

Джабурія О.О.

*заступник Голови Ради адвокатів Одеської області, адвокат, асистент
кафедри організації судових, правоохоронних органів та адвокатури
Національного університету «Одеська юридична академія»*

ПІДСТАВИ ВСТУПУ ОРГАНІЗАЦІЙНИХ ФОРМ АДВОКАТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У ВІДНОСИНИ ДЕРЖАВНОГО ФІНАНСОВОГО МОНІТОРИНГУ: ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ

28 квітня 2020 року набув чинності Закон України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» від 6 грудня 2019 року № 361-IX (далі – Закон № 361-IX). Він прийшов на зміну аналогічного Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» від 14.10.2014 № 1702-VII (надалі – Закон № 1702-VII), який втратив чинність.

Як і попередній Закон № 1702-VII, діючий Закон № 361-IX породив низку питань щодо особливостей поширення його дії на організаційні форми адвокатської діяльності (адвокатські утворення) як суб'єктів фінансового моніторингу. Адвокатське співтовариство розпочало обговорення його змісту у різного роду публікаціях, семінарах тощо. Висловимо власну позицію щодо підстав вступу організаційних форм адвокатської діяльності у відносини фінансового моніторингу.

Зауважимо, що рішенням №45 від 16 лютого 2017 року «Про особливості участі адвокатів, адвокатських бюро та об'єднань у відносинах фінансового моніторингу» Рада адвокатів України роз'яснила, що «адвокати, адвокатські бюро та об'єднання **не є суб'єктами первинного фінансового моніторингу** (виділено нами – О.Д.) та можуть брати участь у цих відносинах в якості спеціально визначених суб'єктів з особливим статусом у виключних випадках, до яких відноситься їх участь у фінансовій операції для свого клієнта щодо: купівлі-продажу нерухомості; управління активами клієнта; управління банківським рахунком або рахунком у цінних паперах; залучення коштів для утворення юридичних осіб, забезпечення їх діяльності та управління ними; утворення юридичних осіб, забезпечення їх діяльності (включаючи аудит) чи управління ними,

а також купівлі-продажу юридичних осіб (корпоративних прав). Цей перелік є вичерпним і розширеному тлумаченню не підлягає». На наш погляд, така позиція РАУ, виходячи з чинного на момент винесення цього рішення Закону № 1702-VII, була формально дещо дискусійною, однак справедливою за своїм змістом.

Як вбачалося зі ст. 5 Закону № 1702-VII, адвокати, адвокатські бюро та об'єднання були визнані спеціально визначеними суб'єктами первинного фінансового моніторингу, однак, останні, в свою чергу, й містилися у переліку суб'єктів первинного фінансового моніторингу. Таким чином, більш ймовірно, що виходячи з формального тлумачення ст. 5 Закону № 1702-VII адвокати, адвокатські бюро та об'єднання все ж були суб'єктами первинного фінансового моніторингу.

Однак, як нам здається, висловлена РАУ позиція щодо того, що адвокати, адвокатські бюро та об'єднання не були суб'єктами первинного фінансового моніторингу, була справедливою, оскільки була викликана очевидно незрозумілою та неправильною позицією попереднього Закону № 1702-VII.

Як вбачалося з його змісту, адвокат безвідносно до організаційної форми, в якій він здійснював адвокатську діяльність, був визначений суб'єктом первинного фінансового моніторингу. Зазначене було нелогічним, викликало нерозуміння з боку РАУ та адвокатів. Тому й не дивно, що на сьогодні зазначений недолік законодавства усунутий та згідно Закону № 361-IX суб'єктом первинного фінансового моніторингу визначається виключно організаційна форма адвокатської діяльності. Таким чином, адвокатське співтовариство на сьогодні повинне виходити з того, що виключно адвокатські бюро, адвокатські об'єднання та адвокати, які здійснюють адвокатську діяльність індивідуально, є суб'єктами первинного фінансового моніторингу.

На відміну від банків, кредитних спілок, платіжних організацій, товарних чи інших бірж тощо адвокатські утворення відносяться до групи спеціально визначених суб'єктів первинного фінансового моніторингу, які в системі цих суб'єктів мають особливий правовий статус. Необхідно погодитися з В. Гвоздієм, що такий їх статус пов'язаний з поширенням на адвокатів обов'язків суб'єкта первинного фінансового моніторингу лише у конкретно визначених Законом випадках [1].

Зауважимо, що на відміну від наведених суб'єктів, які фактично набувають статусу суб'єктів первинного фінансового моніторингу з моменту їх створення, адвокатські утворення є лише потенційними учасниками відносин фінансового моніторингу. І мусимо визнати, що законодавство щодо підстав участі адвокатських утворень у відносинах фінансового моніторингу є неоднозначним. Виходячи з п.1 ч.1 ст.10 Закону № 361-IX адвокатські утворення фактично стають ними лише коли адвокатське бюро, адвокатське об'єднання чи адвокат, який здійснює адвокатську діяльність

індивідуально, беруть участь, діючи від імені та/або за дорученням клієнта, у будь-якій фінансовій операції та/або допомагають клієнту планувати чи здійснювати операцію щодо: 1) купівлі-продажу нерухомості або управління майном при фінансуванні будівництва житла; 2) купівлі-продажу суб'єктів господарювання та корпоративних прав; 3) управління коштами, цінними паперами або іншими активами клієнта; 4) відкриття та/або управління банківським рахунком або рахунком у цінних паперах; 5) залучення коштів, необхідних для створення юридичних осіб та фондів, забезпечення їх діяльності або управління ними; 6) створення, забезпечення діяльності або управління юридичними особами, фондами, трастами або іншими подібними правовими утвореннями.

Зазвичай у не чисельних публікаціях, що стосуються участі адвокатів у відносинах фінансового моніторингу, чи у виступах на відповідних семінарах, на наш погляд, не надається увага належному тлумаченню п.1 ч.1 ст.10 Закону, а саме його тлумачення обмежується виключно цитуванням відповідної норми. Однак, мусимо звернути увагу, насамперед, адвокатської спільноти на те, що норма п.1 ч.1 ст.10 Закону №361-IX відрізняється від тієї норми, що її містив попередній Закон № 1702-VII, причому на відміну від попереднього Закону №1702-VII ця норма викладена недосконало та може викликати двояке її тлумачення.

Зокрема, одне з її тлумачень, яке є загальнопоширеним серед адвокатів, полягає в тому, що питання фінансового моніторингу виникатимуть у організаційної форми адвокатської діяльності виключно лише тоді, коли вона матиме справу з операціями щодо: 1) купівлі-продажу нерухомості або управління майном при фінансуванні будівництва житла; 2) купівлі-продажу суб'єктів господарювання та корпоративних прав; 3) управління коштами, цінними паперами або іншими активами клієнта; 4) відкриття та/або управління банківським рахунком або рахунком у цінних паперах; 5) залучення коштів, необхідних для створення юридичних осіб та фондів, забезпечення їх діяльності або управління ними; 6) створення, забезпечення діяльності або управління юридичними особами, фондами, трастами або іншими подібними правовими утвореннями (п.1 ч.1 ст.10 Закону №361-IX). Відтак, начебто, якщо організаційна форма не працює з клієнтами в межах цих операцій, то питання фінансового моніторингу обходить її стороною. Адвокати досить часто кажуть: «Не май справи з цими операціями, і ти не будеш суб'єктом первинного фінансового моніторингу».

Однак, зауважимо, що наведений підхід, на наш погляд, переважно ґрунтується на вже не чинному Законі №1702-VII. Нагадаємо, що ч.1 ст.8 попереднього Закону №1702-VII передбачала положення, відповідно до якого:

«1. Виконання обов'язків суб'єкта первинного фінансового моніторингу забезпечується адвокатами, адвокатськими бюро та об'єднаннями... у разі,

якщо вони задіяні у фінансовій операції для свого клієнта щодо(виділено нами – О.Д):

- купівлі-продажу нерухомості;
- управління активами клієнта;
- управління банківським рахунком або рахунком у цінних паперах;
- залучення коштів для утворення юридичних осіб, забезпечення їх діяльності та управління ними;
- утворення юридичних осіб, забезпечення їх діяльності (включаючи аудит) чи управління ними, а також купівлі-продажу юридичних осіб (корпоративних прав)».

Наведене положення було чітким та будь-яких двояких його тлумачень бути не могло. Виходячи з цього, В. Гвоздій у 2018 році цілком обґрунтовано зазначав, що «якщо ж адвокат не надає послуги, пов'язані із: купівлею-продажем нерухомості; управлінням активами клієнта; управлінням банківським рахунком або рахунком у цінних паперах; залученням коштів для утворення юридичних осіб, забезпечення їх діяльності та управління ними; утворення юридичних осіб, забезпечення їх діяльності (включаючи аудит) чи управління ними, а також купівлі-продажу юридичних осіб (корпоративних прав), то, відповідно, у такого адвоката не виникає обов'язок ставати на облік у Держфінмоніторингу та на нього не покладаються обов'язки суб'єкта первинного фінансового моніторингу»[1].

Однак, вважаємо, що на сьогодні такий висновок, виходячи з положення п.1 ч.1 ст.10 діючого Закону №361-IX, вже не є таким очевидним. Звертаємо увагу на тому, що норма п.1 ч.1 ст.10 діючого Закону №361-IX суттєво відрізняється від тієї норми, що її містив попередній Закон №1702-VII. Так, замість слів «...вони задіяні у фінансовій операції для свого клієнта щодо...», що їх містив Закон №1702-VII, діючий Закон №361-IX містить зовсім інше словосполучення, а саме– «...вони беруть участь, діючи від імені та/або за дорученням клієнта, у будь-якій фінансовій операції та/або допомагають клієнту планувати чи здійснювати операцію щодо...».

Виходячи з цього, можливе й зовсім інше тлумачення положення п.1 ч.1 ст.10 Закону №361-IX, яке суттєво відрізняється від загальноприйнятого. Воно полягає в тому, що організаційна форма адвокатської діяльності вступає у відносини фінансового моніторингу й тоді, коли вона візьме участь, діючи від імені та/або за дорученням клієнта, у будь-якій його фінансовій операції, а не лише в операціях, визначених у абз.2-7 п.1 ч.1 ст.10. Таке тлумачення положення п.1 ч.1 ст.10 Закону №361-IX викликане його граматичними особливостями, розташуванням розділових знаків у відповідному реченні, особливостями його тлумачення через використання слів «та/або» та тим розумінням, що зазначений у абз.2-7 п.1 ч.1 ст.10 Закону №361-IX перелік операцій не стосується слів «у будь-якій фінансовій операції», а стосується

лише слів «або допомагають клієнту планувати чи здійснювати операцію щодо».

Таким чином, виходячи останнього варіанту тлумачення п.1 ч.1 ст.10 Закону №361-IX виглядають можливими дві підстави вступу організаційної форми адвокатської діяльності у відносини фінансового моніторингу:

1) адвокатське бюро, адвокатське об'єднання та адвокати, які здійснюють адвокатську діяльність індивідуально, беруть участь, діючи від імені та/або за дорученням клієнта, у будь-якій фінансовій операції та допомагають клієнту планувати чи здійснювати операцію щодо: купівлі-продажу нерухомості або управління майном при фінансуванні будівництва житла; купівлі-продажу суб'єктів господарювання та корпоративних прав; управління коштами, цінними паперами або іншими 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.

Така підстава відповідає загальноприйнятому тлумаченню п.1 ч.1 ст.10 Закону №361-IX, наведеному нами вище. Виходячи з цього, якщо організаційна форма адвокатської діяльності не допомагає клієнту планувати чи здійснювати зазначені операції, то вона не вступає у відносини фінансового моніторингу за цією підставою;

2) адвокатське бюро, адвокатське об'єднання та адвокати, які здійснюють адвокатську діяльність індивідуально, беруть участь, діючи від імені та/або за дорученням клієнта, у будь-якій фінансовій операції.

На наш погляд, таке самостійне виокремлення підстави участі організаційної форми адвокатської діяльності у відносинах фінансового моніторингу може мати й теоретичне обґрунтування. Його сутність знаходимо в тлумаченні термінів, що їх використовує Закон №361-IX, а саме «фінансова операція», «активи», «учасники фінансової операції», та положеннях Закону «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг». Зокрема, «фінансові операції» – це будь-які дії щодо активів клієнта, вчинені за допомогою суб'єкта первинного фінансового моніторингу або про які стало відомо суб'єктам первинного фінансового моніторингу, зазначеним у підпунктах «а»-«д» пункту 7 частини другої статті 6 цього Закону, у рамках ділових відносин з клієнтом... (п.65 ч.1 ст.1 Закону №361-IX); термін «активи» означає кошти, у тому числі електронні гроші, інше майно, майнові та немайнові права (п.2 ч.1 ст.1 Закону №361-IX), а «учасники фінансової операції» – це клієнт, контрагент, а також особи, які діють від їх імені або в їхніх інтересах, або особи, від імені або в інтересах яких діють клієнт, контрагент (п.63 ч.1 ст.1 Закону №361-IX). Виходячи з цих положень, вбачається, що діючи від імені та/або за дорученням клієнта

у фінансовій операції організаційна форма адвокатської діяльності стає учасником вчиненої фінансової операції та надає клієнту послугу, яка за своєю правовою природою є дуже близькою до «фінансової послуги», визначення якої надає Закон «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг». Саме тому, наприклад, Закон №361-IX і визначив їх як самостійну підставу для виникнення у адвокатських утворень обов'язків суб'єкта первинного фінансового моніторингу. Виходячи з зазначеного підходу, сплата адвокатським утворенням, наприклад, судового збору від імені та/або за дорученням клієнта є фінансовою операцією, яка породжує у нього виникнення обов'язків суб'єкта первинного фінансового моніторингу. Такою ж операцією може бути визнане укладення адвокатом від імені або за дорученням клієнта будь-якого договору щодо майна чи майнових прав клієнта.

Загалом же вважаємо, що друге вживання у абз.1 п.1 ч.1 ст.10 Закону №361-IX словосполучення «та/або» є досить невдалим. Воно внесло двозначність у тлумаченні підстав вступу організаційних форм адвокатської діяльності у відносини державного фінансового моніторингу.

На наш погляд, участь організаційних форм адвокатської діяльності у фінансових операціях від імені та/або за дорученням клієнта не є притаманними класичній адвокатській діяльності, а є радше фінансовими послугами або ж проявами фідуціарної діяльності, пропозиції щодо запровадження якої як виду адвокатської діяльності звучать останнім часом. Класичними ж видами адвокатської діяльності, окресленими ст.19 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», є переважно консультування, захист особи у кримінальному провадженні чи представництво її у суді.

Для правильного розуміння підстав вступу організаційних форм адвокатської діяльності у відносини фінансового моніторингу важливим є окреслення тих видів адвокатської діяльності, в межах здійснення якої у адвокатського утворення виникають обов'язки у сфері фінансового моніторингу. Досить важливим є в цьому плані зміст ч.3 ст.10 Закону №361-IX.

Так, відповідно до ч.3 ст.10 Закону №361-IX адвокатські бюро, адвокатські об'єднання, адвокати, які здійснюють адвокатську діяльність індивідуально, можуть не виконувати обов'язки щодо здійснення належної перевірки клієнта та не повідомляти спеціально уповноважений орган про свої підозри у разі надання послуг щодо захисту клієнта, представництва його інтересів у судових органах та у справах досудового врегулювання спорів або надання консультацій щодо захисту та представництва клієнта.

Аналізуючи це положення, О.Дроздов та О.Дроздова цілком обґрунтовано розглядають його як таке, що містить виключення з переліку обов'язків адвокатських утворень як суб'єктів первинного фінансового моніторингу. Стосується таке виключення, на їх погляд, лише таких видів

обов'язків як: 1) здійснення належної перевірки клієнта (пункт 34 статті 1, стаття 11); 2) повідомлення спеціально уповноважений орган про свої підозри. Необхідною ж умовою його застосування є: 1) здійснення захисту клієнта; 2) представництва інтересів клієнта у судових органах; 3) представництва інтересів клієнта у справах досудового врегулювання спорів; 4) надання консультацій щодо захисту та представництва клієнта. Таким чином, на думку О.Дроздова та О.Дроздової, в усіх інших випадках адвокатські бюро, адвокатські об'єднання, адвокати, які здійснюють адвокатську діяльність індивідуально, зобов'язані здійснювати належну перевірку клієнта та повідомляти спеціально уповноважений орган про свої підозри [2].

Звичайно, обов'язки суб'єкта первинного фінансового моніторингу виникають у адвокатського утворення переважно при виконанні ним консультаційної функції. Саме через надання адвокатськими утвореннями консультацій відбувається планування чи здійснення операцій щодо купівлі-продажу нерухомості або управління майном при фінансуванні будівництва житла, купівля-продаж суб'єктів господарювання чи корпоративних прав, управління коштами, цінними паперами або іншими активами клієнта тощо. Для нас же є очевидним те, що законодавець, помістивши до змісту Закону №361-IX положення ч.3 ст.10 Закону наведеного змісту, допускає, що навіть у відносинах з надання послуг щодо захисту клієнта чи представництва його інтересів у судових органах можливим є виникнення підстав для вступу адвокатських утворень у відносини фінансового моніторингу.

Важливо розуміти, що виникнення обов'язків суб'єкта первинного фінансового моніторингу не залежить від виду адвокатської діяльності, який здійснює організаційна форма адвокатської діяльності, а обумовлюється виключно тими операціями клієнта, допомогу в плануванні чи здійсненні яких надає адвокатське утворення. Навіть сфери захисту та представництва як класичні види адвокатської діяльності можуть пересікатимуться з тими фінансовими операціями, що їх адвокат може вчиняти діючи від імені та/або за дорученням клієнта, або ж операціями, що визначені абз.2-7 п.1 ч.1 ст.10 Закону №361-IX. Це є можливим, наприклад, коли відповідна операція, передбачена у п.1 ч.1 ст.10 Закону №361-IX, здійснюється у відносинах відшкодування підозрюваним шкоди, заподіяної потерпілому злочином (зокрема, наприклад, коли таке відшкодування відбувається за рахунок якоїсь нерухомості, право власності на яку передається), або ж коли таке перерахування здійснюється у відносинах представництва клієнта у справі досудового врегулювання спору тощо.

Вважаємо, що аналогічні фінансові операції можуть відбуватися і у справах, в яких адвокат здійснює судове представництво клієнта. Найбільш яскравим прикладом такого випадку може бути укладення адвокатом від імені та за дорученням клієнта мирової угоди в суді. У цьому разі, на наш погляд, має місце ніщо інше, як участь від імені та/або за дорученням клієнта

адвокатського утворення у фінансовій операції клієнта, оскільки укладення мирової угоди полягає, зазвичай, у розпорядженні стороною процесу своїми майновими правами.

Звертає увагу на себе й невизначеність у законодавстві деяких понять, що його містять положення Закону №361-IX, які окреслюють підстави участі адвокатських утворень у відносинах фінансового моніторингу. Такими, наприклад, є поняття «планування чи здійснення операції щодо забезпечення діяльності або управління юридичної особи» (абз.7 ч.1 ст.10 Закону №361-IX). Що воно означає, достеменно невідомо. На наш погляд, під це поняття може попасти безліч консультацій, що їх надають адвокатські утворення клієнту в межах його господарської діяльності, наприклад, пов'язаних з розробкою якихось змін у статут юридичної особи тощо. У зв'язку з цим, допомога клієнту планувати чи здійснювати операції такого роду викликають виникнення у адвокатського утворення обов'язків як суб'єкта первинного фінансового моніторингу. Наведене, по суті, свідчить про можливість виникнення у адвокатського утворення обов'язків у сфері фінансового моніторингу навіть тоді, коли воно про це може й не здогадуватися у зв'язку з необачністю адвокатів, що виконують доручення клієнта. Ці обов'язки можуть виникнути як у великого адвокатського об'єднання при наданні самої звичайної правової допомоги дрібному клієнту, так і в адвоката, що здійснює повсякденну індивідуальну адвокатську діяльність.

На завершення зазначимо, що наперед передбачаємо дискусійність викладених у цій публікації положень та критику його адвокатським співтовариством. Однак, зауважимо, що навіть якщо таке тлумачення положень законодавства про фінансовий моніторинг не сприймається адвокатським співтовариством, необхідно пам'ятати, що саме так його можуть витлумачити компетентні органи у сфері фінансового моніторингу. Не виключено, що саме через таке тлумачення законодавства адвокатське утворення чи його посадові особи можуть зазнати певних негативних наслідків у вигляді юридичної відповідальності. Загалом оцінюючи викладене, оцінюючи ті ризики, які існують для адвокатських утворень у зв'язку з недосконалим законодавством, та з метою запобігання настанню негативних наслідків, рекомендуємо кожному адвокатському утворенню розглянути доцільність завчасної організації в межах такого утворення виконання ним обов'язків суб'єкта первинного фінансового моніторингу. Доцільним виглядає і організація в межах організаційної форми адвокатської діяльності відповідного спеціального вивчення адвокатами законодавства про фінансовий моніторинг.

Отже, норми щодо організаційних форм адвокатської діяльності як суб'єктів державного фінансового моніторингу є дискусійними, їх тлумачення не є однозначним. Можливим є розгляд адвокатського утворення

як суб'єкта первинного фінансового моніторингу при участі його у будь-якій фінансовій операції, що вчиняється від імені та/або за дорученням клієнта.

Обов'язки у адвокатського утворення як суб'єкта первинного фінансового моніторингу можуть виникнути незалежно від виду адвокатської діяльності. Вони виникають не лише при здійсненні консультативної діяльності, яка зазвичай породжує найбільше випадків участі адвокатського утворення у відносинах фінансового моніторингу, а й при здійсненні таких, на перший погляд, не пов'язаних з фінансовим моніторингом видів адвокатської діяльності як захист у кримінальному провадженні та представництво в суді.

Доцільним є розгляд на рівні адвокатського утворення питання про завчасну організацію в межах такого утворення виконання ним обов'язків суб'єкта первинного фінансового моніторингу, а також організація в межах організаційної форми адвокатської діяльності відповідного спеціального вивчення адвокатами законодавства про фінансовий моніторинг.

Список використаної літератури:

1. Гвозд'їй В.А. Фінансовий моніторинг в адвокатській діяльності. URL: <https://unba.org.ua/publications/3342-finansovij-monitoring-v-advokats-kij-diyal-nosti.html>.
2. Дроздов О., Дроздова О. Адвокат – суб'єкт первинного фінансового моніторингу та інші актуальні питання Закону 361—ІХ. URL: <https://unba.org.ua/publications/5070-advokat-suekt-pervinnogo-finansovogo-monitoringu-ta-inshi-aktual-ni-pitannya-zakonu-361.html>.

Козлов О.О.

заступник голови Ради адвокатів Одеської області, член Комітету захисту професійних прав адвокатів та реалізації гарантій адвокатської діяльності

Ради адвокатів Одеської області, адвокат, аспірант кафедри організації судових, правоохоронних органів та адвокатури Національного університету «Одеська юридична академія»

НЕЗАЛЕЖНІСТЬ АДВОКАТІВ ЯК ГАРАНТІЯ ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ: ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ В СУЧАСНИХ УМОВАХ

Незалежність – одна з фундаментальних складових адвокатської професії, оскільки адвокат повинен бути вільним від будь-якого тиску ззовні, особливо з боку правоохоронних органів і держави в цілому. Ця гарантія визнана у міжнародним стандартом здійснення адвокатської діяльності та закріплена у вітчизняному законодавстві.

На міжнародному рівні ця гарантія передбачена в Основних принципах, що стосуються ролі юристів, що були прийняті Восьмим Конгресом ООН з