками Швейцарської Конфедерації заявив, що будь-які права інвесторів на отримання або придбання токенів у майбутньому, що виникли в результаті попереднього продажу, наприклад, у рамках простої угоди щодо майбутніх токенів, кваліфікуються як цінні папери, якщо права були розміщені публічно або на ідентичних умовах серед 20 чи більше осіб. З іншого боку, права, емітовані в контексті попереднього продажу, не є цінними паперами, якщо умови попереднього продажу не стандартизовані або використовуються різні умови для кожного інвестора: наприклад, через зміни суми прав, ціни або будь-якого положення про заборону на перепродаж.

v. ВИМОГИ ДО ПРОСПЕКТІВ ЕМІСІЙ

Незалежно від класифікації токенів як цінних паперів, стосовно будь-яких токенів, що являють собою цифрове представлення прав, які можуть бути заявлені проти емітента, виникає питання, чи підпадають токени під вимоги щодо проспекту емісії відповідно до Федерального Закону «Про фінансові послуги»[1564]. Згідно з цим Законом вимоги до проспектів емісій застосовуються, загалом, до всіх публічних розміщень цінних паперів, включаючи токени, які кваліфікуються як цінні папери (*див. Секцію 2.4*).

Крім того, що стосується фінансових інструментів, які розміщуються серед роздрібних інвесторів, Федеральний Закон «Про фінансові послуги» запровадив вимогу щодо підготовки основного документа для інвестора як додаткового документа, що розкриває інформацію, подібно до того, що зараз застосовується в Європейському Союзі відповідно до Регламенту ЄС щодо роздрібних та страхових структурованих інвестиційних продуктів[1565]. Ця нова вимога також стосується певних видів токенів, які кваліфікуються як фінансові інструменти (наприклад, токени активів з економікою структурованого продукту або деривативу).

1564 Федеральний Закон Швейцарської Конфедерації від 15.06.2018 «Про фінансові послуги» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/35I2vbz (англійська мова).

1565 Регламент Європейського Парламенту та Ради від 26.11.2014 № 1286/2014 «Про документи з основною інформацією щодо роздрібних та страхових структурованих інвестиційних продуктів» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3pfNezV (англійська мова).

vi. НОРМАТИВНІ НАСЛІДКИ КЛАСИФІКАЦІЇ ТОКЕНІВ ЯК ЦІННИХ ПАПЕРІВ

Якщо токени кваліфікуються як цінні папери, то вони підпадають під дію нормативної бази Федерального Закону «Про фінансові послуги» та Федерального Закону «Про фінансові установи»[1566]. Відповідно до цієї нормативно-правової бази суб'єкту господарської діяльності, що проводить операції з цінними паперами, потрібно мати ліцензію для будь-якої брокерської діяльності від імені клієнтів (крім інституційних клієнтів) щодо таких токенів та будь-якої ринкової діяльності щодо таких токенів[1567]. Крім того, емісія та андеррайтинг таких токенів, які кваліфікуються як деривативи, підлягають ліцензуванню як фірма з цінних паперів або банк, якщо банк або суб'єкт господарської діяльності, що здійснює операції з цінними паперами, проводять таку діяльність на комерційній основі[1568]. Вимога щодо ліцензування виникає у кожному випадку, якщо така діяльність проводиться на комерційній основі.

Крім того, кваліфікація токенів як цінних паперів впливає на вимоги до ліцензії згідно з Федеральним Законом «Про інфраструктуру фінансового ринку та поведінку на ринку під час торгівлі цінними паперами та деривативами» щодо будь-яких майданчиків вторинної торгівлі, де можна торгувати такими токенами.

vii. ЗАКОНИ ПРО КОЛЕКТИВНІ ІНВЕСТИЦІЇ

Що стосується будь-яких інвестицій в токени через колективні інвестиційні схеми чи фонди, або інвестиції в емісії токенів, що являють собою паї в схемах колективного інвестування, то необхідно враховувати норми Федерального Закону «Про колективні інвестиційні схеми»[1569] та його імплементаційні постанови. Для цілей Цього закону схема колективного інвестування – це сукупність активів, залучених від інвесторів з метою інвестування, які спільно керуються від імені інвесторів. Положення Федерального Закону «Про колективні інвестиційні схеми» застосовується незалежно від правової структури, яка була обрана для колективної схеми інвестування або фонду.

Отже, емісія токенів, а також будь-яка господарська діяльність щодо токенів (незалежно від їхньої класифікації), з допомогою якої об'єднуються активи, прийняті від клієнтів для інвестиційних цілей (тобто немає поділу інвестицій для кожного інвестора), або якщо активами клієнтів управляє третя сторона від імені цих клієнтів, можуть підпадати під дію вимог Федерального Закону «Про колективні інвестицій-

1566 Федеральний Закон Швейцарської Конфедерації від 15.06.2018 «Про фінансові установи» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3Im6AuK (англійська мова).

1567 Стаття 41 Федерального Закону Швейцарської Конфедерації від 15.06.2018 «Про фінансові установи».

1568 Пункти c та d частини першої статті 44 Федерального Закону Швейцарської Конфедерації 15.06.2018 «Про фінансові установи».

1569 Федеральний Закон Швейцарської Конфедерації від 23.06.2006 «Про колективні інвестиційні схеми» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3vhA5KD (англійська мова).

ні схеми» та Федерального Закону «Про фінансові установи» та має пройти аналіз щодо швейцарського регулювання схем колективного інвестування.

Суб'єкти господарювання, які здійснюють торгівлю цінними паперами, як правило, не підпадають під дію Федерального Закону «Про колективні інвестиційні схеми». Однак, провести межу між комерційним підприємством та схемою колективного інвестування можливо тільки під час проведення аналізу кожного випадку окремо.

III. БАНКІВСЬКІ ТА ГРОШОВІ ПЕРЕКАЗИ

Відповідно до Федерального Закону «Про банківську діяльність та ощадні банки Швейцарії»[1570] вимога до банківської ліцензії активується, якщо компанія, яка проводить переважно фінансову діяльність, почне приймати депозити від широкого кола осіб (тобто від 20 осіб і більше) або публічно рекламує цю діяльність. Згідно з Постановою Федеральної Ради Швейцарії «Про банківську діяльність та ощадні банки Швейцарії»[1571], прийняття будь-яких зобов'язань, як правило, кваліфікується як діяльність із залучення депозитів, якщо не застосовується один із винятків, визначених у пунктах 2 та 3 статті 5 цієї постанови.

У контексті продажу токенів найбільш відповідними винятками є наступні:

a. у межах, де зобов'язання є борговими цінними паперами, що емітовані як стандартизовані продукти, які є придатними для масової торгівлі, або є несертифікованими правами з аналогічною функцією, а кредиторам надається інформація (наприклад, у проспекті або меморандумі про приватне розміщення), включаючи мінімальний обсяг, як описано в підпункту b пункту 3 статті 5 вищевказаної постанови на час розміщення. Зобов'язання не кваліфікуються як депозити;

b. якщо зобов'язання виникають із коштів клієнта, що знаходяться на розрахункових рахунках у суб'єктів господарської діяльності, що проводять операції з цінними паперами, менеджерів активів або аналогічних фінансових посередників, за умови, що кошти використовуються для розрахунків за клієнтськими операціями, проценти на кошти не сплачуються та (за винятком рахунків з цінними паперами суб'єкта господарської діяльності, що проводить операції з цінними паперами) розрахунок відбувається не пізніше 60 днів.

1570 Федеральний Закон Швейцарської Конфедерації від 08.11.1934 «Про банківську діяльність та ощадні банки Швейцарської Конфедерації» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3HykmZZ (офіційна версія німецькою мовою) та https://bit.ly/35MLLuc (англійська мова).

1571 Постанова Федеральної Ради Швейцарської Конфедерації від 30.04.2014 «Про банківську діяльність та ощадні банки Швейцарії» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3HwKggF (офіційна версія німецькою мовою) та https://bit.ly/3KaVmd6 (англійська мова).

Крім того, у швейцарському законодавстві відповідно до пункту 2 статті 6 Постанови Федеральної Ради Швейцарії «Про банківську діяльність та ощадні банки Швейцарії» передбачено можливості проведення некомерційної діяльності у цій сфері. Згідно з цими вимогами дозволяється без банківської ліцензії прийняття депозитів від широкого кола осіб (тобто 20 осіб і більше) на загальну суму до одного мільйона швейцарських франків, за умови, що на депозитні суми не генерується процентний дохід та перед прийняттям депозиту інвестор був проінформований про те, що фізична або юридична особа, яка залучає депозити, не підлягає пруденційному нагляду з боку Федерального органу з питань нагляду за фінансовими ринками Швейцарської Конфедерації та що інвестиції не захищені жодною схемою захисту депозитів.

Водночас, суб'єкти, які залучають депозити від широкого кола осіб на загальну суму до 100 мільйонів швейцарських франків, за умови, що ці депозити не реінвестуються та не нараховують відсотків, можуть запросити «легку» банківську ліцензію. Порівняно з повною банківською ліцензією, застосовуються певні виключення щодо організації, управління ризиками, відповідності, кваліфікації регулятивного аудитора та вимог до капіталізації. «Легка» банківська ліцензія доступна з 1 січня 2019 року. Це може бути цікавим варіантом для суб'єктів, що працюють у крипто-просторі, які мають намір залучати депозити від широкого кола осіб на суму, що не перевищує 100 мільйонів швейцарських франків.

Під час надання послуг зберігання токенів виникає питання: за яких обставин для діяльності потрібна банківська ліцензія чи «легка» банківська ліцензія? Це було б актуально, коли суб'єкт, що обслуговує сховище, зберігає токени з платіжною функцією не на окремій основі (наприклад, на окремих публічних адресах для кожного клієнта), а на всеохопному обліковому записі клієнта (наприклад, на спільній публічній адресі для понад одного клієнта), оскільки для такої діяльності зі зберігання на всеохопних рахунках клієнта необхідна банківська ліцензія або «легка» банківська ліцензія.

Що стосується брокерських послуг, що надаються щодо токенів, то ця діяльність може бути предметом банківської ліцензії, якщо постачальник послуг під час проведення такої діяльності приймає фіатні валюти або токени на власні рахунки чи на публічні ключі відповідно. У цьому випадку такому постачальнику послуг доцільно розраховувати на звільнення від вимоги щодо наявності розрахункового рахунку, як згадано вище. Однак, цей виняток недоступний для трейдерів криптовалют, які проводять діяльність, яку можна порівняти з діяльністю валютних трейдерів (тобто, які наражають своїх клієнтів подібним ризикам банкрутства, як це роблять валютні трейдери).

IV. ПРОТИДІЯ ВІДМИВАННЮ КОШТІВ

i. ЧИННІ НОРМИ

Відповідно до швейцарського законодавства протидія відмиванню коштів складається із Федерального Закону «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму»[1572] та Постанови Федеральної Ради Швейцарії «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму»[1573]. Вказаний Закон поширюється, inter alia, на фінансових посередників.

Додатково до суб'єктів, які підлягають пруденційному нагляду, належить будь-яка особа, яка згідно з частиною 3 статті 2 Цього Закону залучає, утримує або депонує активи, що належать іншим особам, або допомагає в інвестуванні таких активів на професійній основі. Така особа вважається фінансовим посередником.

Крім того, Федеральний Закон «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму» містить неповний перелік видів діяльності, які вважаються фінансовим посередництвом. У контексті первинного розміщення монет та токенів це є: емісія платіжних засобів, які не можуть використовуватися виключно емітентом[1574], надання послуг, пов'язаних із платіжними операціями у формі послуг переказу коштів та передачі активів[1575], та послуги з обміну грошей[1576].

Фінансовий посередник відповідно до Федерального Закону «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму» має бути пов'язаним з уповноваженою саморегулівною організацією з протидії відмиванню коштів (СРО). Крім того, фінансовий посередник має виконувати зобов'язання, визначені у Федеральному Законі «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму», включаючи, без обмежень, зобов'язання щодо ідентифікації та «знай свого клієнта» (KYC) стосовно договірних сторін та їхніх бенефіціарних власників. Фінансовий посередник також має подавати повідомлення до Інформаційного управління з боротьби з відмиванням коштів у випадках підозри у відмиванні коштів або фінансуванні тероризму.

1572 Федеральний Закон Швейцарської Конфедерації від 10.10.1997 «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3sG80e4 (англійська мова).

1573 Постанова Федеральної Ради Швейцарської Конфедерації від 11.11.2015 «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3KdLpvm (німецька мова).

1574 Див. абзац 64 Циркуляру Федерального органу з питань нагляду за фінансовими ринками Швейцарської Конфедерації № 2011/1 «Діяльність фінансового посередництва відповідно до Закону про відмивання коштів» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3plvai1 (німецька мова).

1575 Див. пункт 2 статті 4 Постанови Федеральної Ради Швейцарської Конфедерації від 11.11.2015 «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму» (виноска 23).

1576 Див підпункт а пункту 1 статті 5 Постанови Федеральної Ради Швейцарської Конфедерації від 11.11.2015 «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму» (виноска 23).

В Інструктивному листі Федерального органу з питань нагляду за фінансовими ринками Швейцарської Конфедерації від 26.08.2019 №02/2019 «Щодо платежів на блокчейні»[1577] вказується, що фінансові посередники, які є піднаглядними цього органу, зобов'язані дотримуватися «правил подорожей» для транзакцій з блокчейном. З метою протидії відмиванню коштів це також стосується інших фінансових посередників, які пов'язані з СРО. Згідно з «правилами подорожей» відповідний швейцарський фінансовий посередник повинен передати таку ж саму інформацію, яка потрібна для банківських переказів у фіатних грошах, або альтернативно, він повинен:

a. ідентифікувати одержувача відповідно до швейцарських норм протидії відмиванню коштів, начебто одержувач є клієнтом швейцарського фінансового посередника;
b. підтвердити право одержувача розпоряджатися адресою гаманця, що використовується ним, з допомогою належних технічних заходів, визначених відповідним швейцарським фінансовим посередником.

ii. ПЕРВИННІ РОЗМІЩЕННЯ МОНЕТ

Залежно від класифікації токенів, які будуть емітовані у рамках первинного розміщення монет, емісія може вважатися діяльністю з фінансового посередництва. З цього приводу Федеральний орган з питань нагляду за фінансовими ринками Швейцарської Конфедерації надає роз'яснення у своїх Інструкціях щодо первинного розміщення монет, як наведено нижче.

Емісія платіжних токенів вважається емісією платіжних засобів, а, отже, є діяльністю з фінансового посередництва відповідно до Федерального Закону «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму». Емісія токенів корисності, які є певною формою платіжної функції у визначених застосунку або платформі (наприклад, можливість використовувати токени корисності для оплати послуг, що використовуються на такій платформі), зазвичай вважається емісією платіжних засобів, а, отже, є діяльністю з фінансового посередництва згідно з Федеральним Законом «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму».

Однак емісія токенів корисності не вважається фінансовим посередництвом, якщо будь-який токен корисності не має жодної форми платежу або якщо функція платежу у виняткових випадках розглядається як допоміжна функція токенів корисності[1578].

1577 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3tBusnU (англійська мова).

1578 Див. Секцію 3.6 Інструкцій з надання запитів щодо нормативної бази для здійснення первинного розміщення монет (виноска 4) та 13 абзац та наступні Інструктивного листа Федерального органу з питань нагляду за фінансовими ринками Швейцарської Конфедерації від 26.08.2019 № 02/2019 «Щодо платежів на блокчейні» (виноска 27).

Щоб скористатися такими обставинами, необхідно:

a. основна мета токенів корисності полягає у наданні прав доступу до нефінансового застосунку;
b. суб'єкт, який надає функціональні можливості платежу, також був суб'єктом, який адмініструє цей нефінансовий застосунок;
c. доступ до нефінансового застосунку не може бути надано без включення функції додаткових платежів, вбудованих у такий токен корисності.

Проте, зверніть увагу, що Федеральний орган з питань нагляду за фінансовими ринками Швейцарської Конфедерації застосовує такі винятки дуже обмежено. На практиці будь-який токен корисності з певною платіжною функцією вважається фінансовим посередництвом у рамках Федерального Закону «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму».

Відповідно до Федерального Закону «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму» емісія токенів активів розглядається як діяльність з фінансового посередництва за умови, що токени активів вважаються цінними паперами, а також за умови, що вони не емітуються банками, суб'єктами господарської діяльності, що проводять операції з цінними паперами, або деякими іншими суб'єктами пруденційного нагляду. Однак, на практиці, емітенти токенів активів часто з власної ініціативи проводять деякі необхідні заходи щодо «знай свого клієнта» та ідентифікації, оскільки банки, до яких будуть переказані доходи від первинного розміщення монет, дотримуються подібних вимог[1579].

Емісія прав на придбання токенів у майбутньому, що здійснюється напередодні попереднього розміщення монет, не є діяльністю фінансового посередництва, за умови, що емітент не є банком, суб'єктом господарської діяльності, що проводить операції з цінними паперами, або деякими іншими суб'єктами пруденційного нагляду. Однак, емітувати токени надалі для інвесторів перед-попереднього розміщення монет буде вважатись емісією платіжних засобів згідно з Федеральним Законом «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму» (тобто, платіжних токенів та, з огляду на згадані винятки, токенів корисності), отже, буде розглядатись як фінансове посередництво. Тому, вимоги, що виникають відповідно до Федерального Закону «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму», діють у момент емісії.

1579 Див. Інструкції Асоціації швейцарських банків від серпня 2019 року «Про відкриття корпоративних рахунків для компаній, що працюють на технології розподіленого реєстру» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3HRu1eq (німецька мова).

Стосовно первинних розміщень монет, які підпадають під дію Федерального Закону «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму», Федеральний орган з питань нагляду за фінансовими ринками Швейцарської Конфедерації зазначає, що вимоги, які виникають у рамках Цього Закону (наприклад, «знай свого клієнта»), можуть передаватися на аутсорсинг фінансовим посередникам у Швейцарії, які пов'язані з будь-яким СРО або перебувають під наглядом Цього Федерального органу, за умови, що будь-які кошти від первинного розміщення монет проходять через фінансового посередника: тобто, будь-які токени або фіатні валюти, сплачені інвесторами, мають переказуватись на публічні ключі або рахунки аутсорсингового партнера, перш ніж їх переказувати відповідному емітенту.

iii. ОБМІННІ ТА ПОСЕРЕДНИЦЬКІ ПОСЛУГИ

Обмін фіатної валюти на токени або навпаки чи обмін двох різних токенів є діяльністю фінансового посередництва, яка підпадає під дію Федерального Закону «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму».

Якщо постачальник послуг пропонує обмінні послуги безпосередньо (тобто, виступає як обмінний контрагент для своїх клієнтів), то така діяльність розглядається як обмін грошей відповідно до Постанови Федеральної Ради Швейцарії «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму». Для цих послуг застосовується мінімальний поріг у розмірі 1000 швейцарських франків. Якщо операції обміну включають криптовалюти, а транзакції є нижчими за цей поріг, то у таких випадках непотрібно виконувати зобов'язання щодо «знай свого клієнта» або ідентифікації, як передбачено Федеральним Законом «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму»[1580].

Якщо постачальник послуг пропонує обмінні послуги за участю третьої сторони (наприклад, майданчик для обміну токенами) або якщо постачальник послуг надає посередницькі послуги, пов'язані з переказом чи обміном токенів або фіатних валют, а також бере участь у процесі оплати, то такі послуги розглядаються як послуги з переказу коштів та передачі активів відповідно до пункту 2 статті 4 Постанови Федеральної Ради Швейцарії «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму», а такий постачальник послуг вважається фінансовим посередником згідно з Федеральним Законом «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму».

1580 Див. статтю 51a Постанови Федерального органу з питань нагляду за фінансовими ринками Швейцарської Конфедерації від 03.06.2015 «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3MoQSBo (німецька мова)

Крім того, Федеральний орган з питань нагляду за фінансовими ринками Швейцарської Конфедерації у зв'язку з наданням платіжних послуг установами, що перебувають під його наглядом, зазначив, що переказ криптоактивів на зовнішні гаманці (тобто, на гаманці, які адмініструються третіми сторонами) дозволяється лише в тому випадку, якщо адреса гаманця одержувача належить одному з його власних клієнтів, які мають бути перевірені[1581]. Федеральний орган з питань нагляду за фінансовими ринками Швейцарської Конфедерації виправдовує такий підхід тим, що наразі в блокчейнах немає можливостей надати ідентифікаційну інформацію про відправника та одержувача транзакції, подібно до традиційних банківських переказів (наприклад, через SWIFT).

iv. ПОСЛУГИ ЗБЕРІГАННЯ

Постачальник послуг зберігання вважається фінансовим посередником, якщо він має право розпоряджатися приватними ключами токенів, що зберігаються (у кастодіальних гаманцях). Крім того, для такої діяльності може з'явитись необхідність отримання банківської ліцензії (*див. Секцію III*).

V. РЕГУЛЮВАННЯ БІРЖ

i. ТОКЕНИ, ЯКІ ВВАЖАЮТЬСЯ ЦІННИМИ ПАПЕРАМИ

У серпні 2021 року Федеральний Закон «Про адаптацію федеральних законів до розвитку технології розподіленого електронного реєстру» запровадить нову категорію ліцензій для торговельних майданчиків, на яких торгуються DLT-правами, які будуть розглядатись як цінні папери (*див. підсекцію 2.4*). Таким способом, законодавець відходить від свого принципу технологічно нейтрального регулювання, щоб усунути бар'єри, які перешкоджали створенню місць торгівлі для торгівлі токенами, які вважаються у Швейцарії цінними паперами (принаймні доти, поки такі цінні папери на основі технології розподіленого реєстру не були структуровані як електронні цінні папери).

Згідно з попередніми варіантами ліцензування, торговельні точки не могли інтегрувати пост-торговельну діяльність у торговельний майданчик. Крім того, для клірингу та розрахунків за транзакціями були потрібні окремі центральні контрагенти та центральні депозитарії цінних паперів.

1581 Див. Інструктивний лист Федерального органу з питань нагляду за фінансовими ринками Швейцарської Конфедерації від 26.08.2019 № 02/2019 «Щодо платежів на блокчейні» (виноска 27).

Що стосується транзакцій з розподіленими реєстрами, то пост-торговельна діяльність такого роду зазвичай виконується одночасно з транзакцією через реєстрацію відповідної транзакції у розподіленому реєстрі без залучення додаткових посередників, які здійснюють кліринг або розрахунки. Крім того, торговельні точки не мали права надавати прямий доступ роздрібним клієнтам.

Федеральний Закон «Про адаптацію федеральних законів до розвитку технології розподіленого електронного реєстру» вносить зміни до Федерального Закону «Про інфраструктуру фінансового ринку та поведінку на ринку під час торгівлі цінними паперами та деривативами», запроваджуючи торговельні системи на основі технології розподіленого реєстру як майданчики, що забезпечують багатосторонню торгівлю DLT-правами або іншими правами, що регулюються іноземним законодавством, які представлені в розподіленому реєстрі. Ці «права» розглядаються як цінні папери на основі недискреційних правил (разом це цінні папери на основі технології розподіленого реєстру) та які відповідають принаймні одній із таких вимог:

a. торговельна система надає змогу здійснювати торгівлю нерегульованим юридичним або фізичним особам як учасникам;
b. оператор торговельної системи централізовано вносить цінні папери на основі технології розподіленого реєстру через розподілений реєстр, дотримуючись єдиних правил,
c. оператор торговельної системи здійснює пост торговельну діяльність з цінними паперами на основі технології розподіленого реєстру (наприклад, кліринг і розрахунки), дотримуючись єдиних правил і процедур.

Крім того, Федеральний Закон «Про адаптацію федеральних законів до розвитку технології розподіленого електронного реєстру» дозволяє суб'єкту господарської діяльності, що проводить операції з цінними паперами чи банку адмініструвати організований торговельний майданчик для торгівлі DLT-правами.

ii. ІНШІ ТОКЕНИ

Що стосується Регулювання бірж щодо платіжних токенів та токенів корисності, які не розглядаються як цінні папери, то у швейцарському законодавстві немає жодних ліцензійних вимог для ведення такої господарської діяльності, крім забезпечення відповідності швейцарським вимогам протидії відмиванню коштів (*див. Секцію IV*). Однак, з огляду на те, що функціонування таких бірж зазвичай передбачає прийняття фіатних валют або таких токенів на рахунки чи публічні ключі оператора обміну, то може виникнути необхідність отримання банківської ліцензії, оскільки тут відбувається прийняття депозитів від широкого кола осіб (*див. Секцію III*).

Подібно до надання брокерських послуг, біржа може скористатися звільненням від обов'язкової наявності розрахункових рахунків, якщо кошти клієнтів, які прийняті на власні рахунки чи публічні ключі, використовуються виключно для здійснення торгів на біржі, не є процентними та переказуються на час до 60 днів. Крім того, це звільнення буде застосовано тільки в тому випадку, якщо клієнти не піддаються підвищеному ризику банкрутства, подібно до клієнтів валютного трейдера (*див. Секцію III*).

Також, біржа може скористатися можливістю проведення некомерційної діяльності в цій сфері згідно з пунктом 2 статті 6 Постанови Федеральної Ради Швейцарії «Про банківську діяльність та ощадні банки Швейцарії». Це трапиться, коли виконуються одночасно дві умови:

a. якщо від учасників обміну приймаються фіатні валюти та токени вартістю менше 1 мільйона швейцарських франків;
b. якщо учасникам повідомляють про відсутність будь-якого пруденційного нагляду за оператором біржі та будь-якої системи захисту депозитів.

У будь-якому випадку операція обміну токенами є послугою переказу грошей та передачі активів відповідно до пункту 2 статті 4 Постанови Федеральної Ради Швейцарії «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму». Отже, біржовий оператор вважається фінансовим посередником, на якого, зокрема, поширюються зобов'язання щодо приєднання до СРО або вимога отримати ліцензію на фінансове посередництво від Федерального органу з питань нагляду за фінансовими ринками Швейцарської Конфедерації.

VI. РЕГУЛЮВАННЯ МАЙНЕРІВ

i. РОЛЬ МАЙНИНГУ В ЕКОСИСТЕМІ ВІРТУАЛЬНИХ ВАЛЮТ

У необмеженій децентралізованій мережі (наприклад, блокчейн Ethereum або Bitcoin) майнинг власних токенів відповідного розподіленого реєстру, зазвичай платіжних токенів, відіграє важливу роль у здійсненні реєстрації транзакцій у розподіленому реєстрі, оскільки жоден центральний орган не здійснює моніторинг транзакцій. Щоб убезпечити фінансові транзакції та переконатися у відсутності шахрайства, майнери (або криптомайнери) мусять перевіряти транзакції та додавати їх до розподіленого реєстру.

Робота майнерів відкрита для всієї екосистеми розподіленого реєстру: кожен потенційно може брати участь у цій мережі та майнити токени. Для кожного блоку транзакцій майнери використовують математичні протоколи для перевірки транзакцій та їх валідації, перш ніж поширити ці дані по всій мережі.

Цей процес створює віртуальну валюту, оскільки майнери отримують як винагороду нову віртуальну валюту за свою діяльність із майнингу.

ii. НОРМАТИВНА БАЗА

Наразі у Швейцарії немає спеціального законодавства, яке б регулювало статус майнерів. Відповідно до швейцарського законодавства майнинг токенів (самоемісія токенів) не потребує одержання ліцензії за умови, що майнер не проводить жодної діяльності, яка підпадає під регулювання, як зазначено в Секціях II-V.

Самостійна емісія токенів, які розглядаються як цінні папери, як правило, не підлягає ліцензуванню, подібно до суб'єкта господарської діяльності, що проводить операції з цінними паперами, як це вимагає Федеральний Закон «Про інфраструктуру фінансового ринку та поведінку на ринку під час торгівлі цінними паперами та деривативами». Цей висновок також справедливий у тому малоймовірному випадку, коли токени будуть вважатися деривативами за умови, що ці деривативи не пропонуються широкому колу осіб на професійній основі.

iii. КОНТРОЛЬ ТА ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ У СФЕРІ МАЙНИНГУ З БОКУ ФЕДЕРАЛЬНОГО ОРГАНУ З ПИТАНЬ НАГЛЯДУ ЗА ФІНАНСОВИМИ РИНКАМИ ШВЕЙЦАРСЬКОЇ КОНФЕДЕРАЦІЇ

Федеральний орган з питань нагляду за фінансовими ринками Швейцарської Конфедерації, як правило, прихильно ставиться до технології блокчейн, але обережно стежить за всіма учасниками ринку, щоб гарантувати, що швейцарська мережа блокчейнів залишається вільною від шахрайства, зокрема у контексті первинного розміщення монет. Він регулярно висвітлює ризики, пов'язані з інвесторами, і прагне вживати заходів проти бізнес-моделей первинного розміщення монет, які порушують або обходять чинне законодавство.

Прикладом може бути розпочате у липні 2018 року виконавче провадження Федерального органу з питань нагляду за фінансовими ринками Швейцарської Конфедерації проти «Envion AG», швейцарської майнингової компанії, за порушення швейцарського законодавства у фінансовій сфері у контексті її первинного розміщення монет. Це призвело до рішення Цього органу про те, що компанія проводила діяльність із залучення депозитів, не одержавши належної банківської ліцензії[1582]. Було ухвалено рішення ліквідувати компанію через банкрутство.

Оскільки організаційно-правовий статус діяльності, пов'язаної з майнингом токенів, може викликати деякі проблеми, то є доцільним отримати лист-роз'яснення про заборону на певні дії від Федерального органу з питань нагляду за фінансови-

1582 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3sYiWUG (англійська мова).

ми ринками Швейцарської Конфедерації, наприклад, щодо конкретної діяльності майнера. Тоді у майнера буде юридична визначеність щодо того, що передбачена діяльність відповідає вимогам чинного законодавства (*див. підсекцію 2.4*).

VII. РЕГУЛЮВАННЯ ЕМІТЕНТІВ ТА СПОНСОРІВ

i. ЕМІТЕНТИ

Стосовно організаційно-правової форми для емітентів токенів, зазвичай використовуються два типи форм: фонд та акціонерне товариство.

Фонд передбачає повну незалежність і контроль з боку правління фонду, оскільки немає акціонерів. Однак його активи мають використовуватися відповідно до мети фонду, як зазначено у статутних документах. Тому розподіл прибутку обмежується цією метою та розподілити прибуток серед засновників неможливо. Крім того, кожен фонд також підлягає державному нагляду.

Зверніть увагу, що є певні податкові пільги доступні для фондів або акціонерних товариств з державною часткою або з неприбутковими цілями. Однак, умови для одержання таких пільг є досить істотними та зазвичай суб'єкти, які проводять первинне розміщення монет, не можуть їх задовольнити.

У контексті первинного розміщення монет існує, принаймні частково, якась комерційна мета. Крім того, емітент не переслідує некомерційну мету. Тому у Швейцарії правова форма фонду здебільшого не підходить. Його жорстка структура не забезпечує гнучкості, яка зазвичай необхідна, зокрема, оскільки засновники фонду не мають права власності чи будь-якого іншого контролю над активами або коштами фонду, а також не мають юридичних засобів впливати на діяльність фонду. Натомість акціонерне товариство є більш відповідним типом корпоративної форми для емітентів первинного розміщення монет.

Емітент первинного розміщення монет, зареєстрований як акціонерне товариство, повинен мати (крім випадків, коли він створений на основі внесків натурою) сплачений капітал у розмірі 50 000 швейцарських франків (з мінімальним статутним капіталом 100 000 швейцарських франків), який є депонованим у швейцарському банку. Однак, після реєстрації немає обмежень щодо місця, де ведеться обліковий запис. Емітент також може мати рахунок в іноземному банку.

Емітент повинен відповідати нормативним вимогам тою мірою, в якій це стосується цього емітента, як зазначено у Секціях II-V.

Залежно від класифікації емітованих токенів, емітент токенів може підпадати під дію Федерального Закону «Про боротьбу з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму», якщо він проводить діяльність з фінансового посередництва (*див. підсекцію 4.2*). У контексті первинного розміщення монет та токенів емісія платіжних засобів, які не можуть використовуватися виключно емітентом, надання послуг, пов'язаних із платіжними транзакціями у вигляді послуг з переказу грошей та передання активів або послуг з обміну грошей, є, наприклад, діяльністю з фінансового посередництва (*див. Секцію IV*).

ii. ІНВЕСТОРИ, ЯКІ ПІДВИЩУЮТЬ ПОПИТ

До часу, поки не проводиться жодна діяльність, яка входить до сфери регулювання, що описана в Розділах II-V, діяльність з підвищення попиту на токени, включаючи маркетинг, рекламу та просування токенів, наразі не підпадає під ліцензійні вимоги у Швейцарській Конфедерації. Проте є винятки. Спочатку розглянемо випадки, коли потрібно оформляти ліцензії, згідно з Федеральних Законів «Про банківську діяльність та ощадні банки Швейцарії» чи «Про фінансові установи»

Перший випадок – це коли компанія, яка проводить підвищення попиту, має іноземний організаційно-правовий статус як банк або суб'єкт господарської діяльності, що проводить операції з цінними паперами. Це пов'язано з тим, що вона має відповідний організаційно-правовий статус згідно з іноземним законодавством.

Другий випадок – це проведення діяльності, яка кваліфікується як банківська діяльність або торгівля цінними паперами відповідно до швейцарського законодавства чи використання термінів «банк» або «суб'єкт господарської діяльності, що проводить операції з цінними паперами» у назві компанії.

Третій випадок – це будь-яка маркетингова діяльність на теренах Швейцарської Конфедерації чи з її теренів для певного іноземного банку чи брокера-дилера – за умови, що така діяльність проводиться особами, які працюють у Швейцарії на професійній та постійній основі. Тут мається на увазі, що філія або представництво іноземних банку чи брокера-дилера мають оформити ліцензії у Федеральному органі з питань нагляду за фінансовими ринками Швейцарської Конфедерації.

Тепер розглянемо випадки щодо необхідності оформлення проспекту емісії. Це відбувається в разі публічної пропозиції токенів, які вважаються цінними паперами відповідно до Федерального Закону «Про фінансові послуги» або з інших причин. Проте, згідно з Швейцарським кодексом зобов'язань таке можливо тільки до 1 грудня 2020 року.

VIII. ОПОДАТКУВАННЯ

У серпні 2019 року Федеральна податкова адміністрація Швейцарської Конфедерації опублікувала робочий документ про податковий режим криптовалют та первинних розміщень монет, у частині податків на багатство, доходи фізичних осіб та товариств, а також для цілей утримання податку та гербового збору[1583]. Практика, описана в цьому робочому документі, викладена нижче. Однак, необхідно зазначити, що це тільки миттєвий погляд на поточну ситуацію та що не всі податкові питання, пов'язані з криптовалютами або первинними розміщеннями монет, були розглянуті та були отримані на них переконливі відповіді.

Отже, не виключено, що описана нижче практика податкових органів може надалі розроблятися та змінюватися. Тому переконливо рекомендуємо завчасно отримати податкові роз'яснення від відповідальних податкових органів перед проведенням первинного розміщення монет.

Разом з тим, наведені нижче роз'яснення обмежуються податковими наслідками для емітентів, які є зареєстрованими на теренах Швейцарської Конфедерації та емітували монети або токени з грошовими правами у вигляді токенів активів і токенів корисності, що заявляють вимоги до будь-якого контрагента.

Крім того, не розглядаються податкові питання щодо інвесторів у токени, а також питання стосовно криптовалют у формі суто цифрових засобів платежу (власних (натівних) токенів або платіжних токенів).

i. ОПОДАТКУВАННЯ ТОКЕНІВ АКТИВІВ

Токени активів відображають права інвестора стосовно емітента, які складаються з фіксованої компенсації або певної, заздалегідь визначеної участі інвестора в контрольному значенні (наприклад, прибуток до вирахування відсотків за використання позикових коштів та сплати податків (операційний прибуток)) бізнесу емітента. Отже, податкова класифікація токенів активів значною мірою залежить від структури цивільного законодавства, що регулює такі правовідносин.

До сьогодні токени активів для цілей оподаткування поділялися на такі три підкатегорії:

a. Боргові токени. Ці токени відображають собою юридичне або фактичне зобов'язання емітента повернути всю або значну частину вкладених інвестицій та, якщо можливо, здійснити виплату відсотків.

1583 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3pYgIT6 (німецька мова).

b. Токени-акції. Ці токени не вимагають від емітента повернення вкладених інвестицій. Право інвестора означає можливість одержання грошової виплати, яка вимірюється певним співвідношенням до прибутку чи результату ліквідації проєкту, або того й іншого одночасно.

c. Токени участі. Ці токени не містять жодних зобов'язань емітента щодо повернення вкладених інвестицій. Право інвестора має стосунок до пропорційної частки певного контрольного значення в емітента (наприклад, обсяги операційного прибутку, ліцензійного доходу або продажів).

Тепер розглянемо податковий режим для емітента щодо цих трьох типів токенів активів, припускаючи, що емітент є акціонерним товариством з податковою резиденцією на теренах Швейцарської Конфедерації.

Боргові токени для цілей оподаткування визнаються облігаціями і тому розглядаються як вказано нижче:

a. Податок на прибуток підприємства. Ресурси, отримані від загального збору коштів, не є оподатковуваним доходом і визнаються як зобов'язання в балансі емітента. Будь-які процентні виплати інвесторам, як правило, є витратами господарської діяльності та, отже, не підлягають оподаткуванню.

b. Утримання податку. Як періодичні, так і разові виплати відсотків за боргові токени підлягають оподаткуванню податком у розмірі 35 відсотків. Однак, передбачена можливість відшкодування податку. Проте саме таке відшкодування та його розміри залежать від статусу окремого інвестора.

c. Гербовий збір. Емісія боргових токенів звільняється від податку на переказ цінних паперів. Натомість операції на вторинному ринку з борговими токенами, як правило, підлягають оподаткуванню податком на переказ цінних паперів у розмірі до 0,15 відсотка від ціни придбання боргових токенів. Однак, це стосується випадку, коли дилер, що здійснює операції з цінними паперами на теренах Швейцарської Конфедерації чи Князівства Ліхтенштейн, як це визначено у Федеральному Законі «Про гербовий збір»[1584], є стороною або виконує роль посередника у транзакції та коли не передбачено жодне звільнення від оподаткування.

Токени-акції для цілей оподаткування визнаються похідними фінансовими інструментами і тому розглядаються ось так:

a. Податок на прибуток підприємств. Кошти, що залучені від емісії токенів-акцій, розглядаються як оподатковуваний прибуток та визнаються доходом у звіті про фінансові результати (звіті про сукупний дохід) емітента. Якщо емітент узяв договірне зобов'язання щодо реалізації конкретного проєк-

1584 Федеральний Закон Швейцарської Конфедерації від 27.06.1973 «Про гербовий збір» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3MPPZ51 (німецька мова).

ту, то забезпечення наступних платежів може розглядатись як витрати, що відповідно зменшує оподатковуваний дохід. Забезпечення наступних платежів, які більше не є потрібними після завершення розроблення проєкту, відображаються у звіті про фінансові результати (звіті про сукупний дохід). Виплати інвесторам на підставі їхнього права на певну частку прибутку або результату ліквідації (чи разом) зазвичай розглядаються як витрати, на які зменшується джерело оподаткування. Однак, для цього потрібно щоб виконувались такі умови: інвестори мають бути відомими на час платежу, акціонери емітента не повинні володіти понад 50% випущених токенів та виплати власникам токенів не перевищують 50% операційного прибутку. Якщо ці умови не виконуються, то тоді виникає вимога сплатити податок на прихований (занижений) прибуток.

b. Утримання податку. Токени-акції та пов'язаними з ними виплати не обкладаються податком. Однак, якщо акціонери емітента володіють понад 50% випущених токенів, а виплати власникам токенів становлять понад 50% операційного прибутку, то Федеральна податкова адміністрація Швейцарської Конфедерації вважає таку ситуацію, як уже зазначено в попередньому абзаці, прихованим (заниженим) прибутком, який підлягає оподаткуванню. В разі будь-якого ухилення від сплати податків, Федеральна податкова адміністрація Швейцарської Конфедерації також залишає за собою право стягувати податки.

c. Гербовий збір. Емісія токенів-акцій не підлягає оплаті гербового збору, оскільки токени-акції не розглядаються як права участі у розумінні Федерального Закону «Про гербовий збір». Крім того, виникає питання: чи кошти, якими акціонери емітента оплачують купівлю токенів-акцій, є оподатковуваним внеском чи ні? Це залежить від того, чи вартість, сплачена при купівлі токенів-акцій, збігається з відповідними умовами. Якщо такі умови виконуються, то цей платіж не підлягає оподаткуванню. Однак, попри все, необхідно сплатити збір за використання державної марки у розмірі одного відсотка від платежу. Похідні фінансові інструменти зазвичай не розглядаються як цінні папери, які відповідно до Федерального Закону «Про гербовий збір» підлягають оподаткуванню. Тому операції на вторинному ринку не обкладаються податком на переказ цінних паперів.

Для цілей оподаткування токени участі також вважаються похідними фінансовими інструментами. Тому вони розглядаються так само, як і токени- акції відповідно до наведених вище роз'яснень щодо оподаткування токенів-акцій.

ii. ОПОДАТКУВАННЯ ТОКЕНІВ КОРИСНОСТІ

Для цілей аналізу оподаткування, що наводиться нижче, передбачається, що емітент зобов'язується використовувати кошти, одержані від продажу токенів корисності, виключно для розвитку цифрового сервісу та надання можливості інвесторам отримати доступ до сервісу або скористатися ним. Подальших зобов'язань перед інвесторами емітент не має.

Токени корисності в основному треба розглядати як договірні відносини між емітентом та інвестором. Зобов'язання полягають у тому, що емітент повинен діяти відповідно до умов угоди між собою та інвесторами. Враховуючи це, для цілей оподаткування токени корисності розглядаються наступним чином:

a. Податок на прибуток підприємств. Кошти, які залучені від емісії токенів корисності, розглядаються як дохід, що підлягає оподаткуванню. Такий дохід також зазначається у звіті про фінансові результати (звіті про сукупний дохід) емітента. Якщо емітент узяв договірне зобов'язання щодо реалізації конкретного проєкту, то забезпечення наступних платежів може розглядатись як витрати, що відповідно зменшує оподатковуваний дохід. Забезпечення наступних платежів, які більше не є потрібними після завершення розробки проєкту, відображаються у звіті про фінансові результати (звіті про сукупний дохід).

b. Утримання податку. Вимоги, що виникають із договірних відносин, не підлягають оподаткуванню. Тому право на користування цифровими послугами не є доходом, який оподатковується.

c. Гербовий збір. Емісія токенів корисності не підлягає оплаті гербового збору, оскільки токени корисності не розглядаються як права участі у розумінні Федерального Закону «Про гербовий збір». Також, як зазначено вище, виникає питання: чи кошти, якими акціонери емітента оплачують купівлю токенів корисності, є оподатковуваним внеском чи ні? Це залежить від того, чи вартість, сплачена під час купівлі корисних токенів, збігається з відповідними умовами. Якщо такі умови виконуються, то цей платіж не підлягає оподаткуванню. Однак, попри все, необхідно сплатити збір за використання державної марки у розмірі одного відсотка від платежу. Токени корисності не розглядаються як цінні папери, які відповідно до Федерального Закону «Про гербовий збір» підлягають оподаткуванню. Тому ні емісія токенів корисності, ні операції на вторинному ринку не підлягають оподаткуванню податком на переказ цінних паперів.

IX. ПЛАНИ НА МАЙБУТНЄ

Федеральний Закон «Про адаптацію федеральних законів до розвитку технології розподіленого електронного реєстру» усунув у законодавстві Швейцарської Конфедерації деякі з найбільш значних перешкод на шляху розвитку функціонуючого первинного і вторинного ринків цифрових активів та створив надійну правову основу для емісії та торгівлі правами, які відображені в токенах. Вплив нових можливостей, запроваджених Цим Законом, на практиці, напевно, побачимо й надалі. Однак, для транскордонних емісій вплив нових законів у майбутньому може бути обмежено новим законодавством, яке буде мати чинність на інших відповідних ринках. Наприклад, це Пропозиція Європейської Комісії щодо регулювання ринків криптоактивів (MiCA)[1585], яка може ввести додаткові вимоги щодо розповсюдження токенів на теренах Європейського Союзу, що були емітовані у Швейцарській Конфедерації.

1585 Законодавчий проєкт від 24 вересня 2020 року № 2020/0265 (COD) «Положення Європейського Парламенту та Ради про регулювання ринку криптоактивів та внесення змін до Директиви № 2019/1937ЄС» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3AyGAJl (англійська мова).

ШВЕЦІЯ

I. ОЗНАЙОМЛЕННЯ З НОРМАТИВНО-ПРАВОВОЮ БАЗОЮ

Віртуальні валюти визнаються власністю відповідно до шведського законодавства, оскільки у них є можливість як у нематеріальних активів мати юридичний статус власності без конкретного закону, який безпосередньо надає такий статус певній категорії нематеріальних активів[1586]. Отже, юридично можливе володіння віртуальними валютами відповідно до шведського законодавства. Крім того, як і інші види власності , віртуальні валюти мають подібний загальний захист відповідно до правової концепції власності.

Шведське законодавство не містить комплексного режиму, який регулює віртуальні валюти як такі. Однак є, але дещо обмежені, спеціальні нормативні акти щодо певної діяльності, пов'язаної з віртуальними валютами, які підпорядковують постачальників послуг зі збереження гаманців та біржі нормативним вимогам реєстрації та вимогам дотримання Закону Королівства Швеція про протидію відмиванню коштів[1587]. Проте операції, які пов'язані з віртуальними валютами, переважно не регулюються шведським законодавством взагалі. Залежно від характеристик відповідних віртуальних валют, їх також можна включити до більш загальних правових рамок. Наприклад, у частині, коли їх вважають фінансовими інструментами.

В останні роки, після зростання популярності віртуальних валют, а також, зокрема, інтересу споживачів до інвестування та торгівлі ними, як національні, так і міжнародні регуляторні органи, у тому числі Інспекція з питань фінансового нагляду Королівства Швеція[1588], неодноразово оприлюднювали попереджувальні заяви

1586 Див. Урядовий законопроєкт № 2004/05:18, стор. 57 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3Bi7DJo (шведська мова) та порівняйте з положенням в англійському праві після судової постанови у справі «ТОВ «OBG» проти Allen» та рішенням Палати Лордів Сполученого Королівства.

1587 Закон Королівства Швеція від 22.06.2017 № 2017:630 «Про заходи проти відмивання коштів та фінансування тероризму» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3sNjbAs (шведська мова).

1588 Офіційний вебсайт: https://www.fi.se/ (шведською та англійською мовами).

щодо віртуальних валют та первинних розміщень монет, вказуючи на відсутність відповідного регулювання у багатьох суттєвих аспектах.

Поточний статус віртуальних валют (та різних операцій, де вони залучені), оскільки вони переважно не підпадають під дію шведських законів, може кардинально змінитися протягом найближчих кількох років. У вересні 2020 року Європейська Комісія зробила перший крок стосовно того, що може стати зміною парадигми, запропонувавши значно більш комплексну базу регулювання віртуальних валют як частину свого «пакету цифрових фінансів». Ця пропозиція включає кілька законодавчих актів, таких як запропоноване регулювання ринків криптоактивів (MiCA[1589]), запропоноване положення щодо пілотного режиму для ринкової інфраструктури, що орієнтована на технологію розподіленого реєстру[1590] та поправок до чинних законів про цінні папери та інвестиції, щоб однозначно відокремити фінансові інструменти, що орієнтовані на технологію розподіленого реєстру. Запропоновані законодавчі акти у багатьох аспектах змінять законодавчу базу для віртуальних валют, у тому числі для емітентів віртуальних валют, операторів ринкової інфраструктури для торгівлі віртуальними валютами, постачальників послуг з обміну віртуальних валют (біржі) та постачальників послуг зі збереження гаманців. На момент написання цієї статті ця пропозиція розглядається як частина законодавчого процесу ЄС та ще не має статусу чинного законодавства[1591].

II. ЗАКОНИ ПРО ЦІННІ ПАПЕРИ ТА ІНВЕСТИЦІЇ

Не було чітко врегульовано, чи можуть віртуальні валюти, відповідно до шведського законодавства, кваліфікуватися як фінансові інструменти. Головною думкою щодо цього питання є те, чи можна віртуальні валюти вважати цінними паперами, які перебувають в обігу, як визначено у Законі Королівства Швеція «Про ринок цінних паперів»[1592], що імплементує Першу[1593] та Другу[1594] Директиви ЄС про ринки фінансових інструментів.

1589 Законодавчий проєкт від 24 вересня 2020 року № 2020/0265 (COD) «Положення Європейського Парламенту та Ради про регулювання ринку криптоактивів та внесення змін до Директиви № 2019/1937ЄС» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3AyGAJl (англійська мова).

1590 Законодавчий проєкт від 24 вересня 2020 року № 2020/0267 (COD) «Положення Європейського Парламенту та Ради про пілотний режим для ринкової інфраструктури, що орієнтована на технологію розподіленого реєстру» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3lHY1u7 (англійська мова).

1591 Додаткову інформацію щодо очікуваних майбутніх подій стосовно цієї пропозиції дивіться у Секції IX.

1592 Закон Королівства Швеція від 14.06.2007 № 2007:528 «Про ринок цінних паперів» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3Bkagut (шведська мова).

1593 Директива Європейського Парламенту та Ради від 21 квітня 2004 року № 2004/39/ЄС «Про ринки фінансових інструментів, що вносить зміни в Директиви Ради 85/611/ЄЕС і 93/6/ЄЕС та Директиву 2000/12/ЄС Європейського Парламенту та Ради і припиняє дію Директиви Ради 93/22/ЄЕС» (втратила чинність) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3ox7T21 (українська мова).

1594 Директива Європейського Парламенту і Ради про ринки фінансових інструментів (від 15 травня 2014 року № 2014/65/ЄС) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/36VC79g (українська мова).

Європейська організація з цінних паперів та ринків заявила, що віртуальні валюти, залежно від того, як структуроване розміщення монет або токенів, можуть бути цінними паперами, що перебувають в обігу[1595].

У відповідь на опитування, проведене Європейською організацією з цінних паперів та ринків влітку 2018 року щодо кваліфікації віртуальних валют як фінансових інструментів у ЄС, Інспекція з питань фінансового нагляду Королівства Швеція висловила думку, що бездокументарні інструменти можуть кваліфікуватися як цінні папери, якщо такі інструменти можуть бути зареєстрованими в спосіб, який має таку ж юридичну силу, зокрема щодо речових прав, як володіння та пред'явлення паперового сертифіката, такого як купонна облігація або облігація на пред'явника. Для виконання цієї вимоги недостатньо реєстрації на підставі договору.

Водночас, Інспекція з питань фінансового нагляду Королівства Швеція дійшла висновку, що загалом неможливо встановити, чи можна віртуальні валюти кваліфікувати як цінні папери, оскільки відсутній прецедент щодо того, як покупець (набувач) віртуальних валют може отримати речові права відповідно до шведського законодавства. Додатково до зауваження стосовно цієї невизначеності, Інспекція з питань фінансового нагляду Королівства Швеція висловила думку, що через такий інструмент мають виникати права в його власника або зобов'язання в його емітента, або одночасно обидва види правовідносин, що мають юридичну силу. Отже, необхідно розглядати кожен окремий випадок, щоби визначати чи виконується ця вимога стосовно будь-якої конкретної віртуальної валюти чи первинного розміщення монет.

У своєму огляді щодо правової кваліфікації віртуальних валют Європейська організація з цінних паперів та ринків визнала, що є відмінності між позиціями національних регуляторів щодо тлумачення визначень фінансових інструментів та інших пов'язаних термінів, які наведені у Другій директиві ЄС про ринки фінансових інструментів. Крок уперед до більш уніфікованого підходу для всього ЄС щодо потенційної класифікації віртуальних валют як фінансових інструментів був зроблений у вересні 2020 року, коли Європейська Комісія опублікувала пропозицію про внесення змін до Другої директиви ЄС про ринки фінансових інструментів щодо визначення фінансових інструментів які мають бути зроблені, щоб чітко тлумачити фінансові інструменти, емітовані з використанням технології розподіленого реєстру[1596].

1595 Див. заяву від 13 листопада 2017 року № ESMA50-157-828 ([Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3GBzS6K (англійська мова)) та роз'яснення щодо первинних розміщень монет та криптоактивів від 9 січня 2019 року № ESMA50-157-1391 ([Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3BjOly5 (англійська мова)) Європейської організації з цінних паперів та ринків.

1596 Законодавчий проєкт від 24 вересня 2020 року № 2020/0268 (COD) «Директива Європейського Парламенту та Ради, яка вносить зміни до Директив № 2006/43/ЄК, № 2009/65/ЄК, № 2009/138/ЄС, № 2011/61/ЄС, № ЄС/2013/36, № 2014/65/ЄС, № (ЄС) 2015/2366 та № ЄС/2016/2341» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3sopAlA (англійська мова).

Хоча з кожною емісією допускається зміна прав, пов'язаних з токеном, можна зробити кілька загальних зауважень та коментарів щодо можливості класифікації різних категорій віртуальних валют як цінних паперів, що перебувають в обігу (а, отже, фінансових інструментів).

Валютні токени, такі як біткоїн та етеріум, призначені для використання як загальні платіжні засоби, та функціонують подібно, до звичайних (фіатних) валют. Ці віртуальні валюти навряд чи будуть вважатись цінними паперами, що перебувають в обігу, оскільки вони, як правило, не є цінними паперами. Власність та володіння або еквівалентна реєстрація на блокчейні валютних токенів зазвичай не надає жодних прав емітенту чи будь-якій іншій фізичній або юридичній особі, що є передумовою для того, щоб такі токени вважались цінними паперами. Зокрема, така реєстрація юридично не визнається шведським законодавством як надання речових прав та ґрунтується виключно на договірних підставах. Як наслідок, валютні токени зазвичай не підпадають під визначення цінних паперів. У випадках, коли вони класифікуються як цінні папери через надання їм таких прав та є оборотними інструментами на ринку капіталу, такі токени все одно можуть виходити за межі визначення цінних паперів, що перебувають в обігу, згідно з Другою директивою ЄС про ринки фінансових інструментів, на основі того, що вони розглядаються як інструменти платежу.

Токени корисності функціонують в основному як засіб оплати, але за наявності певних умов, які полягають у тому, що ці токени, зокрема, не є загальним засобом платежу (наприклад, оплата послуг або товарів від певного постачальника), а також володіння цими токенами надає доступ до певних послуг чи продуктів. Продукт або послуга не завжди є у наявності на момент проведення первинного розміщення монет.

Загалом, ці токени не є цінними паперами, що перебувають в обігу, відповідно до змісту Другої директиви ЄС про ринки фінансових інструментів. Вони, схоже, не відповідають цілям і намірам Другої директиви ЄС про ринки фінансових інструментів та інших законів про ринки капіталу. Фактично, токени корисності функціонують ймовірніше як засіб придбання продукту або послуги, з додатковим елементом невизначеності щодо того, чи буде продукт або послуга в кінцевому рахунку доступними, оскільки вони були недоступні на момент покупки токенів.

Різні проблеми, які можуть виникнути в контексті цих емісій, в основному вирішуються через законодавство, яке є відмінним від законодавства про ринки капіталу. Наприклад, закон про захист прав споживачів.

Однак, якщо токени реалізуються на ринку через сподівання на можливість продажу з метою отримання прибутку з розвитком проєкту, який фінансують такі токени, то існує підвищена ймовірність класифікації токенів як цінних паперів, що перебувають в обігу, за умови, що вони є цінними паперами та відповідають вимогам щодо обігу та є доступними на ринку капіталу. Крім того, якщо токени дають право на фінансові вигоди, такі як дивіденди або пут-опціони (опціони на продаж) з фінансовою винагородою у випадках, коли основний проєкт емісії є успішним, то токени, ймовірно, будуть вважатися цінними паперами, що перебувають в обігу.

Інвестиційні токени – це токени, основною метою яких є інвестиції. Вони, як правило, надають фінансові права, а в деяких випадках і права участі, подібно до акцій будь-якого товариства. Інвестиційні токени, ймовірно, вважаються цінними паперами, які перебувають в обігу, за умови, що вони є цінними паперами та відповідають вимогам щодо обігу та є доступними на ринку капіталу.

Класифікація токенів не є остаточною, а це означає, що деякі токени можуть мати атрибути від різних класів. Аналіз прав на токени має проводитися в кожному окремому випадку, щоб визначити, чи є вони цінними паперами, що перебувають в обігу. Якщо віртуальна валюта кваліфікується як фінансовий інструмент, то надання інвестиційних послуг (наприклад, функціонування торговельних майданчиків, виконання замовлень клієнтів або надання інвестиційних консультацій), пов'язаних із цією віртуальною валютою, підпорядковується законам і нормам про цінні папери та інвестиції.

Нещодавно запропоноване регулювання MiCA, яке якщо набере чинність, також надасть змогу регулювати ці типи традиційних інвестиційних послуг, коли вони надаються стосовно віртуальних валют, які не кваліфікуються як фінансові інструменти. Відповідно до запропонованого регулювання MiCA, такі постачальники послуг будуть підпадати під загальні вимоги щодо отримання дозволу, управління конфліктом інтересів, дотримання певних організаційних вимог та правил ведення господарської діяльності тощо, а також додаткових вимог, які характерні для кожного виду наданих послуг. Вимоги, які пропонуються до таких постачальників «псевдоінвестиційних послуг», що стосуються віртуальних валют, по суті подібні до тих, які наразі висуваються до постачальників традиційних інвестиційних послуг (тобто інвестиційних компаній) відповідно до Другої директиви ЄС про ринки фінансових інструментів та Закону Королівства Швеція «Про ринок цінних паперів».

III. БАНКІВСЬКІ ТА ГРОШОВІ ПЕРЕКАЗИ

i. БАНКІВСЬКІ ОПЕРАЦІЇ

Переказні операції з використанням віртуальних валют не є регульованою банківською діяльністю відповідно до Закону Королівства Швеція «Про банківські та фінансові операції»[1597], оскільки платежі з використанням віртуальних валют не здійснюються через загальну платіжну систему.

Водночас, остаточно не визначено чи можуть установи, що здійснюють переказні операції з використанням віртуальних валют, у майбутньому потенційно підпадати під дію банківського законодавства, якщо платіжні системи з використанням віртуальних валют виростуть до таких позначок, що їх можна буде прирівняти до загальних платіжних систем. Однак є варто звернути увагу, що шведський законодавець обговорював, чи можуть установи, які здійснюють платежі, використовуючи електронні гроші, підпадати під дію банківського законодавства, якщо такі платежі стануть звичайними в обсягах, що їх можна вважати такими, які здійснюються в загальній платіжній системі[1598].

ii. ПЛАТІЖНІ ПОСЛУГИ

Віртуальні валюти не є коштами, як це визначено в Законі Королівства Швеція «Про платіжні послуги»[1599], який імплементує Першу[1600] та Другу[1601] Директиви ЄС про платіжні послуги на внутрішньому ринку. Отже, надання послуг, які пов'язані з віртуальними валютами, не є наданням платіжних послуг, що регулюється цим законом.

Нещодавно запропоноване регулювання MiCA, яке якщо набере чинність, буде визначати певний тип віртуальної валюти, головна мета якої полягає в тому, щоб використовувати її як засіб обміну. Водночас, це має на меті підтримувати стабільну вартість, прив'язуючись до вартості фіатної валюти, що є законним платіжним засобом, як, наприклад, «токени електронних грошей».

1597 Закон Королівства Швеція від 19.05.2004 № 2004:297 «Про банківські та фінансові операції» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3BlLLgj (шведська мова).

1598 Див. стор. 195 урядового законопроєкту № 2002/03:139 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3BlRwur (шведська мова).

1599 Закон Королівства Швеція від 23.06.2010 № 2010:751 «Про платіжні послуги» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3rOAt0S (шведська мова).

1600 Директива ЄС від 13 листопада 2007 року № 2007/64/ЄС (втратила чинність) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3GND8fB (англійська мова).

1601 Директива Європейського Парламенту і Ради (ЄС) № 2015/2366 від 25 листопада 2015 року про платіжні послуги на внутрішньому ринку, про внесення змін до Директив 2002/65/ЄС, 2009/110/ЄС та 2013/36/ЄС і Регламенту (ЄС) № 1093/2010 та про скасування Директиви 2007/64/ЄС (із виправленнями) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3lEHi1a (українська мова).

Крім того, у пропозиції чітко зазначається, що такі токени електронних грошей мають визнаватися електронними грошима відповідно до Директиви ЄС про електронні гроші[1602] та Закону Королівства Швеція «Про електронні гроші»[1603]. Тому, отже, вони визнаватимуться коштами та підпадуть під дію Закону Королівства Швеція «Про платіжні послуги».

iii. ІНШІ ПИТАННЯ КЛАСИФІКАЦІЇ

Відповідно до шведського законодавства віртуальні валюти можуть бути інструментами платежу[1604]. Цей термін не має чіткого юридичного визначення, але, як правило, охоплює будь-який інструмент, який призначений для здійснення платежу, не підпадає під обмеження щодо переказу та має певну цінність для одержувача, а, отже, може являти собою інструмент платежу з погляду загального зобов'язального права[1605].

Однак, віртуальні валюти не визнаються законним платіжним засобом, оскільки відсутні правові підстави приймати їх як засіб платежу[1606].

Центральний банк Королівства Швеція (Національний банк Королівства Швеція) зараз оцінює можливість створення та підтримки електронної валюти, яка може бути розроблена та емітована як альтернативна форма офіційної валюти Королівства Швеція на основі токенів (*див. Секцію IX.2*).

IV. ПРОТИДІЯ ВІДМИВАННЮ КОШТІВ

Закон Королівства Швеція «Про обмін валют та іншу фінансову діяльність»[1607] вимагає від певних типів фінансових установ (які переважно взагалі є нерегульованими та неконтрольованими) дотримуватись положень протидії відмиванню коштів.

1602 Директива ЄС від 16 вересня 2009 року № 2009/110/ЄС [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3HOc6pC (українська мова).

1603 Закон Королівства Швеція від 09.06.2011 № 2011:755 «Про електронні гроші» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3gQZ7HL (шведська мова).

1604 Їх не слід плутати з платіжними інструментами, визначеними у вищезгаданому Законі про платіжні послуги, що узгоджується з їхнім визначенням, наведеним у вищезгаданій Другій директиві ЄС про платіжні послуги на внутрішньому ринку.

1605 Еміль Елгебрант. Криптовалюти: особливий юридичний ефект для біткоїнів та інших подібних платіжних засобів. – Стокгольм: АТ «Волтерс Клювер Швеція», 2016. – секція № 40. Див. також: Стефан Ліндсгок. Оплата. – Стокгольм: АТ «Норстедтс Юрідік», 2014. – секція № 70.

1606 Див. статтю другу розділу 5 Закону Королівства Швеція від 08.12.1988 № 1988:1385 «Про Національний банк Королівства Швеція [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3uX2ghP (шведська мова) та https://bit.ly/3sKKwDx (неофіційний переклад англійською мовою).

1607 Закон Королівства Швеція від 24.10.1996 № 1996:1006 «Про обмін валют та іншу фінансову діяльність» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3sOTEHo (шведська мова).

Під час імплементації Королівством Швеція П'ятої Директиви ЄС про протидію відмиванню коштів[1608] до сфери дії згаданого у попередньому абзаці закону тепер входять постачальники послуг зі збереження гаманців та постачальники послуг з обміну віртуальної валюти. Для цілей цього закону постачальники послуг зі збереження гаманців визначаються як постачальники послуг, які надають від імені своїх клієнтів послуги із захисту приватних криптографічних ключів, а також послуги з утримання, зберігання та переказу віртуальних валют. Постачальники послуг з обміну віртуальної валюти визначаються як постачальники послуг, які пропонують послуги обміну між віртуальними валютами та (1) шведською або іноземною фіатною валютою, (2) електронними грошима (як визначено у Законі Королівства Швеція «Про електронні гроші») або (3) іншими віртуальними валютами.

Концепція віртуальної валюти для цілей Закону Королівства Швеція «Про обмін валют та іншу фінансову діяльність» є подібною до П'ятої директиви ЄС щодо протидії відмиванню коштів, а саме: це є цифровим представленням вартості, яке не емітується або не гарантується центральним банком чи іншим державним органом, не обов'язково додається до законно встановленої валюти та не має юридичного статусу валюти чи грошей, але приймається фізичними чи юридичними особами як засіб обміну, яким можна переказувати, зберігати та торгувати в електронному вигляді. Це визначення зазвичай включає валютні токени та, меншою мірою, інвестиційні токени. Однак, токени корисності, як правило, не підпадають під це визначення, оскільки було зазначено у декларативній частині П'ятої антилегалізаційної директиви ЄС, що концепція віртуальних валют відрізняється, наприклад, від внутрішньоігрових валют, які можна використовувати виключно у середовищі конкретної гри. Варто звернути увагу, що включення постачальників послуг обміну між віртуальними валютами виходить за рамки вимог П'ятої антилегалізаційної директиви ЄС, посилаючись на яку Швеція вирішила запровадити «позолочений» режим, встановлюючи вимоги, що виходять за межі мінімальних вимог відповідно до загального стандарту ЄС.

Закон Королівства Швеція «Про обмін валют та іншу фінансову діяльність» не поширюється на низку установ, які підлягають нагляду згідно з іншим законодавством. До цього списку входять кредитні установи, інвестиційні фірми, платіжні установи та страхові компанії.

Установа, яка підпадає під дію Закону Королівства Швеція «Про обмін валют та іншу фінансову діяльність», зобов'язана до початку своєї регульованої діяльності подати заявку на реєстрацію до Інспекції з питань фінансового нагляду Королівства Швеція.

1608 Директива ЄС від 30 травня 2018 року № 2018/843 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3GSPbZQ (українська мова).

Щоб зареєструватись, установа повинна продемонструвати, що є підстави припустити, що операції здійснюватимуться відповідно до чинного законодавства про протидію відмиванню коштів, а власники установи мають пройти процедуру оцінки на відповідність. Процедура оцінки на відповідність, передбачена цим Законом, є перевірка того, що будь-яка фізична особа, яка подає заявку на реєстрацію відповідно до цього Закону, належно дотримується своїх професійних обов'язків та/або не була засуджена за серйозне кримінальне правопорушення. Для юридичних осіб, які подають заявку на реєстрацію, така оцінка проводиться стосовно всіх фізичних осіб в органі управління цієї юридичної особи та всіх власників істотної участі у цій юридичній особі. Істотна участь визначається як пряме або опосередковане володіння 10 або більше відсотків акцій або прав голосу у цій юридичній особі, або в обох випадках, чи, в інших випадках, володіння, що дає можливість здійснювати значний вплив на управління цією юридичною особою.

Постачальники віртуальної валюти в рамках Закону Королівства Швеція «Про обмін валют та іншу фінансову діяльність» зобов'язані належно дотримуватись правил Закону про протидію відмиванню коштів, які включають вимоги щодо підготовки оцінки ризиків, проведення належної перевірки клієнтів, а також моніторингу та повідомлення про підозрілі операції.

V. РЕГУЛЮВАННЯ БІРЖ

Залежно від характеру обміну можуть застосовуватися різні правові режими. Як описано у секції IV, постачальники послуг обміну між віртуальними валютами, між віртуальними та фіатними валютами або між віртуальними валютами та електронними грошима підлягають реєстраційним вимогам та відповідності шведському законодавству щодо протидії відмиванню коштів. Якщо біржа має справу з віртуальними валютами, які вважаються фінансовими інструментами, то можуть застосовуватися вимоги до діючих ринків такого роду, які потребують отримання дозволу від Інспекції з питань фінансового нагляду Королівства Швеція[1609].

Нещодавно запропоноване регулювання MiCA, яке якщо набере чинність, буде включати вимоги щодо авторизації та різні інші нормативні вимоги для операторів торговельних майданчиків для віртуальних валют. Воно також пропонує певні вимоги до постачальників послуг з обміну віртуальних валют на фіатні або інші віртуальні валюти, які наразі підпадають під більш обмежену нормативну базу (*див. Секцію IV*).

1609 Стаття перша розділу 2 та стаття перша розділу 12 Закону Королівства Швеція від 14.06.2007 № 2007:528 «Про ринок цінних паперів» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3Bkagut (шведська мова).

Іншою супровідною частиною пакету цифрових фінансів Європейської Комісії є запропоноване положення щодо пілотного режиму для ринкових інфраструктур, які орієнтовані на технологію розподіленого реєстру[1610]. Це розроблено з метою створення системи у ЄС, яка одночасно забезпечує ринки криптоактивів та сприяє токенізації традиційних фінансових активів, а також більш широке використання технології розподіленого реєстру у фінансових послугах. Запропоноване положення встановлює (серед іншого) умови роботи ринкових інфраструктур, що орієнтовані на технологію розподіленого реєстру, обмеження щодо цінних паперів, допущених до торгів або поширюються з допомогою таких ринкових інфраструктур, а також дозволи на використання таких ринкових інфраструктур. Воно регулює як багатосторонні торговельні майданчики, які орієнтовані на технологію розподіленого реєстру, так і системи розрахунків з цінними паперами, що орієнтовані на цю технологію та здійснюють розрахунки за операціями з цінними паперами, що переказуються на основі технології цифрового реєстру, і які відповідно до Другої директиви ЄС про ринки фінансових інструментів підпадають під визначення фінансових інструментів[1611]. Згідно з запропонованим положенням ці ринкові інфраструктури зможуть використовуватись, коли на них не поширюються певні вимоги, які застосовувалися б відповідно до законодавства ЄС про фінансові послуги.

VI. РЕГУЛЮВАННЯ МАЙНЕРІВ

Діяльність з майнингу віртуальної валюти як така не регулюється шведським законодавством. Щодо цієї діяльності відсутні будь-які вимоги стосовно ліцензування, реєстрації чи авторизації, які б спеціально застосовувались. Інспекція з питань фінансового нагляду Королівства Швеція визнала майнинг віртуальної валюти як усталену форму діяльності у сфері фінтех у Королівстві Швеція[1612].

У шведському законодавстві відсутні будь-які обмеження, які забороняють або звужують у Королівстві Швеція продажі техніки для майнингу віртуальної валюти, а також іншим чином обумовлюють будь-які обов'язкові положення щодо таких продажів. За умови, що така техніка не продається споживачам, сторони будь-якого продажу техніки для майнингу віртуальної валюти мають право встановлювати на власний розсуд умови, що застосовуються до таких угод з продажу.

1610 Законодавчий проєкт від 24 вересня 2020 року № 2020/0267 (COD) «Положення Європейського Парламенту та Ради про регулювання ринку криптоактивів та внесення змін до Директиви № 2019/1937ЄС» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3AyGAJl (англійська мова).

1611 Порівняйте зі згаданою у Секції II пропозицією щодо зміни цього визначення, щоб чітко включати фінансові інструменти, які орієнтовані на технологію розподіленого реєстру.

1612 Див. публікацію Інспекції з питань фінансового нагляду Королівства Швеція від 01.12.2017 «Роль Інспекції щодо інновацій» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3LAj3wS (шведська мова).

Деякі комп'ютерні та програмні продукти підлягають вимогам авторизації під час експорту з Королівства Швеція відповідно до Регламенту про товари подвійного використання[1613], який безпосередньо застосовується в усіх країнах-членах ЄС. Техніка для майнингу віртуальної валюти, як правило, не підпадає під категорію комп'ютерів і програмного забезпечення, на які поширюється Регламент про товари подвійного використання. Однак, оскільки сфера застосування Регламенту у деяких випадках повністю залежить від потужності, не можна категорично виключити, що певні складові техніки для майнингу віртуальної валюти можуть підпадати під дію Регламенту (наприклад, пристрої, що перевищують певну обчислювальну потужність або спеціально призначені для експлуатації за екстремальних температур). Отже, у таких випадках буде потрібен дозвіл на експорт цієї продукції з Королівства Швеція.

VII. РЕГУЛЮВАННЯ ЕМІТЕНТІВ ТА СПОНСОРІВ

i. ВИМОГИ ДО ПРОСПЕКТІВ ЕМІСІЇ

Якщо токени прирівнювати до цінних паперів, що перебувають в обігу, то перші тоді можуть підпадати під дію Положення про проспекти[1614], шведського законодавства[1615] та регламентів, які запроваджує правовий режим ЄС щодо проспектів емісій. Якщо цінні папери, які перебувають в обігу, мають публічне розміщення або перебувають у лістингу на організованому ринку (біржі), то щодо них необхідно підготувати проспект емісії, за винятком випадків, коли такі дії не вимагаються[1616].

Як частина процесу первинного розміщення монет прийнято публікувати білу книгу (інформаційний буклет), в якій зазвичай коротко описується проєкт та пов'язані з ним можливості. Станом на сьогодні, зміст цих білих книг загалом не відповідав вимогам, які вказані у шведському законодавстві щодо проспектів емісій.

1613 Регламент Ради ЄС від 05.05.2009 № 428/2009 «Про встановлення режиму Співтовариства щодо контролю експорту, передачі, посередництва та транзиту товарів подвійного використання» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3GVCFYT (англійська мова). Сфера дії Регламенту щодо товарів подвійного використання визначена в Делегованому Регламенті Комісії (ЄС) від 26.09.2017 № 2017/2268 «Про внесення змін до Регламенту Ради (ЄС) від 05.05.2009 № 428/2009 про встановлення режиму Співтовариства щодо контролю експорту, передачі, посередництва та транзиту товарів подвійного використання». [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3oWnpVl (англійська мова).

1614 Конституція Інспекції з питань фінансового нагляду Королівства Швеція від 06.07.2007 № FFFS 2007:17 «Про регулювання діяльності на торговельних майданчиках» (зі змінами) [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3rYcKLY (шведська мова).

1615 Перелік шведських законів доступний на офіційному вебсайті Інспекції з питань фінансового нагляду Королівства Швеція за посиланням: https://bit.ly/3uXjqM0 (шведська мова).

1616 Регламент ЄС від 14.06.2017 № 2017/1129 «Про публікацію проспекту емісії при публічному розміщенні чи допущенні цінних паперів до торгів на організованому фондовому ринку, а також про відміну Директиви ЄС № 2003/71» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3HX7VI8 (англійська мова).

Залишається з'ясувати, чи та якою мірою нещодавно опубліковані законодавчі пропозиції, які значно розширюють сферу регулювання емітентів токенів віртуальної валюти, сприятимуть змінам та більш тісному узгодженню між проспектами емісій та білими книгами.

ii. ФОНДИ АЛЬТЕРНАТИВНИХ ІНВЕСТИЦІЙ

Публічне розміщення монет або токенів віртуальної валюти може прирівнюватись до альтернативного інвестиційного фонду, як це визначено в Законі Королівства Швеція «Про управителів альтернативних інвестиційних фондів»[1617], якщо таке розміщення використовується для залучення капіталу від низки інвесторів з метою інвестування капіталу відповідно до визначеної інвестиційної політики[1618].

З іншого боку, якщо поглянути на можливість прирівняти віртуальні валюти до фінансових інструментів, як це обговорювалось у Секції II, то розміщення віртуальних валют, як правило, не є альтернативними інвестиційними фондами. Але через широкий діапазон і різний характер віртуальних валют не можна категорично заперечити, що такі розміщення можуть являти собою альтернативний інвестиційний фонд. Тоді у цьому випадку буде застосовуватися низка вимог відповідно до Закону Королівства Швеція «Про управителів альтернативних інвестиційних фондів».

iii. ПРОПОНОВАНЕ ЗАКОНОДАВСТВО СТОСОВНО НЕРЕГУЛЬОВАНИХ НАРАЗІ ЕМІТЕНТІВ

Серед запропонованих поправок до організаційно-правового статусу віртуальних валют в ЄС є правила, запропоновані згідно з положеннями MiCA щодо розміщення та реалізації віртуальних валют серед невизначеного кола осіб, а також щодо емітентів віртуальних валют. Відповідно до однієї з основних цілей регулювання MiCA, для забезпечення фінансової стабільності, особлива увага приділяється емітентам токенів, прив'язаних до вартості активів, яких прийнято називати стейблкоїнами. Щодо останніх, то Європейська Комісія висловила думку, що вони мають можливості для широкого визнання та потенційно можуть стати системними. Це тягне за собою ймовірні ризики для фінансової стабільності та встановленої грошово-кредитної політики.

1617 Закон Королівства Швеція від 19.06.2013 № 2013:561 «Про управителів альтернативних інвестиційних фондів» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3oVC17D (шведська мова).

1618 Порівняйте з думкою, що наводиться у заяві Європейської організації з цінних паперів та ринків від 13.11.2017 № ESMA50-157-828 «Щодо попередження суб'єктів господарювання, які задіяні у первинному розміщенні монет, дотримуватись відповідних нормативних вимог» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3rUt9Rw (англійська мова).

Запропоновані положення MiCA суттєво змінюють нормативний ландшафт для емітентів токенів віртуальної валюти, накладаючи на емітентів зобов'язання публікувати білу книгу із певними обов'язковими вимогами до розкриття інформації та попередньо повідомляти національні компетентні органи щодо білих книг. Вимога опублікувати білу книгу пропонується застосовувати загалом до будь-якого передбачуваного публічного розміщення токенів віртуальної валюти або допуску токенів віртуальної валюти до торгівлі на торговельному майданчику. Щоправда, пропонується кілька винятків, зокрема у випадку розміщення серед кількості осіб, що не перевищує 150 осіб на державу-члена ЄС, розміщень, загальна сума яких становить менше 1 мільйона євро протягом 12 місяців, а також розміщень виключно серед кваліфікованих інвесторів та де віртуальну валюту можуть тримати лише такі інвестори.

Емітенти токенів, які прив'язані до вартості активів (стейблкоїни), підлягають значному додатковому регулюванню відповідно до запропонованих положень MiCA. Для цих цілей регламент MiCA визначає токени, які прив'язані до вартості активів, як тип криптоактиву, вартість якого намагаються підтримати на стабільному рівні з допомогою прив'язки до вартості кількох фіатних валют, які є законним платіжним засобом, одного чи кількох товарів, одного чи кількох криптоактивів, або поєднуючи ці види активів. Серед додаткових вимог до емітентів стейблкоїнів (на відміну від інших типів віртуальних валют) є вимоги щодо отримання дозволу від компетентних органів (якщо емітенту не потрібно виконувати ці вимоги, оскільки загальна вартість емісії стейблкоїнів є меншою за 5 мільйонів євро або його стейблкоїни можуть утримуватись тільки кваліфікованими інвесторами), схвалення їхніх білих книг органами влади, підтримування механізмів управління та дотримання чинних інформаційних зобов'язань перед власниками токенів та різних інших правил ведення господарської діяльності.

VIII. КРИМІНАЛЬНЕ ТА ЦИВІЛЬНЕ ШАХРАЙСТВО І ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

Законодавство Королівства Швеція, яке криміналізує, *inter alia*, шахрайство, розкрадання та відмивання коштів, є порівняно сучасним у тому сенсі, що воно криміналізує ці дії незалежно від того, чи стосуються вони традиційних грошей чи віртуальних валют. Наприклад, ні шахрайство, ні розкрадання не вимагають переказу будь-яких коштів. Ймовірніше, відповідний критерій полягає в тому, чи таке діяння призводить до отримання прибутку чи вигоди для обвинуваченого та втрат для жертви, що може мати місце навіть у випадку, коли активи, які розікрали або які стосуються шахрайства, є віртуальною валютою.

Подібним чином відмивання коштів криміналізується, якщо вчинена дія стосується коштів або будь-яких інших активів, отриманих у результаті злочинної діяльності. Отже, широка сфера застосування цих положень охоплює дії, вжиті для приховування злочинного джерела походження віртуальних валют подібно як щодо традиційних грошей, оскільки віртуальні валюти є активами відповідно до шведського законодавства.

З 31 травня 2021 року на терені Королівства Швеція почали діяти норми Директиви про боротьбу з шахрайством та підробкою безготівкових платіжних засобів[1619]. Директива та відповідне шведське законодавство запровадили кримінальну відповідальність за шахрайське використання безготівкових платіжних засобів. Безготівкові платіжні засоби визначаються як, серед іншого, інструменти, що надають змогу здійснювати перекази віртуальної валюти. Для цих цілей віртуальна валюта визначається як цифрове представлення вартості, яке не емітується чи не гарантується центральним банком чи будь-яким державним органом, не обов'язково прив'язане до законодавчо встановленої валюти та не має правового статусу валюти чи грошей, але приймається фізичними або юридичними особами як засіб обміну, який можна передавати, зберігати та торгувати в електронному вигляді.

Нещодавно запропоноване регулювання MiCA, яке якщо набере чинність, також криміналізує зловживання ринком, де залучені віртуальні валюти, та запровадить правила для запобігання таких зловживань, які будуть подібними до чинних правил щодо фінансових інструментів, що зазначені у Регламенті щодо зловживань на ринку[1620]. Запропоновані заходи щодо запобігання зловживанням на ринку включають вимоги щодо розкриття інсайдерської інформації для емітентів віртуальних валют, що допущені до торгів на будь-якому торговельному майданчику віртуальних валют, який управляється уповноваженим оператором. Крім того, він містить заборони на інсайдерські операції, маніпулювання ринком та незаконне розголошення внутрішньої інформації.

IX. ПЛАНИ НА МАЙБУТНЄ

i. ЗАГАЛЬНА НОРМАТИВНА БАЗА ЄС ЩОДО ВІРТУАЛЬНИХ ВАЛЮТ

Кілька частин цього розділу описують пропозицію, опубліковану Європейською Комісією у вересні 2020 року щодо регулювання MiCA та інших супутніх законодавчих актів, які регулюють різні аспекти операцій, куди залучені віртуальні валюти.

1619 Директива ЄС від 17.04.2019 № 2019/713 [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3BK03aV (англійська мова).

1620 Регламент Європейського Парламенту і Ради (ЄС) від 16.04.2014 № 596/2014 «про зловживання на ринку (Регламент про зловживання на ринку) і скасування Директиви Європейського Парламенту і Ради 2003/6/ЄС та директив Комісії 2003/124/ЄС, 2003/125/ЄС та 2004/72/ЄС» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3JBROQD (українська мова).

Пропозиція, яка в основному охоплює віртуальні валюти, які не підпадають під дію чинного законодавства ЄС про фінансові послуги, є першою конкретною дією щодо встановлення спільного підходу держав-членів ЄС у цій сфері. Крім того, вона відображає зміну парадигми, запропонувавши, щоб віртуальні валюти, які наразі здебільшого не регулюються, натомість будуть значною мірою регулюватися. Вона охоплює безліч регуляторних аспектів, починаючи від розміщення та реалізації віртуальних валют серед невизначеного кола осіб, процедур авторизації певних емітентів токенів віртуальної валюти (наприклад, емітентів стейблкоїнів) та затвердження їхніх білих книг, нормативних зобов'язань для емітентів таких токени, вимоги до постачальників псевдоінвестиційних послуг, що пов'язані з віртуальними валютами, до постачальників послуг з обміну віртуальної валюти, а також правила запобігання зловживанням на ринку, де залучені віртуальні валюти. На час написання статті ця пропозиція перебуває на розгляді в Раді Європейського Союзу.

Хоча Європейська Комісія висловила намір, щоб вищевказана пропозиція призвела до прийняття відповідних нормативних актів та щоб це здійснити до 2024 року[1621]. Проте неможливо передбачити, чи вдасться цього досягти, оскільки наразі в законодавчій процедурі ЄС потрібно пройти численні етапи та процеси для того, щоб ця пропозиція стала чинним законодавством. Крім того, залишається незрозумілим, чи буде змінюватись та наскільки суттєво поточна версія цієї пропозиції під час законодавчого процесу та чи законодавча ініціатива буде в підсумку реалізована як гармонізоване законодавство ЄС.

ii. ІНІЦІАТИВА «ЕЛЕКТРОННА ШВЕДСЬКА КРОНА»

Національний банк Королівства Швеція зараз оцінює можливість створення та підтримки електронної валюти: електронної крони (e-krona).

Починаючи з лютого 2020 року, Національний банк Королівства Швеція проводить пілотний проєкт із незалежним постачальником технічних послуг з розроблення технічної платформи для e-krona на основі блокчейну. Рішення, що базуються на цифрових токенах, які є портативними та не можуть бути підробленими або скопійованими (подвійне підтвердження). Це надасть змогу миттєво здійснювати платежі за топологією «peer-to-peer».

Токенам буде гарантована фіксована вартість, що відповідає шведським кронам, так що вартість коштів користувача завжди буде ідентичною, незалежно від того, чи зберігалися вони у формі готівки, залишку на банківському рахунку чи електронної валюти.

1621 Повідомлення Комісії до Європейського Парламенту, Ради, Європейського економічного та соціального комітету, Комітету регіонів від 24.09.2020 № COM(2020) 591 final «Щодо стратегії цифрових фінансів для ЄС» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/35agJf6 (англійська мова).

Технічне рішення для e-krona, яке зараз розглядається, ґрунтується на тому, що електронна крона емітується Національним банком Королівства Швеція, який згодом виключно здійснить повний її викуп, у той час як вона буде розповсюджуватися через учасників приватної мережі «e-krona» (наприклад, серед банківських установ), що буде також під управлінням Національного банку Королівства Швеція.

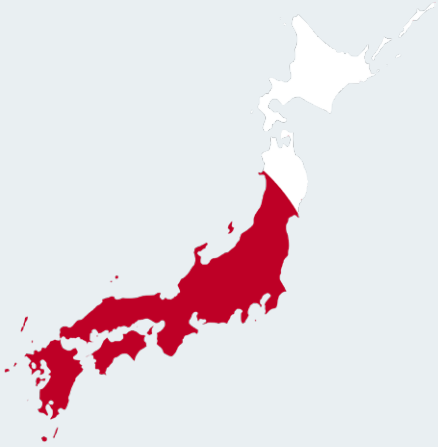
У звіті, опублікованому в квітні 2021 року, Національний банк Королівства Швеція оцінив першу фазу свого пілотного проєкту[1622], коментуючи, що електронна крона не буде юридично класифікована як віртуальна валюта відповідно до технічного рішення, яке зараз розглядається. За цим рішенням електронна крона не буде децентралізованою.

Пілотний проєкт було розширено до другого етапу, який буде включати продовження аналізу правових аспектів e-krona, а також продовжаться технічні дослідження. Крім того, уряд доручив підготувати звіт для публікації в листопаді 2022 року, який буде охоплювати, *inter alia*, аналіз необхідності емісії електронної валюти Національним банком Королівства Швеція, а також законодавчі зміни, необхідні для цього[1623].

1622 Див. квітневий звіт 2021 року Національного банку Королівства Швеція щодо першого етапу пілотного проєкту «електронна крона» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3gWF1Mv (шведська мова).

1623 Директива Комітету від 10.12.2020 № 2020:130 «Роль держави на платіжному ринку» [Електронний ресурс] Режим доступу: https://bit.ly/3JGNtMj (шведська мова).

ЯПОНІЯ



I. ОЗНАЙОМЛЕННЯ З НОРМАТИВНО-ПРАВОВОЮ БАЗОЮ

Законодавство Японії немає єдиного режиму, який застосовується до токенів, що випускаються або карбуються на блокчейні. За законодавством Японії, правовий статус токенів, визначається відповідно до їх функцій та використання. Наприклад, криптовалюта та токени корисності, такі як BTC і ETH, регулюються як криптоактиви відповідно до Закону «Про платіжні послуги» (PSA). Підприємці, які займаються купівлею, продажем або обміном криптовалют або є посередниками у цій діяльності, або управляють криптовалютами на користь інших, повинні зареєструватися як постачальники послуг з обміну криптоактивів (CAESP).

Натомість, «інвестиційні токени», які представляють акції, облігації або частки коштів у токенах, регулюються Законом «Про фінансові інструменти та біржі» (FIEA)[1624] як електронно зареєстровані права, які передаються та вказуються в цінних паперах (ERTRIS). Підприємці, які займаються пропозиціями, обробкою пропозицій, купівлею, продажем або обміном ERTRIS або посередницькою діяльністю у цій діяльності, повинні зареєструватися як підприємці типу I (FIBO типу I).

Крім того, якщо токени являють собою «стейблкоїни», ціни на які прив'язані до вартості фіатної валюти, токени, ймовірно, будуть класифікуватися як криптоактиви або засоби переказу коштів, залежно від того, чи можна погашати стейблкоїни у фіатній валюті. .

Крім того, інші токени, окрім згаданих вище (наприклад, невзаємозамінний токен (NFT), який не має економічної функції, такої як засіб платежу, оскільки сам токен має унікальні характеристики), в принципі не регулюватимуться фінансовими положеннями.

1624 https://bit.ly/3wChZ67

II. ЗАКОНИ ПРО ЦІННІ ПАПЕРИ ТА ІНВЕСТИЦІЇ

i. ЕЛЕКТРОННО-ЗАРЕЄСТРОВАНІ ПРАВА, ЯКІ ПЕРЕДАЮТЬСЯ ТА ТОКЕНІЗОВАНІ ЦІННІ ПАПЕРИ

FIEA розділяє цінні папери на: звичайні цінні папери, такі як акції та облігації (Пункт 1 Цінні папери); і договірні права, такі як інтереси вигодоодержувачів трастів та частки в схемах колективних інвестицій, які вважаються цінними паперами (Пункт 2 Цінні папери). Пункт 1 Цінні папери, які є більш ліквідними, підлягають більш жорстким вимогам до розкриття та ліцензування (реєстрації). Пункт 2 Цінні папери, оскільки вони менш ліквідні, підлягають більш пом'якшеним вимогам. З урахуванням цього, очікується, що цінні папери, випущені з використанням системи електронної обробки даних, такої як блокчейн, будуть навіть більш ліквідними, ніж цінні папери з Пункту 1. З цієї причини в рамках FIEA було запроваджено нову нормативну базу для цінних паперів, які передаються через системи електронної обробки даних. Зокрема, відповідно до FIEA, цінні папери, що передаються з допомогою систем електронної обробки даних, поділяються на три категорії:

a. Пункт 1 Цінні папери (такі як акції та облігації), які можуть бути передані через системи електронної обробки даних (токенізовані цінні папери Пункт 1);
b. договірні права (такі як інтереси вигодоодержувачів трастів та інтереси в схемах колективних інвестицій), які зазвичай класифікуються як цінні папери Пункту 2 і можуть передаватися через системи електронної обробки даних (також відомі як електронно зареєстровані права, які передаються (ERTR)); і
c. договірні права (такі як інтереси вигодоодержувачів трастів та інтереси в схемах колективних інвестицій), які зазвичай класифікуються як цінні папери Пункту 2 і можуть передаватися через системи електронної обробки даних, але оборотоздатність яких обмежено певною мірою (не токенізовані ERTR, Пункт 2).

Визначення ERTRs

ERTR належать до прав, які зазвичай розглядаються як Цінні папери з Пункту 2 (такі як права вигодоодержувачів трастів та інтереси в схемах колективних інвестицій), які «представлені майновою вартістю, що передається з допомогою системи електронної обробки даних (але обмежується лише майновими цінностями, записаними в електронних пристроях або іншим чином, з допомогою електронних засобів)», за винятком «тих прав, які зазначені у відповідній Постанові Кабінету Міністрів з урахуванням їх оборотоздатності та інших факторів».

У зв'язку з цим, «ті права, які зазначені у відповідній Постанові Кабінету Міністрів з урахуванням їх оборотоздатності та інших факторів», зазвичай, розуміються як права, щодо яких були вжиті технічні заходи для запобігання передачі майнової цінності цих прав особам, крім:

a. кваліфікованих інституційних інвесторів; або
b. інвесторів, які мають право на ведення спеціально дозволеної діяльності для кваліфікованих інституційних інвесторів (Виняток стаття 63), таких як:
   - зареєстровані на біржі компанії;
   - корпорації з капіталом або чистими активами у розмірі ¥50 млн або більше; і
   - особи, які мають інвестиційні активи (включаючи криптоактиви) у розмірі ¥100 мільйонів або більше, які ведуть свої рахунки в цінних паперах більше одного року.

Було вжито технічних заходів для запобігання передачі майнової вартості цих прав без пропозиції власника та схвалення емітента на кожну передачу.

Основна мета FIEA полягає в тому, щоб підпорядкувати ERTR вимогам щодо розкриття та ліцензування (реєстрації), що застосовуються до цінних паперів, зазначених у Пункті 1.

Визначення токенізованих цінних паперів

Токенізовані цінні папери відносяться до дематеріалізованих (безпаперових) цінних паперів, які «представлені майновою цінністю, яку можна передати з допомогою системи електронної обробки даних (але обмежуючись лише майновою цінністю, яка записана в електронних пристроях або іншим чином з допомогою електронних засобів)». Токенізовані цінні папери можна класифікувати за такими правами:

a. токенізовані Цінні папери Пункту 1 (такі як токенізовані акції та облігації);
b. ERTRs; та
c. не токенізовані ERTR у Цінних паперах Пункту 2).

Відповідно до FIEA права, зазначені у пунктах (a) і (b) вище вважаються цінними паперами Пункту 1, тоді як права у пункті (c) розглядаються як цінні папери Пункту 2. Така класифікація створює значну різницю у вимогах щодо розкриття та ліцензування (реєстрації), застосованих до прав.[1625]

1625 Вимоги щодо розкриття інформації не застосовуються до прав, передбачених пунктом (c), якщо ці права не є правами на діяльність з інвестуванням у цінні папери та залучення інтересу до цих прав не було здійснено, внаслідок чого 500 осіб або більше стали володіти правами. Тільки брокери типу II (FIBO), а не FIBO типу I, мають право займатися публічними пропозиціями та приватним розміщенням прав відповідно до пункту (c).

Вимоги до розкриття інформації

Внаслідок застосування вимог щодо розкриття інформації про ERTR, емітенти ERTR (в принципі) зобов'язані під час публічного розміщення або вторинного розповсюдження ERTR подати заяву про реєстрацію цінних паперів та випустити проспект емісії. Особа, яка примушує інших осіб до придбання ERTR або яка продає ERTR іншим особам шляхом публічного розміщення або вторинного розповсюдження, повинна надати іншим особам проспект емісії заздалегідь або під час придбання чи продажу.

Ліцензійні (реєстраційні) вимоги

Оскільки ERTR є цінними паперами Пункту 1, особа, яка діє як підприємець, агент або посередник щодо продажу чи купівлі ERTR або обробки пропозиції ERTR в ході бізнесу, повинна пройти реєстрацію як FIBO типу I відповідно до FIEA.

ii. ПОЛОЖЕННЯ, ЯКІ РЕГУЛЮЮТЬ ОПЕРАЦІЇ З КРИПТОДЕРИВАТИВАМИ

Положення, які регулюють операції з криптодеривативи, були введені в дію FIEA з метою захисту користувачів та забезпечення належного проведення таких операцій. Точніше, з метою підпорядкування деривативних операцій із залученням фінансових інструментів або фінансових показників щодо регулювання та норм роботи, виданих відповідно до FIEA, криптоактиви були включені у визначення «фінансові інструменти» згідно з FIEA. Крім того, ціни, процентні ставки та інші аспекти криптоактивів були включені у визначення фінансових показників.

Оскільки криптоактиви тепер включені у визначення фінансових інструментів, здійснення позабіржових операцій із деривативами, які пов'язані із криптоактивами, або з посередницькою чи підприємницькою діяльністю, що пов'язана з ними, також буде вважатися діяльністю із фінансовими інструментами типу I, відповідно до FIEA.

iii. ЗАБОРОНА НА НЕДОБРОСОВІСНІ ДІЇ В ОПЕРАЦІЯХ З КРИПТОАКТИВАМИ АБО ОПЕРАЦІЯХ З КРИПТОДЕРИВАТИВАМИ

Щодо спотових операцій із криптоактивами та операцій із криптодеривативами, FIEA містить заборони щодо: протиправних дій; поширення чуток, шахрайство, напад або залякування; та маніпулювання ринком. Ці заборони (які не мають обмежень стороною-порушником) мають на меті посилити захист користувачів та запобігти одержанню неправомірної вигоди. Порушення цих заборон карається штрафами. Однак, внутрішня торгівля, не регулюється FIEA через труднощі як з формулюванням чіткого поняття емітентів криптоактивів, так і з виявленням нерозкритих істотних фактів.

III. БАНКІВСЬКІ ТА ГРОШОВІ ПЕРЕКАЗИ

i. ПІДХІД ЦЕНТРАЛЬНОГО БАНКУ

Криптоактиви не вважаються грошима і не прирівнюються до фіатної валюти. Банк Японії (BOJ) не підтримує та не забороняє використання криптоактивів.

Також повідомлялося, що на сьогодні Банк Японії не планує випускати цифрову валюту центрального банку (ЦВЦБ). Водночас для забезпечення стабільності та ефективності всієї системи розрахунків та платежів, Банк Японії наголосив на важливості ретельної підготовки до реагування на зміни. Відповідно до цього, у квітні 2021 року Банк Японії почав вивчати технічну можливість створення ЦВЦБ загального користування. Паралельно з цим Банк Японії також планує вивчити інституційні аспекти ЦВЦБ.

ii. ПЕРЕКАЗ КОШТІВ

Лише ліцензовані банки або суб'єкти господарської діяльності, що надають послуги з переказу коштів мають право займатися «операціями з переказу коштів», які регулюються Законом «Про банківську діяльність» або PSA як комерційна діяльність. У одній зі справ Верховний суд визначив, що операції з переказу коштів як «запланований або фактичний переказ коштів на вимогу клієнтів шляхом використання системи переказу коштів без фізичного перевезеннями готівки між фізично віддаленими сторонами». Оскільки кошти не включають криптоактиви, операція з переказу криптоактивів навряд вважатиметься операцією з переказу коштів. Крім того, серед стейблкоїнів, випущених приватним сектором, стейблкоїни, ціни яких прив'язані до вартості фіатної валюти, підпадають під визначення активів, деномінованих у валюті, які виключені з визначення криптоактивів. Відповідно, такі стейблкоїни, які підтримуються фіатною валютою, навряд чи будуть криптоактивами. З іншого боку, випуск стейблкоїнів, які підтримуються фіатною валютою, ймовірно, розглядатиметься як операція з переказу коштів. Проте в Японії не існує прямих емісій такого роду, оскільки Закон «Про банківську діяльність», PSA та чинна нормативна база не передбачають перекази з допомогою цифрових токенів.

IV. ПРОТИДІЯ ВІДМИВАННЮ КОШТІВ

З метою запобігання відмиванню коштів, та фінансуванню тероризму, пов'язаних з криптоактивами, Закон «Про запобігання переказу доходів, отриманих від злочинної діяльності» (APTCP)[1626] зобов'язує постачальників послуг з обміну впроваджувати заходи «знай свого клієнта» (KYC) та інші запобіжні заходи.

1626 https://bit.ly/3NskMEC

APTCP застосовується до зареєстрованих надавачів обміну і зазвичай вимагає від них:

a. перевіряти та реєструвати особу клієнтів під час проведення певних операцій (тобто здійснювати заходи «знай свого клієнта»);
b. реєструвати угоди з клієнтами;
c. повідомляти про підозрілі операції в Управління з фінансового контролю (FSA); та
d. вживати заходів щодо оновлення інформації щодо перевірки клієнтів, забезпечувати навчання та тренінги для співробітників, а також розробляти інші системи, необхідні для належного здійснення процесів, описаних у пунктах (a) – (c).

Згідно з APTCP, CAESP повинні проводити заходи «знай свого клієнта», при здійсненні будь-яких наступних дій:

a. укладання генеральної угоди з клієнтом про надання йому регулярних послуг обміну криптоактивами (CAES), управління та аналогічних послуг щодо його грошей або криптоактивів;
b. переведення криптоактивів у фонди або обмін їх на інші види активів (або аналогічні операції), якщо йдеться про отримання та виплату криптоактивів, вартість яких перевищує ¥100 000[1627]; або
c. якщо надавач послуг з обміну керує криптоактивами клієнта, передаючи криптоактиви на запит клієнта, якщо їх вартість перевищує ¥100 000.

V. РЕГУЛЮВАННЯ БІРЖ

i. РЕГУЛЮВАННЯ CAESS

Визначення CAES

Мета PSA та APTCP, в першу чергу, полягає у регулюванні CAES, з приділенням особливої уваги захисту клієнтів та запобіганню відмиванню коштів та фінансуванню тероризму, пов'язаних з криптоактивами. Відповідно до PSA, особи, які бажають надавати послуги обміну валюти, повинні бути зареєстровані Прем'єр-міністром як надавачі послуг з обміну.[1628] Відповідно, заявники повинні бути або акціонерною компанією, або іноземним CAESP з офісом і представником в Японії.

1627 Спочатку ця вартість була встановлена в ¥2 мільйони, але згодом була знижена до ¥100 000 у результаті змін до Порядку виконання Закону «Про запобігання переказу доходів, отриманих від злочинної діяльності».

1628 Реєстрація буде здійснюватися через FSA та відповідне місцеве фінансове бюро, які виступають уповноваженими особами Прем'єр-міністра.

Відповідно, іноземний заявник повинен створити або дочірню компанію (у формі акціонерної компанії), або філію в Японії як передумову для реєстрації. Крім того, заявники повинні мати:

a. капітал щонайменше ¥10 млн, а також чисті активи з позитивним значенням;
b. задовільна організаційна структура та відповідні операційні системи для забезпечення належного надання послуг з обміну; та
c. відповідні системи для забезпечення дотримання законів та норм.

PSA також надає законодавчі визначення понять «послуги з обміну криптоактивів» та «криптоактив». Пункт 7 статті 2 PSA визначає послугу з обміну валют як участь у будь-якій з наступних видів діяльності:

a. продаж або купівля криптоактивів,[1629] або обмін криптоактиву на інший криптоактив;
b. посередництво, підприємницька діяльність або виконання функцій представника, щодо діяльності, переліченої в пункті (a);
c. управління грошовими коштами клієнтів у зв›язку з діяльністю, переліченою в пунктах (a) і (b); або
d. управління криптоактивами клієнтів на користь іншої особи.

PSA визначає діяльність, зазначену у пункті (d) як один із видів CAES. Таким чином, управління криптоактивами без їх продажу та купівлі (послуги зі зберігання криптоактивів) входить до сфери CAES. Тому особа, яка займається послугами зберігання криптоактивів, повинна бути зареєстрована як CAESP. У цьому контексті Керівні настанови з управління FSA (Керівні настанови щодо криптоактивів) пояснюють значення «управління криптоактивами клієнтів на користь іншої особи» наступним чином: *«хоча питання про те, чи є та чи інша послуга управлінням криптоактивами, має вирішуватися на основі її фактичних обставин, дана послуга являє собою управління криптоактивами, якщо постачальник послуг перебуває в положенні, в якому він може передавати криптоактиви своїх користувачів (наприклад, якщо такий постачальник послуг володіє приватним ключем, з допомогою якого він може передавати криптоактиви користувачів виключно або спільно зі своїми пов'язаними сторонами без участі користувачів)».*

Відповідно, мається на увазі, що якщо постачальник послуг просто надає своїм користувачам додаток для гаманця криптоактивів (тобто гаманець без зберігання), а керування приватними ключами здійснюється самими користувачами, то ця послуга не буде послугою зберігання криптоактивів.

1629 Трастовій компанії можуть бути довірені криптоактиви відповідно до Закону «Про трастовий бізнес» без реєстрації як CAESP, https://bit.ly/3sRpzYo. З іншого боку, трастові банки не мають права займатися довірчим управлінням криптоактивів.

Визначення криптоктиву

Криптоактив визначений у пункті 5 статті 2 PSA як:

a. майнова цінність, яка може бути використана для сплати невстановленій особі вартості будь-яких придбаних або позичених товарів або будь-яких наданих послуг, якщо власне значення може бути:
   - продане або придбання у невстановленої особи, за умови, що продаж і купівля зафіксовані на електронних або інших пристроях з допомогою електронних засобів; і
   - передається через систему електронної обробки даних; або

b. майнова цінність, яка може бути обміняна на майнову цінність, зазначену в пункті (a), з невстановленою особою, при цьому майнова цінність може бути передана через систему електронної обробки даних.

ii. ОСНОВНІ ПОЛОЖЕННЯ, ЩО ЗАСТОСОВУЮТЬСЯ ДО ДІЯЛЬНОСТІ НАДАВАЧІВ ПОСЛУГ З ОБМІНУ ВАЛЮТ

CAESP зобов'язані:

a. вживати заходів, необхідних для забезпечення безпечного управління доступною їм інформацією;

b. надавати клієнтам достатню інформацію;

c. вживати заходів, необхідних для захисту клієнтів та належного надання послуг;

d. розділяти майно клієнтів від їхнього власного майна та проводити регулярні аудиторські перевірки сертифікованим бухгалтером або аудиторською фірмою; та

e. створити внутрішні системи управління, щоб забезпечувати надання справедливих та належних відповідей на скарги клієнтів, та вживати заходів для врегулювання конфліктів шляхом альтернативних фінансових процедур вирішення конфліктів.

iii. ДОДАТКОВІ НОРМИ ЗГІДНО З PSA

Відповідно до PSA до системи регулювання діяльності CAESP, були внесені такі зміни, як для підвищення захисту користувачів, так і для роз'яснення правил, що стосуються CAESP:

a. розширення підстав для відхилення заяв на реєстрацію як CAESP;

b. запровадження системи попереднього повідомлення про будь-які запропоновані зміни деяких аспектів відповідного криптоактиву, наприклад його назви;

c. запровадження норм, що регулюють рекламу та залучення до участі у біржових операціях;
d. запровадження вимог щодо розкриття інформації у випадках, коли обмін криптоактивів здійснюється (або коли здійснюються певні подібні транзакції) шляхом надання кредиту користувачам;
e. посилення зобов'язань CAESP щодо збереження активів користувачів; та
f. надання користувачам прав, що дозволяють їм отримувати пільгові виплати за умови пред'явлення вимог щодо повернення криптоактивів.

Щодо пункту (e), який представлено вище, то згідно з PSA CAESP зобов'язаний як управляти грошима користувачів окремо від власних грошей, так і передавати гроші користувачів довірчій компанії або будь-якому іншому подібному органу згідно з положеннями відповідного розпорядження Кабінету Міністрів. Іншими словами, CAESP повинен не тільки розпоряджатися грошима користувачів на банківських рахунках окремо від власних, але й передавати гроші довірчій компанії чи довірчому банку, що виступає в якості довіреної особи.

Крім того, CAESP повинен управляти довіреними криптоактивами, в принципі, з допомогою холодного гаманця, який ніколи не був і ніколи не буде підключений до Інтернету (повністю автономний гаманець), або з допомогою інших методів, використовуючи технічні заходи безпеки, еквівалентні такому гаманцю.[1630] CAESP може у виняткових випадках керувати криптоактивами з допомогою інших методів, таких як використання гарячих гаманців із кількома підписами, якщо ці методи необхідні для забезпечення зручності та безперебійної роботи служб з обміну криптоактивами. Однак еквівалент в єнах довірених криптоактивів, які управляються іншими методами, не повинен перевищувати 5 відсотків еквіваленту в єнах від загальної кількості довірених криптоактивів.

VI. РЕГУЛЮВАННЯ МАЙНЕРІВ

Оскільки майнинг криптоактивів не підпадає під визначення CAES, діяльність з майнингу не регулюється чинними японськими нормативно-правовими актами. Проте, частки в схемах майнингу, сформульовані як частки в схемах спільного інвестування або частки в схемах хмарного майнингу, можуть вважатися цінними паперами відповідно до FIEA і, таким чином, можуть підпадати під його положення.

1630 Керівні настанови адміністрації FSA передбачають, що при визначенні того, чи були вжиті заходи, еквівалентні повністю автономному гаманцю, кожен випадок буде розглядатися на основі конкретних обставин.

VII. РЕГУЛЮВАННЯ ЕМІТЕНТІВ ТА СПОНСОРІВ

i. РЕГУЛЮВАННЯ ПЕРВІСНОГО РОЗМІЩЕННЯ ТОКЕНІВ ТА ЕМІТЕНТІВ ТОКЕНІВ

Токени, що випускаються шляхом первинного розміщення монет (ICO), мають різні форми, і норми Японії, які застосовуються до токена, відрізняються залежно від схеми ICO.

Токени криптоактиву

На токен, який підпадає під визначення криптоактиву, поширюються дії положень, пов'язані з криптоактивами відповідно до PSA. Токен, на який поширюється дія PSA, має продаватися CAESP або через нього.

Асоціація бірж віртуальних валют та криптоактивів Японії (JVCEA), саморегулівна організація, створена в рамках PSA, опублікувала проєкт норм саморегулювання та керівних настанов для ICO токенів типу криптоактивів під назвою Правила продажу нових криптоактивів (Правила ICO). Відповідно до Правил ICO, ICO можна розділити на два типи: (1) коли CAESP випускає нові токени та продає їх самостійно; та (2) коли емітент токенів делегує продаж нововипущених токенів CAESP. Загалом, на додаток до забезпечення безпеки нововипущених токенів, включаючи блокчейн, смартконтракт, інструмент гаманця та інші їх аспекти, Правила ICO вимагають дотримання наступних вимог для всіх ICO:

a. ведення бізнес-структури, яка полегшує перевірку діяльності, для якої залучаються кошти через ICO;
b. розкриття інформації про емітента токена, випущеного токена, запропонованого використання залучених коштів та інші питання;
c. розділення управління доходами ICO (як фіатної валюти, так і криптоактивів) від управління власними коштами емітента;
d. належний облік та розкриття фінансової інформації про надходження від ICO; та
e. належна оцінка нововипущених токенів.

Токени цінних паперів

Як зазначено в Розділі II.i, у тих випадках, коли розподіл прибутку від бізнесу емітента токенів здійснюється власниками токенів і розраховується на основі співвідношення володіння токенами власника токена, залучений токен може являти собою ERTR і, отже, на емітента токенів поширюються положення FIEA.

Оскільки передбачається, що ERTR являють собою цінні папери, про які йдеться у Пункті 1, підприємець, агентство або посередник, який продає або купує ERTR або здійснює операції з відкритого розміщення ERTR в ході своєї діяльності, повинні будуть пройти реєстрацію як FIBO типу I.

Крім того, будь-який емітент ERTR, який звертається з проханням про придбання ERTR (тобто, здійснення пропозиції токенів цінних паперів (STO)), повинен буде пройти реєстрацію як FIBO типу II, якщо він не зареєстрований як діяльність зі спеціальним дозволом для кваліфікованих інституційних інвесторів.

Токени передплачених карток

Токени, аналогічні передплаченим карткам, у тому сенсі, що їх можна використовувати як оплату за товари або послуги, що надаються емітентами токенів, можуть розглядатися як передплачені платіжні інструменти, і відповідно на них можуть поширюватися дія норм PSA. (Токен, на який поширюються норми щодо передплачених платіжних інструментів відповідно до PSA, не підпадає одночасно під дію норм PSA, що застосовуються до криптоактивів (і навпаки)).

ii. РЕГУЛЮВАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ СПОНСОРІВ

Оскільки однією з основних цілей регулювання криптоактивів в Японії є захист клієнтів обміну криптоактивів, спонсори емітентів ICO не регулюються PSA або іншими законами щодо криптоактивів.

VIII. КРИМІНАЛЬНЕ ТА ЦИВІЛЬНЕ ШАХРАЙСТВО І ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

i. КРИМІНАЛЬНІ ПРОВАДЖЕННЯ, ЩО ЗАСТОСОВУЮТЬСЯ ДО ПОСТАЧАЛЬНИКІВ ПОСЛУГ З ОБМІНУ

Існуючі положення кримінального кодексу, які містяться в PSA, застосовуються до CAESP. Нижче наведено короткий опис деяких основних порушень згідно з PSA, а також відповідальність, яка застосовуються за ці порушення:

a. Позбавлення волі із застосуванням виправних робіт на строк до трьох років або штраф у розмірі до 3 мільйонів єн, або те, й інше можуть бути призначені за:
   - надання послуг з обміну без реєстрації;
   - реєстрація шахрайським шляхом; або
   - використання імені.

b. Позбавлення волі із застосуванням виправних робіт на строк до двох років або штраф у розмірі до 3 мільйонів єн, або те, й інше можуть бути призначені за:
   - порушення зобов'язання щодо відокремлення коштів та криптоактивів клієнтів від коштів та криптоактивів постачальника послуг з обміну; або
   - порушення будь-якого розпорядження про зупинення обмінних послуг.

c. Позбавлення волі із застосуванням виправних робіт на строк до одного року або штраф до 3 мільйонів єн, або те, й інше можуть бути призначені за:
   - неподання публічного повідомлення про передачу бізнесу, злиття, роз'єднання, поділ компанії або припинення діяльності, або припинення діяльності надавача послуг з обміну, або надання неправдивого публічного повідомлення про це;
   - порушення зобов'язання щодо підготовки та ведення бухгалтерських книг та документів, або підготовка підроблених книг чи документів;
   - неподання Прем›єр-міністру необхідного звіту (і будь-яких необхідних додатків до нього) за кожен робочий рік або подання звіту, що містить неправдиві відомості;
   - невиконання розпорядження Прем›єр-міністра щодо подання звітів чи матеріалів, або подання неправдивих звітів чи матеріалів; або
   - відмова відповідати на запитання або надання неправдивих відповідей під час виїзної перевірки, або відмова від співпраці під час перевірки.

d. За будь-які неправдиві показання у заяві на реєстрацію або у додатках до неї може бути призначено покарання у вигляді ув'язнення з виправними роботами на строк до шести місяців або штраф у розмірі 500 000 єн, або те, й інше.

e. За порушення розпорядження про покращення ділових операцій може бути накладено штраф до 1 млн єн.

f. За ненадання будь-якої необхідної інформації, що стосується реклами або вимагання у відношенні до CAES може бути призначено покарання у вигляді ув'язнення на строк до шести місяців або штраф у розмірі 500 000 єн, або те, й інше.

g. За будь-яку неправдиву інформацію або будь-яке представництво в рамках угоди про обмін криптоактивів, що, ймовірно, призведе до неправильного розуміння характеру або інших аспектів криптоактиву може бути призначено покарання у вигляді ув'язнення з виправними роботами на строк до одного року або штраф до 3 мільйонів єн, або те, й інше.

h. Позбавлення волі на строк до шести місяців або штраф до 500 000 єн, або те, й інше можуть бути призначені за:
   - будь-яку неправдиву інформацію або представлення у рекламі інфор-

мації щодо послуг з обміну, що, може призвести до неправильного розуміння характеру чи інших аспектів криптоактиву; або

- будь-яке представлення в рамках угоди про обмін криптоактивів або в рекламі, що стосується послуг з обміну, з метою спонукання до продажу чи купівлі криптоактиву або обміну криптоактиву на інший криптоактив, що не має на меті дозволу використання відповідного криптоактиву як платіжного засобу, а натомість призначений виключно для заохочення інтересу до певного криптоактиву.

ii. ЦИВІЛЬНЕ ПРАВОПОРУШЕННЯ

PSA не містить конкретних положень про запобігання недобросовісній торгівлі або продажу токенів. Однак Цивільний і Кримінальний кодекси Японії, а також деякі закони та нормативні акти про захист прав споживачів,[1631] за винятком випадків, коли відповідний токен вважається цінним папером згідно з FIEA, у цьому випадку застосовуються положення FIEA, що регулюють недобросовісну торгівлю цінними паперами.

Крім того, Закон «Про купівлю-продаж фінансових інструментів тощо»[1632] (ASFI) застосовується до дій, які призводять до придбання криптоактивів. Якщо ASFI не застосовується, клієнти, які бажають пред'явити претензії до CAESP, повинні будуть подати позов про правопорушення. Для вирішення цієї незадовільної ситуації, ASFI прямо покладає відповідальність на надавачів послуг з обміну, у тому числі передбачаючи розмір збитків, які вони будуть повинні будуть відшкодовувати, щоб зменшити зобов'язання доказу з боку користувачів послуг.

IX. ОПОДАТКУВАННЯ

У Японії гостро стоїть питання сплати податку на споживання за криптоактиви. У минулому продаж криптоактивів обкладався японським податком на споживання в тій мірі, в якій офіс сторони передавача знаходився в Японії. Однак після внесення змін до чинного податкового законодавства з 1 липня 2017 року податок на споживання не може стягуватися з продажу криптоактивів, якщо відповідний криптоактив вважається криптоактивом згідно з PSA (наприклад, біткоїн). Крім того, Національне податкове агентство Японії оголосило, що прибуток від продажу або використання криптоактивів розглядатимуться як різні доходи, таким чином прибуток від продажу або використання криптоактивів не може бути компенсований збитками, понесеними в інших місцях.

1631 Наприклад, Закон «Про конкретні комерційні операції», Закон «Про споживчі договори» та Закон проти необґрунтованих премій та уявлень, які вводять в оману.

1632 https://bit.ly/38EVHYu.

X. ІНШІ ПИТАННЯ

Останнім часом цифрове мистецтво та цифрові торгові картки, представлені невзаємозамінними токенами (NFT), які є незмінними цифровими токенами, випущеними на блокчейні, були продані на значні суми. В результаті, NFT швидко завоювали увагу в Японії. Хоча цифрові дані безкоштовні та їх легко копіювати, NFT вважаються інноваційними, оскільки вони передбачають створення унікальних, єдиних у своєму роді даних на основі технології блокчейн.

З точки зору фінансового регулювання, NFT не будуть цінними паперами або ERTR згідно з FIEA, якщо власники NFT не беруть участь у прибутках або не отримують дивіденди. Крім того, якщо NFT невзаємозамінні, незамінні та не використовуються як засіб платежу, вони не вважатимуться криптоактивами відповідно до PSA.

Однак, оскільки правовий статус NFT все ще незрозумілий, в разі непередбачених обставин, таких як злом NFT або суперечки щодо прав авторів і покупців NFT.

XI. ПЛАНИ НА МАЙБУТНЄ

Останнім часом з'явилися децентралізовані фінанси (DeFi), які швидко розвиваються. Це децентралізована фінансова система, що складається з додатків на основі блокчейну (зазвичай іменованих децентралізованими додатками або Dapps). DeFi — це загальний термін для фінансових систем і проєктів, які доступні та прозорі для всіх, але характер та ступінь децентралізації варіюються від проєкту до проєкту. DeFi — це не тільки ринок для обміну токенами, а й додаток, який дозволяє здійснювати різноманітні фінансові операції, включаючи обмін токенів між анонімними користувачами, управління фондами, торгівлю деривативами, страхування, інфраструктуру управління особистими даними та інфраструктуру кредитної інформації.

На даний момент законодавство Японії не регулює DeFi безпосередньо, і кожна функція DeFi повинна бути розглянута окремо для визначення того, чи підпадає вона під будь-які фінансові положення. Наприклад, у DeFi децентралізовані біржі (DEX), які дозволяють користувачам купувати та продавати токени без централізованого адміністратора, можуть підпадати під категорію CAES. Однак регулятор може зіткнутися з труднощами при виявлені конкретних працівників таких DEX та ефективному дотриманні законодавства Японії.

Follow OSCE Project
Co-ordinator in Ukraine

Україна, 01030, Київ,
вул. Стрілецька, 16
info-pcu@osce.org
www.osce.org/ukraine

ОБСЄ Організація з безпеки та співробітництва в Європі
Координатор проектів в Україні