

О.Є. Користін

доктор юридичних наук, доцент

Київський національний університет внутрішніх справ

Особливості наглядової діяльності регуляторів фінансових ринків у запобіганні відмиванню коштів

У статті, на основі світових стандартів та зарубіжного досвіду, розглядаються питання щодо формування загальних підходів наглядової діяльності регуляторів фінансових ринків у запобіганні відмиванню коштів в Україні.

В статье, на базе мировых стандартов и зарубежного опыта, рассматриваются вопросы формирования общих подходов надзорной деятельности регуляторов финансовых рынков в отношении предупреждения отмывания денег в Украине.

The article, based on international standards and foreign experience, the questions concerning the formation of common supervisory approach of the regulators of financial markets in preventing money laundering in Ukraine

Ключові слова: контролюючі органи, легалізація (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансовий моніторинг, підрозділи фінансової розвідки, адміністративні санкції, кримінальна відповідальність.

Постановка проблеми

Безспірним залишається те, що комплекс заходів протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, повинен базуватись на існуючій в Україні системі права. Але реальним на сьогодні є і те, що в Україні ще не створена повноцінна законодавча база, яка б охоплювала усі аспекти цієї боротьби. Це, в свою чергу, вимагає проведення досліджень та осмислення щодо проблем, які необхідно законодавчо врегулювати, яка їх першочерговість тощо.

Аналіз останніх досліджень і публікацій

У науковій літературі питання правового забезпечення протидії легалізації (відмивання) доходів злочинного походження досліджували В.М. Алієв, В.Т. Білоус, О.І. Вікулін, Н.М. Голованов, Л.М. Доля, О.В. Кальман, І.Є. Мезенцева, В.А. Нікуліна, В.М. Попович, А.В. Савченко, Г.А. Тосунян та інші вчені. Проте, необхідно звернути увагу на роль регуляторів фінансових ринків як контролюючих органів у системі запобігання відмиванню коштів.

Невирішені раніше частини загальної проблеми

У комплексі заходів по запобіганню легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, важливе місце займає система фінансового моніторингу, яка здійснюється як органами державної влади, так і суб'єктами фінансового ринку [1]. Для України це досить нова та специфічна сфера державного контролю, і специфіка її полягає, перш за все, в цілях та об'єктах контролю, яка також повинна забезпечуватись та врегульовуватись нормами права. Крім того, необхідно зазначити і відсутність наукового дослідження вітчизняними вченими з даної проблеми. Досконалість та ефективність такої діяльності певним чином залежить від вивчення світового досвіду та дослідження низки питань і проблем, чому і присвячена дана стаття.

Формулювання цілей статті

Провести аналіз ролі регуляторів фінансових ринків в Україні щодо запобігання відмиванню коштів, формуванню дієвої національної правової бази протидії зазначеному суспільно небезпечному явищу.

Вклад основного матеріалу дослідження

У різних міжнародних актах робиться наголос на значній ролі, яку фінансові та кредитні установи можуть відігравати у боротьбі з «відмиванням» злочинних доходів. Уже проголошення Принципів, які були видані Базельським Комітетом у 1988 році, застерігало, що наглядові органи не можуть залишатися байдужими до того, як злочинці використовують банки у своїх цілях. Тоді як спочатку поміркований нагляд обмежувався кількісними, економічними аспектами, з часом він поширився й на якісні аспекти, такі, як, наприклад, забезпечення того, щоб фінансові установи, їх керівництво та акціонери відповідали всім відповідним вимогам. Група розробки фінансових заходів по боротьбі з відмиванням злочинних доходів (відома як FATF) підкреслювала ту важливу роль, яку відіграють контролюючі органи у проведенні заходів, направлених проти відмивання коштів, та вимагала, щоб поміркований нагляд був поширений на небанківські фінансові установи.

Хоча контролюючі органи мають широкий вибір засобів, за допомогою яких вони можуть боротися з відмиванням коштів (як це видно на прикладі Статті 17 Типових Положень SICAD – Міжамериканської Комісії по Відстеженню Зловживання Наркотиками), задачі, які їм треба вирішувати, мають двоякий характер. По-перше, вони можуть інформувати органи, що відповідають за боротьбу з відмиванням коштів (тобто СФІ – служби фінансової інформації) про кожну операцію по відмиванню коштів, яку вони виявлять у процесі своєї наглядової діяльності. Крім того, вони мають повноваження, здебільшого адміністративні, карати фінансові установи, які не дотримуються правил, направлених проти відмивання коштів.

У рекомендаціях 26 та 27 FATF від контролюючих органів вимагається співробітництво із судовими та поліцейськими органами. Європейська Директива по Боротьбі з Відмиванням Коштів більш конкретна в цьому відношенні; вона вимагає наступне: якщо у процесі перевірки кредитної або фінансової установи компетентними органами (тобто регуляторами фінансових ринків), або якимось іншим шляхом, ці органи виявляють факти, які можуть бути доказом відмивання коштів, вони повідомляють органам, які відповідають за боротьбу в цьому напрямі (ст. 10). Цей обов'язок повідомлення, покладений на наглядові органи, може бути дуже цікавим джерелом інформації, зокрема у випадках, коли фінансова установа не надає (достатньої) інформації про підозрілі операції внаслідок, наприклад, зловживань її персоналу або, що ще може траплятися у деяких юрисдикціях – того, що фінансовим установам законодавчо заборонено надавати подібну інформацію державним органам з власної ініціативи. Важлива роль поміркованого нагляду в цьому відношенні ілюструється тим фактом, що розслідування зловживань, у тому числі і пов'язаних з широкомасштабним відмиванням коштів, у Міжнародному Банку Кредиту та Комерції (відомого як BCCI) почалися з повідомлення Федеральної Резервної Системи США про кримінальну поведінку [2].

Потрібно підкреслити, що цей обов'язок повідомлення – який прийнятий більшістю країн-членів ЄС – діє тільки тоді, коли контролюючі органи дізнаються про факти, що можуть використовуватись в якості доказів відмивання коштів, а не тоді, коли вони (як це може здійснюватись у випадку обов'язкового повідомлення з боку фінансових установ) ґрунтуються на звичайній підозрі. Наполягати на тому, щоб контролюючі органи повідомляли про звичайні підозри, було б грубим втручанням у систему довірчих відносин, що існує між фінансо-

вими установами та контролюючими органами. Крім того, контролюючі органи мають все для того, щоб бути спроможними відрізнити відмивання коштів від звичайних кримінальних операцій. Все ж таки обов'язкове повідомлення, що сформульоване у Статті 10 Директиви, не є чимось революційним, але є частиною більш широкої правової структури ЄС, що стосується нагляду над банками. Наприклад, Перша Банківська Директива (з поправками, внесеними Другою Банківською Директивою) також містить відхилення від правила збереження таємниці наглядовими органами у випадках дій, що підпадають під дію кримінального законодавства.

Рекомендації FATF не містять спеціальних посилань на повноваження контролюючих органів щодо санкціонування, а лише посилаються у широкому значенні на їх роль у забезпеченні того, щоб фінансові установи мали адекватні програми захисту від відмивання коштів. Проте, у своїй доповіді на Карибській Конференції з Питань Відмивання Доходів від Наркоторгівлі (1990) FATF закликала країни застосовувати відповідні адміністративні, цивільні або кримінальні санкції до фінансових установ, але у зв'язку з тільки однією компонентою превентивної системи, направленої проти відмивання коштів, а саме на ті установи, які не зберігають записи до кінця періоду зберігання. Стаття 14 Типових Положень SICAD кваліфікує навмисне ухилення фінансових установ від заходів, що передбачені превентивною системою, направленою проти відмивання коштів, як кримінальний злочин.

Стаття 14 Директиви містить широку вимогу, згідно якої кожна країна-член повинна «визначити санкції, що мають бути накладені за недодержання заходів, що прийняті згідно цієї Директиви». Якщо розглянути санкції, що застосовуються за порушення превентивного законодавства країн-членів, які наведені у додатку до Першої Доповіді Комісії з питань Впровадження Директиви про Боротьбу з Відмиванням Коштів [3, с. 212], то можна бачити, що за подібні порушення до фінансових установ можуть бути застосовані дуже серйозні санкції. У більшості країн-членів подібні порушення караються адміністративними санкціями, які часто застосовуються контролюючими органами та можуть перевищувати мільйон ЕКЮ (напр. згідно статті 22 відповідного Закону Бельгії (Belgian Money Laundering Act) від 11 січня 1993 року) [3, с. 214]. Це особливо стосується тих юрисдикцій, в яких немає концепції корпоративної кримінальної відповідальності. В інших країнах порушення караються згідно кримінального законодавства (Данія, Ірландія, Італія, Нідерланди та Великобританія). У принципі, тільки наглядовий орган – фінансовий регулятор країни, резидентом якої є фінансова установа, має законне право застосувати найтяжчу санкцію – позбавлення ліцензії [3, с. 315].

Це стосується також законодавства США, яке може бути чудовим прикладом відмінності кримінальних санкцій від адміністративних. Відповідний Закон (Annunzio-Wylie Anti-Money Laundering Act), прийнятий у 1992 році [4, с. 317], дав у руки регулюючих органів банківської діяльності у США потужну зброю для реалізації законодавства, направленої проти відмивання коштів. Після того, як фінансова установа засуджена за відмивання коштів, регулюючі органи банківської діяльності (Федеральна Резервна Система, або інший первинний регулюючий орган, такий як, наприклад, Управління Валютного Контролю) проводять засідання, метою якого є визначення того, чи потрібно позбавити банк-порушник ліцензії, страхування депозитів або зробити так, щоб банком управляв опікун, призначений судом [4, с. 261]. Проведення подібного засідання є обов'язковим при будь-якому засудженні у справі про відмивання коштів, але воно може проводитись також у випадку засудження за порушення Закону про Банківську Таємницю (наприклад, за ненадання CTR (Currency Transaction Reports) – звіту про валютні операції).

Отже, у США повноваження контролюючих органів застосовувати «адміністративні», або «регулятивні», санкції чітко відокремлюються від оцінки покарання, яке треба застосувати до установи, що здійснюється в суді. Однак це можливо лише завдяки тому, що законодавство США підвело у дуже широких масштабах під кримінальну відповідальність порушення законодавства про відмивання коштів, дозволяючи переслідування за порушення обов'язків щодо повідомлення та ведення записів (наприклад, Закон про Банківську таємницю). В Європі, навпаки, більшість законодавців обмежились кримінальним переслідуванням відмивання коштів, а порушення превентивного законодавства, направлено проти відмивання коштів, залишили адміністративним (контролюючим) органам.

Це потенційно може спричинити проблеми з точки зору захисту прав людини, особливо це стосується принципу «non bis in idem» (заборона подвійного накладення санкцій). Багато санкцій, що застосовуються контролюючими органами, хоча й носять назву адміністративних, фактично є карними заходами, застосування яких співвідноситься з кримінальною відповідальністю у розумінні Статті 6 Європейської Конвенції з прав людини (European Convention on Human Rights). Європейський Суд з прав людини розробив автономну концепцію кримінальної відповідальності, яка дозволяє йому підводити застосування значної кількості адміністративних санкцій під Статтю 6, незважаючи на те, що законодавство країн, можливо, цього не зробило. Одним із критеріїв, застосовуваних Судом для визначення того, чи має місце кримінальне переслідування, є природа та тяжкість санкції, що була застосована. Беручи до уваги те, що за подібні порушення фінансових установ можуть застосовуватись дуже тяжкі санкції, їх застосування, незалежно від того, під яку категорію вони підпадають за місцевими нормами, відповідає кримінальному звинуваченню у розумінні Статті 6, яка говорить, що, як мінімум, відповідач повинен мати право подати апеляцію проти накладеної на нього адміністративної санкції у незалежну судову інстанцію.

Можливим, ще більш далекосяжним, наслідком є ефект «non bis in idem», який прив'язується до цих санкцій. До драматичних наслідків може призвести застосування положення про заборону подвійного накладення санкцій згідно Статті 4 Сьомого Додаткового Протоколу до Європейської Конвенції з прав людини. Така точка зору Суду може створювати проблеми щодо співіснування адміністративної та кримінальної систем санкцій у цілому та зокрема у тому, що стосується режимів боротьби з відмиванням коштів, адже недотримання правил, введених для боротьби з відмиванням коштів, може також братись до уваги під час розгляду кримінальної відповідальності фінансової установи у справі відмивання злочинних доходів. Якщо до фінансової установи вже застосовувались адміністративні санкції за недотримання превентивного законодавства, принцип «non bis in idem», згідно тлумачення Європейського Суду з прав людини, може звільнити її від кримінальної відповідальності за відмивання коштів, або навпаки, оскільки дуже часто принаймні частина тих же ж самих фактів враховується під час обох процедур.

Однак на практиці проблема «non bis in idem» може не виникати взагалі, і цьому є принаймні дві причини. По-перше, місцеві суди можуть не так суворо ставитись до принципу «non bis in idem», як це робить Європейський Суд з прав людини. По-друге, адміністративні санкції часто застосовуються до фінансових установ, тоді як до кримінальної відповідальності притягуються фізичні особи, що працюють у цих установах, з тієї причини, що згідно законодавства деяких країн корпорації не можуть бути притягнуті до кримінальної відповідальності.

Окремі і важливе місце в інституційній системі посідають органи, які здійснюють нагляд за суб'єктами первинного фінансового моніторингу. Відповідно

до Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом» наглядовими органами, які також здійснюють функції державного фінансового моніторингу, є Національний банк України, Державна комісія з цінних паперів та фондового ринку та Державна комісія з регулювання ринків фінансових послуг України [1, ст. 5].

Зазначені органи державного управління здійснюють регуляторну політику щодо окремої специфічної сфери фінансових відносин і виконують особливу роль в інституційному забезпеченні діяльності механізмів запобігання відмиванню коштів. Для забезпечення виконання своїх функцій у загальній системі протидії відмиванню коштів базовий закон покладає на наглядові органи ряд відповідних обов'язків. Зокрема, вимагати від суб'єктів первинного фінансового моніторингу виконання завдань та обов'язків, передбачених законом; проводити перевірку стану організації професійної підготовки працівників та керівників підрозділів, відповідальних за проведення внутрішнього фінансового моніторингу, вживати заходів, передбачених законом; під час здійснення нагляду перевіряти виконання вимог актів законодавства з питань запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, забезпечувати зберігання інформації, одержаної від суб'єктів первинного та державного фінансового моніторингу і правоохоронних органів; погоджувати з уповноваженим органом будь-які нормативні документи, що стосуються питань, пов'язаних з виконанням вимог цього Закону [1, ст. 6].

Інституційне забезпечення механізмів відмивання коштів в Україні є таким, що загалом відповідає сучасним світовим стандартам. Передусім, наглядові органи здійснюють контроль за дотриманням обов'язків, покладених на суб'єкти первинного фінансового моніторингу. Водночас, згідно з Директивою 91/308 на наглядові органи може покладатись обов'язок повідомлення про виявлені в ході здійснення своєї діяльності факти, які можуть свідчити про відмивання коштів. Закріплення такої норми є зрозумілим з огляду на те, що наглядові органи в межах здійснення своєї діяльності мають доступ до відповідної інформації й можуть ефективно використовувати для аналізу цієї інформації власний досвід у сфері їхньої діяльності. Закон України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом» урахує такі можливості наглядових органів, і покладає на них відповідний обов'язок: надавати уповноваженому органу інформацію і документи, необхідні для виконання покладених на нього завдань (за винятком інформації щодо особистого життя громадян), у порядку, визначеному законодавством [1, ст. 14].

Державними органами регулювання та нагляду на фінансовому ринку розроблено та затверджено низку нормативно-правових актів, якими встановлені вимоги щодо дотримання фінансовими посередниками законодавства у сфері запобігання та протидії легалізації доходів, одержаних злочинним шляхом.

Рішенням Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 13 серпня 2003 р. № 359 затверджено Положення про здійснення фінансового моніторингу інститутами спільного інвестування, фондовими біржами та іншими професійними учасниками ринку цінних паперів.

Державна комісія з регулювання ринків фінансових послуг України розпорядженням від 5 серпня 2003 р. № 25 затвердила Положення про здійснення фінансового моніторингу фінансовими установами [6].

Національний банк України постановою від 14 травня 2003 р. № 189 затвердив Положення про здійснення банками фінансового моніторингу [7], а постановою від 4 червня 2003 р. № 233 затвердив Склад реквізитів та структури файлів інформаційного обміну між спеціально уповноваженим органом виконавчої влади з питань фінансового моніторингу та банками (філіями) [8].

Висновки

Підсумовуючи, необхідно зазначити, що сучасні тенденції щодо вдосконалення системи запобігання відмиванню коштів пов'язуються із розширенням переліку суб'єктів первинного фінансового моніторингу, зокрема, за рахунок професій нефінансового характеру. Таке розширення автоматично передбачає і розширення переліку суб'єктів державного фінансового моніторингу, що є центральними державними органами виконавчої влади (Міністерство юстиції, Міністерство економіки тощо). Поряд із цим, вітчизняне законодавство лише формується із зазначених проблем.

Література

1. Закон України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом» від 28.11.2002 р. // Відомості Верховної Ради України від 03.01.2003 р. – 2003. – №1. – Ст. 2.
2. *A. Haynes*, Money Laundering and Changes in International Banking Regulation. // *JIBL*, 1993.
3. *G. Steensens*, De nationals en internationals bestrijding van het witwassen. Onderzoek naar een meer effectieve bestrijding van de profijtgerichte criminaliteit // Antwerp: Intersentia, 1997.
4. *S.J. Galli and J.L. Wexton*, Anti-Money Laundering Initiatives And Compliance – US Perspective: Money Laundering Control. // Dublin: Round Hall Sweet & Maxwell, 1996.
5. Боротьба з відмиванням коштів: правовий, організаційний та практичний аспекти / [С.Г. Гуржій, О.Л. Копиленко, Я.В. Янушевич та ін.] – К.: Парлам. вид-во, 2005. – 216 с.
6. Розпорядження Держфінпослуг «Про затвердження положення про здійснення фінансового моніторингу фінансовими установами» від 05.08.2003 р. // Офіційний вісник України від 05.09.2003. – 2003. – №34. – Ст. 1891.
7. Постанова Національного банку України «Про затвердження Положення про здійснення банками фінансового моніторингу» від 14.05.2003 р. // Офіційний вісник України від 13.06.2003 р. – 2003. – №22. – Ст. 992.
8. Постанова Національного банку України «Про затвердження складу реквізитів та структури файлів інформаційного обміну між спеціально уповноваженим органом виконавчої влади з питань фінансового моніторингу та банками (філіями)» від 04.06.2003 р. // Офіційний вісник України від 27.06.2003 р. – 2003. – №24. – Ст. 1144.