

УДК 343.7

Володимир Тертишник,*докт. юрид. наук, професор,
академік Академії політичних наук України,
професор кримінально-правових дисциплін
Університету митної справи та фінансів***Олександр Кошовий,***адвокат
Юридичної компанії «Кошовий і Партнери»*

ДОКТРИНАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ЗЛОВЖИВАННЯ НА ФОНДОВОМУ РИНКУ

У статті розкриваються концепт та особливості застосування принципів та юридичної визначеності для подолання конкуренції правових норм у сфері застосування кримінальної відповідальності за кримінальні правопорушення у сфері ринкових правовідносин, розв'язання проблеми законодавчих колізій, забезпечення якості закону, гармонізації кримінального права, вдосконалення слідчої та судової практики, гармонізації законодавства України із законодавством Європейського Союзу.

Ключові слова: маніпулювання на ринку, юридична визначеність, конкуренція юридичних норм, якість закону, Директива 2014/57/ЄС.

Постановка проблеми. Проблема правової визначеності є ахіллесовою п'ятою багатьох інститутів української правової системи. З урахуванням того, що наразі здебільшого у правозастосуванні панує позитивістський підхід, у питаннях, пов'язаних із застосуванням окремих правових норм, виникають проблеми кваліфікації, формується різномірда правозастосовна практика, яка не сприяє розвитку суспільних відносин. У 2011 році Кримінальний кодекс України було доповнено ст. 222-1 "Маніпулювання на фондовому ринку", диспозиція якої викладена через спробу застосування бланкетного способу. Разом із тим закон не містить чітких, юридично визначених і достатніх об'єктивних критеріїв розмежування протиправних і юридично допустимих дій, що не відповідає вимогам принципу юридичної визначеності та забезпечення верховенства права, потребує додаткового аналізу та належного правничого тлумачення.

Актуальність досліджуваної проблеми зумовлюється необхідністю стабілізації фондового ринку, створення належних умов для інвестиційної діяльності, розробки чітких, зрозумілих і справедливих правил у сфері ринкових відносин та усунення неприйнятних факторів тиску на бізнес.

Аналіз останніх наукових досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми показує, що проблема верховенства права та юридичної визначеності у сфері правосуддя взагалі і щодо застосування окремих інститутах кри-

мінального права приділяється увага економістів та юристів [1-17]. Але наявні публікації не вичерпують усю складність проблеми, а швидше утворюють фундаментальну базу для подальшого її дослідження.

Метою даної роботи є підвищення доктринальної та правової якості інститутів кримінального права, пов'язаних із застосуванням відповідальності за «маніпулювання на фондовому ринку».

Викладення основного матеріалу дослідження. Законом України № 3267 від 21.04.2011 Кримінальний кодекс України було доповнено ст. 222-1 "Маніпулювання на фондовому ринку". До цього моменту подібні дії каралися адміністративними засобами, що більшою мірою відповідало концепції гуманізації законодавства та не вступало в протиріччя з тенденціями декриміналізації.

Доповнюючи КК України статтею 222-1 «Маніпулювання на фондовому ринку», законодавець не досить чітко, із застосуванням розпливчатих дефініцій і юридичних фікцій зробив спробу сформулювати спеціальний склад злочину, визначаючи таке: «1. Умисні дії службової особи учасника фондового ринку, що мають ознаки маніпулювання на фондовій біржі, встановлені відповідно до закону щодо державного регулювання ринку цінних паперів, що призвели до отримання професійним учасником фондового ринку або фізичною особою чи третіми особами прибутку у значних розмірах, або уникнення такими особами збитків у

значних розмірах, або якщо це заподіяло значну шкоду охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб, - караються штрафом від трьох тисяч до п'яти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років».

Спроба встановлення кримінальної відповідальності за "маніпулювання на фондовому ринку" виявилась невдалою і не забезпечила ефективності юридичної практики щодо протидії негативним тенденціям у сфері ринкових відносин. Це було пов'язано як зі складністю самого правовідношення – дій на ринку, який має відповідні специфічні механізми діяльності, правила та запобіжники, так і з недотриманням доктринальних підходів, принципів права та не забезпеченням чіткої юридичної визначеності новоствореного інституту кримінального права.

Термін "маніпуляція", чи "маніпулювання", походить від латинського слова «manipulare» та означає "управляти", "управляти зі знанням справи" тощо, а його первинний зміст як включає дії позитивного характеру, так і може охоплювати діяння негативного характеру, включаючи різні «махінації». Закон не дає чіткого відмежування «позитивних маніпуляцій від суспільно небезпечних, а тим самим кримінально караних «махінацій», змішуючи усі діяння в понятті «маніпулювання», ознаки якого не розкидає. Отже, може скластися ситуація, коли до відповідальності за формальними ознаками може притягатись особа, яка вчинила суспільно корисні дії або яка діяла в інтересах держави.

Досить розпливчатим і не достатньо визначеним для належного здійснення правозастосовної практики, а деякою мірою нелогічним є словосполучення «ознаки маніпулювання на фондовій біржі», що тягне за собою ризик спричинити низку проблем у процесі застосування зазначеної норми.

Не додають чіткої юридичної визначеності і формулювання закону про те, що такими мають бути діяння, «що призвели до отримання професійним учасником фондового ринку або фізичною особою чи третіми особами прибутку у значних розмірах, або уникнення такими особами збитків у значних розмірах, або якщо це заподіяло значну шкоду охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб». Із цього розпливчатого вислову випливає, що якщо учасник

фондового ринку за формально визначеними в законі приписами має нести кримінальну відповідальність, навіть якщо своїми «маніпуляціями» спричинив «значну шкоду» самому собі, або навіть якщо його дії були спрямовані на «уникнення такими особами збитків».

Свобода взагалі і свобода ринкових відносин зокрема полягає в тому, що людина може робити все, що не заборонено. Встановлюючи відповідальність за певні дії, законодавець мав би, по-перше, сформулювати ознаки суспільної небезпечності певних дій, по-друге, визначити, що саме заборонено, по-третє, чітко і зрозумілою мовою, достатньою для диференціації того, що можна і того, чого не дозволено, вказати, порушення яких саме заборон тягне кримінальну відповідальність. Недотримання цих вимог показує на недотримання принципу юридичної визначеності, перетворює норми закону в юридичну фікцію.

Не розв'язують проблеми юридичної визначеності, не уникають ознак очевидних юридичних фікцій і приписи ст. 10-1 Закону України "Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні", згідно з визначенням якого «маніпулювання цінами на фондовому ринку» є:

1) здійснення або намагання здійснити операції чи надання заявки на купівлю або продаж фінансових інструментів, які надають або можуть надавати уявлення щодо поставки, придбання або ціни фінансового інструменту, що не відповідають дійсності, та вчиняються одноосібно або за попередньою змовою групою осіб і призводять до встановлення інших цін, ніж ті, що існували б за відсутності таких операцій або заявок;

2) здійснення або намагання здійснити операції чи надання заявки на купівлю або продаж фінансових інструментів шляхом вчинення умисних протиправних дій, в тому числі шахрайства чи використання інсайдерської інформації;

3) поширення інформації через засоби масової інформації, у тому числі електронні засоби масової інформації, або будь-якими іншими способами, яке призводить або може призвести до введення в оману учасників ринку щодо ціни, попиту, пропозиції або обсягів торгів фінансових інструментів на фондовій біржі, що не відповідають дійсності, зокрема поширення недостовірної інформації, у разі коли особа, яка поширила таку інформацію, знала або повинна була знати, що ця інформація була недостовірною;

4) купівля або продаж фінансових інструментів перед закриттям торговельної сесії фондової біржі з метою введення в ома-

ну учасників ринку щодо цін, які склалися наприкінці торговельної сесії;

5) неодноразове протягом торговельного дня укладення двома або більше учасниками торгів угод купівлі чи продажу фінансових інструментів у власних інтересах чи за рахунок одного і того ж клієнта, за якими кожен з учасників торгів виступає як продавець та покупець одного і того ж фінансового інструменту за однаковою ціною в однаковій кількості або які не мають очевидного економічного сенсу або очевидної законної мети хоча б для одного з учасників торгів (або їх клієнтів), а також надання клієнтом кільком учасникам біржових торгів доручення на укладення в його інтересах однієї або більше угод з одним і тим самим фінансовим інструментом, під час яких покупець та продавець діють в інтересах клієнта;

6) неодноразове протягом торговельного дня здійснення або намагання здійснити операції чи надання заявки на купівлю або продаж фінансових інструментів, що не мають очевидного економічного сенсу або очевидної законної мети, якщо за результатами таких торгів власник таких фінансових інструментів не змінюється;

7) неодноразове невиконання учасником біржових торгів зобов'язань за біржовими контрактами, укладеними протягом торговельного дня у власних інтересах або за рахунок клієнтів, якщо укладення зазначених контрактів спричинило значне збільшення або зниження ціни фінансового інструменту, за умови, що такі контракти мали суттєвий вплив на ціну такого інструменту;

8) укладення на фондовій біржі угод з фінансовим інструментом за ціною, що має суттєве відхилення від ціни відповідного фінансового інструменту, яка склалася на фондовій біржі тієї ж торговельної сесії (поточна ціна) шляхом подання безадресних заявок, за умови, що угоди укладені від імені та/або за рахунок осіб, між якими (працівниками яких) існувала попередня домовленість про придбання або продаж фінансового інструменту за ціною, що має суттєве відхилення від поточної ціни.

Однією з не досить вдало визначених ознак маніпулювання на фондовому ринку в указаному Законі України є припис вважати такими «намагання здійснити операції чи надання заявки на купівлю або продаж фінансових інструментів, які надають або можуть надавати уявлення щодо поставки, придбання або ціни фінансового інструменту, що не відповідають дійсності».

У правозастосовній практиці практично неможливо буде зібрати належну систему допустимих доказів, які без сумніву або

«поза розумним сумнівом» можуть підтвердити «намагання здійснити операції», які можуть «надавати уявлення», оскільки намагання можуть не мати об'єктивного прояву, а знаходитись на рівні «замислу» чи «плану», тобто у сфері суб'єктивного, рівно як і хибно створенні у когось уявлення, які залежать значною мірою від суб'єктивних процесів того, хто «уявляє».

Це зауваження стосується також інших відповідних положень, у тому числі застосування у пунктах 5 та 6 нової статті 10-1 Закону таких понять, як "очевидний економічний сенс" та "очевидна законна мета". Мета – це уявна модель бажаного результату, яка міститься в «уяві» (в голові) особи, не завжди викладається на папері чи в об'єктивному світі, а отже не завжди доступна для сприйняття, аналізу, тим більше доказуванню.

Положення закону щодо відповідальності за «маніпулювання», які заподіяли «значну шкоду охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам», по-перше використовує оціночне поняття «значна шкода», яка законом не визначена, по-друге, потребує встановлення причинного зв'язку між діями і настанням шкоди чи отриманням прибутку. На фондовому ринку хтось отримує прибуток, хтось втрачає, але це не означає, що завжди той, хто отримав прибуток, винен у «завданні шкоди» іншим. Невдалі положення закону роблять неможливим його застосування в цілому або породжують спроби його застосування не для захисту суспільних інтересів, а для «маніпулювання» суб'єктами ринку, тиску на бізнес.

З урахуванням сумнівних концептів законодавства та проблем доказування наявності «очевидності» чи протиправного «маніпулювання» все більш актуальним для слідчої і судової практики стає застосування принципу презумпції невинуватості, викладеного в ст. 62 Конституції України та ст. 27 КПК України, згідно з яким «усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на користь такої особи».

Протягом останніх років у справах про злочини, передбачені статтею, 221-1 КК України, судами України не було винесено жодного обвинувального вироку, що фактично підтверджує недосконалість законодавства та відсутність реальної можливості виявлення відповідних діянь і збирання та фіксації належних та допустимих доказів, що їх підтверджують. У юридичній практиці має місце штучна конкуренція правових норм та, відповідно, з огляду на недосконалість норм кримінального права,

намагання застосовувати право адміністративне. Найефективніший спосіб побороти маніпулювання на фондовому ринку – прибрати необхідність у них шляхом удосконалення цінової регулятивної політики та інших механізмів цивільного й адміністративного права.

Загалом сама законодавча конструкція, що використана, не відповідає ustalеним прийомам законодавчої техніки, принципам кримінального права та принципу юридичної визначеності, на застосуванні якого наголошують численні прецедентні рішення Європейського суду з прав людини.

Конституційний Суд України у своєму рішенні 29 червня 2010 р. у справі № 1-25/2010 визначив: «Одним із елементів верховенства права є *принцип правової визначеності*, у якому стверджується, що обмеження основних прав людини та громадянина і втілення цих обмежень на практиці допустиме лише за умови забезпечення передбачуваності застосування правових норм, встановлюваних такими обмеженнями». Тобто обмеження будь-якого права повинне базуватися на критеріях, які дадуть змогу особі відокремлювати правомірну поведінку від протиправної, передбачати юридичні наслідки своєї поведінки.

Правова визначеність передбачає формулювання в законі чітких, однозначних і зрозумілих правових приписів, за яких забезпечується легкість та доступність з'ясування змісту права і юридично забезпечується можливість скористатися цим правом, передбачуваність застосування правових норм, а встановлювані законом обмеження будь-якого права повинні базуватися на критеріях, які дадуть змогу особі відокремлювати правомірну поведінку від протиправної, передбачати юридичні наслідки своєї поведінки.

Використання цілої низки розмитих оціночних понять, які становлять об'єктивну сторону такого злочину, як маніпулювання на фондовій біржі, є неприпустимим із точки зору дотримання принципу юридичної визначеності та логіки законодавчої техніки. Відсутність у законодавстві чіткого визначення забороненої форми поведінки, а саме маніпулювання на фондовій біржі, зумовлює неможливість з'ясування точного змісту кримінально-правової норми та її належного застосування.

Положення ст. 222-1 КК України "Маніпулювання на фондовому ринку", окрім конкуренції з нормами адміністративного права, яким передбачена відповідальність за аналогічні діяння, у разі криміналізації діянь, які раніше карались адміністративними санк-

ціями, протирічать засадам, викладеним у ст. 22 Конституції України, згідно з якою «при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод». Застосована криміналізація діяння є різновидом недопустимого звуження наявних прав і свобод людини, а отже ст. 222-1 КК України не підлягає застосуванню.

З іншого боку, в 2014 році Угодою про асоціацію України з Європейським Союзом в частині реформування фондового ринку було передбачено, що наша країна забезпечить поступове приведення у відповідність до норм ЄС своїх чинних законів і майбутнього законодавства. До чинного законодавства ЄС у сфері боротьби зі зловживаннями ринком належать чинні Директива ЄС № 2014/57/ЄС від 16 квітня 2014 р. про кримінальні санкції за зловживання ринком [18] та Регламент ЄС № 596/2014 від 16 квітня 2014 р. про зловживання на ринку (регламент про зловживання на ринку) і про визнання такими, що втратили чинність, Директиви 2003/6/ЄС Європейського Парламенту та Ради і Директив Комісії 2003/124/ЄС, 2003/125/ЄС і 2004/72/ЄС [19].

Водночас у питаннях імплементації норм європейського законодавства до національного законодавства України, на нашу думку, слід виходити з примату вітчизняної доктрини права, норм Конституції України, конституційних та галузевих принципів права, які в цілому підлягають системному узагальненню і реалізації на інтегративній основі в інститутах вітчизняного права.

Положення ст. ст. 222-1 КК України "Маніпулювання на фондовому ринку" на момент їх законодавчого закріплення в КК України не відповідали приписам ст. 22 Конституції України. Тому ст. ст. 222-1 КК України підлягає скасуванню. Її повторне закріплення в КК України, незважаючи на Директиву ЄС № 2014/57/ЄС від 16 квітня 2014 р. про кримінальні санкції за зловживання ринком, буде також недоцільним з огляду на пріоритет конституційних принципів права.

Варіанти вирішення проблеми вдосконалення законодавчого визначення відповідальності за незаконні дії на ринку можуть бути різними: а) застосування з огляду на порушення положень ст. 22 Конституції України декриміналізації – скасування ст. 222-1 Кримінального кодексу України та встановлення більш дієвих засобів протидії таким діянням у нормах адміністративного права; б) забезпечення більш чіткої правової визначеності наявного правового інституту шляхом удосконалення норм кримінального законодавства.

У цьому аспекті важливо, щоб диспозиція відповідної норми щодо відповідальності за незаконні маніпулювання на ринку була викладена більш чітко, з дотриманням принципу юридичної визначеності, без застосування бланкетного способу й оціночних, багатозначних та неконкретних положень. Зокрема, пропонуємо закріпити тут такий припис: «Умисні дії учасника ринку з маніпулювання урегульованим законом ринком шляхом надання будь-якої завідомо неправдивої чи недостовірної інформації, декларації фіктивних пропозицій чи оманливих намірів або розповсюдження інших завідомо хибних даних чи фактів, які завдали значної шкоди інтересам інших фізичних, юридичних осіб або державі...».

Висновок.

1. З урахуванням висвітлених недоліків законодавства, положення ст. ст. 222-1 КК України "Маніпулювання на фондовому ринку" суперечать ст. 22 Конституції України, засаді верховенства права та принципу юридичної визначеності, закріпленому в міжнародних правових актах та правових позиціях Європейського суду з прав людини, не підлягають застосуванню, а засоби протидії незаконним операціям на фондовому ринку мають бути конкретизовані за умови застосування принципу декриміналізації в адміністративному законодавстві.

2. Диспозиція норми щодо відповідальності за незаконні маніпулювання на ринку має бути конкретизована, без застосування бланкетного способу й оціночних, багатозначних та неконкретних положень, а щонайменше включати такі положення: «умисні дії учасника ринку з маніпулювання урегульованим законом ринком шляхом надання будь-якої завідомо неправдивої чи недостовірної інформації, декларації фіктивних пропозицій чи оманливих намірів або розповсюдження інших завідомо хибних даних чи фактів, які завдали значної шкоди інтересам інших»

3. У примітках до даної статті доцільно буде дати чітке визначення таких понять, як «ринок», «протиправне маніпулюванням ринком», «шкідливі наслідки протиправного маніпулювання ринком». Окремо доцільно зазначити, що «не є маніпулюванням ринком, а отже правопорушенням, дії, які здійснюються відповідно до чинних на ринку правил, регламентів, стандартів, затверджених в установленому порядку, а також отримання правомірної вигоди при дотриманні таких правил, регламентів, стандартів».

Перспективи подальшого дослідження проблеми вбачаються в розробленні концептуальної моделі проекту Закону «Про відповідальність за зловживання на ринку».

Список використаних джерел:

1. Андрушко П. П. Кримінальна відповідальність за порушення порядку здійснення господарської діяльності. К.: Юрінком Інтер, 2007. 288 с.
2. Дудоров О. О. Злочини у сфері господарської діяльності: кримінально-правова характеристика: монографія. К.: Юридична практика, 2003. 924 с.
3. Дудоров О. О., Мазур М. В. Реалізація принципу верховенства права при застосуванні закону про кримінальну відповідальність: постановка проблеми, міжнародний і зарубіжний досвід. Юридичний науковий електронний журнал. 2017. № 5. С. 129-140. URL: http://www.lsej.org.ua/5_2017/36.pdf.
4. Дудоров О., Старовойтова Ю. Інсайдерські зловживання під забороною кримінального закону: предмет злочину, передбаченого ст. 232-1 КК України. Підприємництво, господарство і право. 2008. № 7. С. 106–111.
5. Звєряков М. І., Кубліков В. К., Тевелєв Д. М. Фондовий ринок України: державне регулювання (запитання та відповіді): навчальний посібник. Одеса, 2014. 486 с.
6. Кашкаров О. О. Проблеми кваліфікації злочинів у сфері випуску та обігу цінних паперів: монографія. Х.: Вид-во «Формат Плюс», 2008. 186 с.
7. Козьменко О. В., Козьменко С. М., Васильєва Т. А. Нові вектори розвитку страхового ринку України: монографія. Суми: Університетська книга, 2012. 320 с.
8. Коржанський М. Й. Кваліфікація злочинів: навчальний посібник. 2-ге видання. К.: Атіка, 2002. 640 с.
9. Корнієнко М. В., Тertiшник В. М. Принципи права в розв'язанні юридичних колізій. Міжнародний науковий журнал «Верховенство права». 2017. № 2. С. 10–16.
10. Кошевой А. Трудности перевода. Зеркало недели. 2018. № 12 (358).
11. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. [9-те вид., переробл. та допов.]. К.: Юридична думка, 2012. 1316 с.
12. Петруня Ю. Є. Ризики інвестування на ринку акцій. Економічний вісник Національного гірничого. 2003. Вип. 2. С. 83-88.
13. Принцип верховенства права: проблеми теорії та практики: монографія: у 2-х кн. / за заг. ред. Ю. С. Шемшученка. К.: Юридична думка, 2008. Кн. 1. Верховенство права як принцип правової системи: проблеми теорії. 344 с.
14. Русанов Г. А. Преступления на рынке ценных бумаг: монография. М.: ЮРКОМПАНИ, 2011. 160 с.
15. Слуцька Т. І. Кримінальна відповідальність за злочини, вчинені у сфері службової діяльності: навчальний посібник. К.: КНТ, 2007. 168 с.
16. Тertiшник В. М. Правнича допомога та захист у кримінальному процесі: підручник / за заг. ред. д.ю.н., академіка НАН України Ю. С. Шемшученка. Київ: Алерта, 2018. 480 с.

17. Чернявський С. С. Фінансове шахрайство: методологічні засади розслідування. К.: «Хай-Тек Прес», 2010. 624 с.

18. Directive 2014/57/EU of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on criminal sanctions for market abuse (market abuse directive) Доступ до законодавства Європейського Союзу. Брюссель: Доступ до законодавства Європейського Союзу, 2018. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32014L0057>.

19. Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on market abuse (market abuse regulation) and repealing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directives 2003/124/EC, 2003/125/EC and 2004/72/EC Text with EEA relevance . Доступ до законодавства Європейського Союзу – Електронні дані – Брюссель: Доступ до законодавства Європейського Союзу, 2018. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32014R0596>.

В статті розкриваються концепція і особливості застосування принципів верховенства права і юридичної визначеності для вирішення проблеми конкуренції правових норм, усунення юридических фікцій і колізій, забезпечення якості процесуальної форми, гармонізації законодавства, удюшення слідственої і судебної практики, гармонізації законодавства України з законодавством Європейського Союзу.

Ключевые слова: манипуляції на ринку, юридическа визначеність, конкуренція юридических норм, якість закону, Директива 2014/57/ЄС.

In the article reveals the concept and features of the application of the principles and legal certainty to overcome competition law norms in the sphere of application of criminal liability for criminal offences in the sphere of market relations, solve the problem of legislative conflicts, ensure the quality of the law, the harmonization of criminal law, Directive 2014/57/EU

Key words: manipulation of the market, legal certainty, the competition law standards, the quality of the law.

