

ІВАНИЦЬКИЙ

Сергій Олександрович
serg.infoline@gmail.com

УДК 347.961

ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ ЗДІЙСНЕННЯ ФІНАНСОВОГО МОНІТОРИНГУ
СПЕЦІАЛЬНО ВИЗНАЧЕНИМИ СУБ'ЄКТАМИPROBLEMATIC ASPECTS OF FINANCIAL MONITORING BY SPECIALLY
DESIGNATED SUBJECTSDOI: <https://doi.org/10.37634/efp.2021.5.2>д.ю.н., доцент, професор
кафедри, Національна
академія внутрішніх справ*IVANYTSKYI Serhii – Doctor of Law, Associate Professor, Professor of department, National Academy of Internal Affairs*

У статті досліджено стан правової регламентації виконання окремими спеціально визначеними суб'єктами первинного фінансового моніторингу обов'язків стосовно запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом. Вивчено стандарти FATF й нормативну базу іноземних країн у цій сфері. Констатовано нечіткість понять «створення», «забезпечення діяльності» та «управління юридичними особами» у вітчизняному галузевому законодавстві, сформульовано пропозиції стосовно його удосконалення.

* * *

Introduction. The paper stated that in the new Law of Ukraine “On preventing and countering the legalization (laundering) of proceeds from crime, the financing of terrorism and the financing of the proliferation of weapons of mass destruction”, the domestic legislator used a number of general formulations with a broad and vague content, which may complicate its practical implementation and necessitates the theoretical research of these issues within the framework of this paper.

The purpose of the paper is to analyze the state of legal regulation of the implementation by certain specially defined subjects of primary financial monitoring of obligations to prevent and counteract the legalization (laundering) of proceeds from crime, the financing of terrorism and the proliferation of weapons of mass destruction, as well as to formulate recommendations for making appropriate changes to the legislation.

Results. In paragraph 1 of part 1 of art. 10 of the Law of Ukraine “On preventing and countering the legalization (laundering) of proceeds from crime, the financing of terrorism and the financing of the proliferation of weapons of mass destruction” does not disclose the content of the terminology turnover “creation, operation or management of legal persons”.

Conclusion. In order to clarify the terminology in paragraph 1 of part 1 of article 10 of the Law of Ukraine “On preventing and countering the legalization (laundering) of proceeds from crime, the financing of terrorism and the financing of the proliferation of weapons of mass destruction”, it is advisable to amend it by adding after the words “other similar legal entities” the words “including, performing the functions of a director or secretary of a legal person, its trustee/owner/manager, nominee shareholder/owner/holder”.

Ключові слова: фінансовий моніторинг, легалізація, юридична особа, адвокат, нотаріус**Keywords:** financial monitoring, legalization, legal person, advocate, notary

ВСТУП

Минулого року набрав чинності новий Закон України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» (далі – профільний Закон) № 361–ІХ від 06.12.2019 [1]. Вітчизняний законодавець уточнив коло спеціально визначених суб'єктів первинного фінансового моніторингу (ст. 6), зокрема чітко відніс до їх переліку організаційні форми адвокатської діяльності – адвокатські бюро, адвокатські об'єднання та адвокатів, які здійснюють адвокатську діяльність індивідуально; розширив обсяг обов'язків суб'єктів первинного фінансового моніторингу (далі – СПФМ); збільшив величину порогових фінансових операцій, що підлягають моніторингу (із 150 до 400 тис. грн), значно підвищив розмір штрафів за не-

належне виконання обов'язків СПФМ (від декількох сотень тисяч до десятків мільйонів гривень) тощо.

Одним із напрямів своєї уваги український законотворець обрав подальшу нормативну конкретизацію особливостей виконання обов'язків суб'єктів первинного фінансового моніторингу такими спеціально визначеними суб'єктами, як адвокатські бюро, адвокатські об'єднання та адвокати, які здійснюють адвокатську діяльність індивідуально; нотаріуси; суб'єкти господарювання, що надають юридичні послуги. Відповідне законодавче бачення специфіки їх діяльності як СПФМ викладено у п. 1 ч. 1 ст. 10 профільного Закону.

Водночас аналіз наведеної норми профільного Закону засвідчує наявність загальних формулювань та використання термінологічного апарату із досить широким і невизначеним змістом, що може утруднити його прикладну реалізацію цією категорією СПФМ.

Про вказані недоліки зазначається як практиками, так і науковцями [2, С. 80; 3], проте конкретних пропозицій стосовно зміни редакції згаданого нормативного припису, на жаль, не вноситься, що зумовлює потребу теоретичного розроблення цих питань у межах представленого дослідження.

МЕТА роботи – аналіз стану правової регламентації виконання окремими спеціально визначеними суб'єктами первинного фінансового моніторингу обов'язків відносно запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та розповсюдження зброї масового знищення, а також формулювання рекомендацій для внесення відповідних змін до законодавства.

МЕТОДИ ДОСЛІДЖЕННЯ

Методологічною основою роботи став діалектичний метод, який дозволив розглянути систему фінансового моніторингу в єдності та взаємозв'язку її елементів. Порівняльно-правовий метод використано у зіставленні приписів українського законодавства з іноземними правовими аналогами. Оперування інструментарієм формально-логічного методу (аналіз, синтез, дедукція тощо) дозволило уточнити понятійно-категоріальний апарат, дослідити існуючі доктринальні та нормативні напрацювання. Використання системно-структурного методу разом із методами прогнозування та моделювання виявилось продуктивним для побудови цілісної моделі перспективних правових заходів, спрямованих на вдосконалення діяльності спеціально визначених суб'єктів первинного фінансового моніторингу.

РЕЗУЛЬТАТИ

На реалізацію міжнародних стандартів FATF (Financial Action Task Force) український законодавець в оновленому профільному Законі (ч. 3 ст. 10) зберіг фундаментальні гарантії професійної таємниці, зокрема підтвердив можливість адвокатів та нотаріусів не виконувати обов'язки відносно здійснення належної перевірки клієнта та не повідомляти Державну службу фінансового моніторингу про свої підозри у разі надання послуг стосовно захисту клієнта, представництва його інтересів у судових органах та в справах досудового врегулювання спорів або надання консультацій для захисту та представництва клієнта.

Заразом потребує конкретизації та вдосконалення редакція п. 1 ч. 1 ст. 10 профільного Закону, відповідно до якого «виконання обов'язків суб'єкта первинного фінансового моніторингу забезпечується:

1) адвокатськими бюро, адвокатськими об'єднаннями та адвокатами, які здійснюють адвокатську діяльність індивідуально, нотаріусами, суб'єктами господарювання, що надають юридичні послуги, якщо вони беруть участь, діючи від імені та/або за дорученням клієнта, у будь-якій фінансовій операції та/або допомагають клієнту планувати чи здійснювати операцію відносно:

купівлі-продажу нерухомості або управління майном у разі фінансування будівництва житла;

купівлі-продажу суб'єктів господарювання та корпоративних прав;

управління коштами, цінними паперами або ін-

шими активами клієнта;

відкриття та/або управління банківським рахунком або рахунком у цінних паперах;

залучення коштів, необхідних для створення юридичних осіб та фондів, забезпечення їх діяльності або управління ними;

створення, забезпечення діяльності або управління юридичними особами, фондами, трастами або іншими подібними правовими утвореннями...» [1].

Системний аналіз наведеного положення дозволяє дійти висновку, що вказані особи виконують обов'язки суб'єкта первинного фінансового моніторингу не тільки у випадку, коли вони беруть участь, діючи від імені та/або за дорученням клієнта, у будь-якій із зазначених вище фінансових операцій, але й тоді коли допомагають клієнту планувати чи здійснювати операцію стосовно створення, забезпечення діяльності або управління юридичними особами, фондами, трастами або іншими подібними правовими утвореннями.

Найбільше запитань викликають використані у законі словосполучення «створення», «забезпечення діяльності» та «управління юридичними особами», зміст яких допускає широкі межі тлумачення, а отже й потенційно значний перелік випадків, коли відповідна особа має стати на облік як СПФМ, виконати покладені на неї обов'язки або понести сувору відповідальність за їх порушення.

Чинне законодавство не містить чітких дефініцій окреслених понять, проте вимога правової визначеності як невід'ємний елемент принципу верховенства права вочевидь робить необхідною їх належну конкретизацію. Водночас важливо врахувати як публічні інтереси відносно забезпечення належної протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, так й інтереси СПФМ у частині з'ясування дійсного змісту досліджуваних правових приписів, недопущення їх поширювальної інтерпретації.

Якщо поглянути у недалеке минуле, можна побачити приклади досить широкого трактування законодавцем поняття «забезпечення діяльності юридичних осіб». Так, у раніше діючій редакції Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» від 14 жовтня 2014 р. № 1702-VII (ст. 8) до змісту цього поняття законодавець включав аудит [4]. У нині чинній редакції профільного Закону (ст. 10) вказівка про аудит відсутня.

В основу сучасної правотлумачної діяльності, як вбачається, мають бути покладені міжнародні стандарти й напрацювання, сформовані профільними інституціями, зокрема, FATF. Саме на базі рекомендацій цього авторитетного органу формувалася й вдосконалювалася спеціалізована законодавча база європейських держав та України.

Як під час ухвалення попереднього, так і нового профільного Закону, наріжним каменем правового регулювання діяльності спеціально визначених суб'єктів первинного фінансового моніторингу стала Рекомендація № 22 FATF [5], що, зокрема, містить положення із здійснення СПФМ операцій стосовно «creation, operation or management of legal persons». Буквальний

переклад й імплементація наведених словосполучень у вітчизняному профільному Законі не додали ясності відносно їх змісту. Тож доцільним є подальше з'ясування суті цих термінів на рівні нормативних та роз'яснювальних документів FATF та держав – світових лідерів у сфері протидії легалізації доходів, отриманих злочинним шляхом.

У згаданій Рекомендації № 22, а також розробленому FATF Керівництві стосовно застосування ризик-орієнтованого підходу для юристів [6, С. 14–16, 37–38] згадуються такі можливі ролі (функції) адвокатів у межах досліджуваних видів роботи, як «директор чи секретар компанії», «довірча особа/власник/управитель», «номінальний акціонер».

У Сингапурі нормативні документи допускають надання адвокатом «номінальних послуг» (nominee services), наприклад, директора чи акціонера [7], у США – «трастових послуг» (trust services) [8], у Великій Британії – послуг «довірчої особи/власника/директора, що дозволяє зберегти анонімність особи клієнта» [9]. Вказані функціональні моделі відображають поширені у світі підходи відносно допустимої професійної активності адвокатів.

Рідше у документах FATF містяться згадки про здійснення останніми «структурування платежів» [10, С. 40], «керування справами клієнта» [10, С. 63] або попередження про небезпеку залучення до «фіктивного судового процесу», коли, наприклад, за відсутності предмету спору й фактичного боргу від однієї до іншої особи переходять кошти, отримані злочинним шляхом [10, С. 69].

Необхідно зазначити, що на національному рівні вітчизняний Закон оперує поняттям «номінальний власник» (п.п. 40 ч. 1 ст. 1), під яким розуміється особа, яка від свого імені управляє корпоративними правами іншої особи – кінцевого бенефіціарного власника в інтересах останнього. Водночас у профільному Законі використовується термін «номінальний утримувач» (у значенні, наведеному в Законі України «Про депозитарну систему України») та «довірчий власник» (п. 60 ч. 1 ст. 1), причому останній у рамках трасту має повноваження й обов'язки, у межах яких він є відповідальним та може управляти, використовувати або розпоряджатися активами відповідно до умов довірчого договору [1].

ВИСНОВКИ

Цілком очевидно, що сучасні тенденції глобалізації економіки та уніфікації правового регулювання вимагають збалансування національної моделі протидії легалізації доходів, отриманих злочинним шляхом, а також врахування загальноприйнятих підходів, поширених у світі.

З огляду на викладене, з метою уточнення термінологічного апарату, що використовується для правової регламентації обов'язків СПФМ, до п. 1 ч. 1 ст. 10 Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» доцільно внести зміни, доповнивши його після слів «іншими подібними правовими утвореннями» словами «включаючи, виконання функцій директора чи секретаря

юридичної особи, її довірчої особи/власника/управителя, номінального акціонера/власника/утримувача».

Список використаних джерел

1. Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення: Закон України № 361–ІХ від 6 грудня 2019 року. *Відомості Верховної Ради України*. 2020. № 25. Ст. 171.
2. Джабурія О.О. Підстави вступу організаційних форм адвокатської діяльності у відносини державного фінансового моніторингу: проблемні аспекти. *Адвокатура: минуле, сучасність та майбутнє*: матер. X Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 6 листопада 2020 р.). Одеса, 2020. С. 73–81.
3. Андрусак В. Нові правила фінансового моніторингу: пам'ятка для юридичних компаній. URL: <https://uba.ua/ukr/news/7715/>.
4. Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення: Закон України № 1702–VII від 14 жовтня 2014 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 50–51. Ст. 2057.
5. International standards on combating money laundering and the financing of terrorism & proliferation. *The FATF recommendation*. Paris: FATF, 2020. 136 p. URL: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf>
6. Guidance for a risk-based approach for legal professionals. Paris: FATF, 2019. 95 p. URL: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/Risk-Based-Approach-Legal-Professionals.pdf>
7. Singapore Law society. Prevention of money laundering and financing of terrorism. Practice direction 3.2.1. URL: <https://www.lawsociety.org.sg/wp-content/uploads/2020/03/Prevention-of-Money-Laundering-and-Financing-of-Terrorism-PD-3.2.1.pdf>
8. ABA Voluntary good practices Guidance for lawyers to detect and combat money laundering and terrorist financing (April 2010): adopted by the House of delegates of American Bar Association, August 9–10, 2010. URL: https://www.americanbar.org/content/dam/aba/directories/policy/annual-2010/2010_am_116.pdf
9. Solicitors Regulation Authority. Legal sector affinity group anti-money laundering Guidance for the legal sector 2021. URL: <https://www.sra.org.uk/globalassets/documents/solicitors/firm-based-authorisation/lsg-aml-guidance.pdf>
10. Money laundering and terrorist financing vulnerabilities of legal professionals. FATF report (June 2013). Paris: FATF, 2013. 146 p. URL: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/ml%20and%20tf%20vulnerabilities%20legal%20professionals.pdf>

References

1. On preventing and countering the legalization (laundering) of proceeds from crime, the financing of terrorism and the financing of the proliferation of weapons of mass destruction: Law of Ukraine No. 361–IX of December 6, 2019. *News of Verkhovna Rada of Ukraine*. 2020. № 25. Art. 171. (in Ukrainian).
2. Dzhaburiia O.O. The grounds for the entry of organizational forms of advocate's activity into the relations of state financial monitoring: problematic aspects. *Advocacy: past, present and future*: materials of the X international scientific and practical conference (Odessa, November 6, 2020). Odessa, 2020. pp. 73–81. (in Ukrainian).
3. Andrusiak V. New rules of financial monitoring: a memo for law firms. URL: <https://uba.ua/ukr/news/7715/> (in

Ukrainian).

4. On preventing and countering the legalization (laundering) of proceeds from crime, the financing of terrorism and the financing of the proliferation of weapons of mass destruction: Law of Ukraine No. 1702–VII of October 14, 2014. *News of Verkhovna Rada of Ukraine*. 2014. № 50–51. Art. 2057. (in Ukrainian).

5. International standards on combating money laundering and the financing of terrorism & proliferation. *The FATF recommendation*. Paris: FATF, 2020. 136 p. URL: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf>

6. Guidance for a risk-based approach for legal professionals. Paris: FATF, 2019. 95 p. URL: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/Risk-Based-Approach-Legal-Professionals.pdf>

7. Singapore Law society. Prevention of money laundering and financing of terrorism. Practice direction 3.2.1. URL:

<https://www.lawsociety.org.sg/wp-content/uploads/2020/03/Prevention-of-Money-Laundering-and-Financing-of-Terrorism-PD-3.2.1.pdf>

8. ABA Voluntary good practices Guidance for lawyers to detect and combat money laundering and terrorist financing (April 2010): adopted by the House of delegates of American Bar Association, August 9–10, 2010. URL: https://www.americanbar.org/content/dam/aba/directories/policy/annual-2010/2010_am_116.pdf

9. Solicitors Regulation Authority. Legal sector affinity group anti-money laundering Guidance for the legal sector 2021. URL: <https://www.sra.org.uk/globalassets/documents/solicitors/firm-based-authorisation/lisag-aml-guidance.pdf>

10. Money laundering and terrorist financing vulnerabilities of legal professionals. FATF report (June 2013). Paris: FATF, 2013. 146 p. URL: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/ml%20and%20tf%20vulnerabilities%20legal%20professionals.pdf>