

УДК 343.535

DOI <https://doi.org/10.32782/apdp.v98.2023.6>

Р. О. Мовчан

## КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ПРОТИДІЯ ЗЛОВЖИВАННЯМ НА ОРГАНІЗОВАНИХ РИНКАХ ЗА ПРОЄКТОМ КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

**Постановка проблеми.** 30 січня 2023 р. на розсуд фахівців була представлена чергова версія розроблюваного робочою групою з питань розвитку кримінального права проєкту нового Кримінального кодексу України (далі – Проєкт). Серед багатьох інших нововведень, у цьому документі була запропонована і відмінна від його попередника – чинного Кримінального кодексу України (далі – КК) – модель кримінально-правової протидії зловживанням на організованих ринках, науковому осмисленню якої і буде присвячена ця стаття.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Окремі аспекти кримінально-правової охорони організованих ринків раніше висвітлювались у працях І. І. Бартош, А. А. Вознюка, Р. А. Волинця, О. О. Дудорова, Д. В. Каменського, О. О. Кашкарова, І. Ф. Коваль, А. Є. Крючкової, О. В. Мартинюка, В. О. Михайлова, О. І. Перепилиці, А. М. Ришелюка та деяких інших авторів. Водночас маю констатувати, що названими фахівцями досліджувалися лише відповідні норми чинного КК; згадані ж положення Проєкту, наскільки відомо автору цієї статті, у вітчизняній юридичній літературі аналізу ще не піддавалися.

**Метою цієї статті** є критичне осмислення положень Проєкту, присвячених кримінально-правовій протидії зловживанням на організованих ринках, виявлення дискусійних положень утіленого підходу, а також розроблення рекомендацій щодо удосконалення розглядуваних проєктованих приписів.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Розпочати варто із вказівки на те, що, на відміну від єдиної ст. 232-1 чинного КК, у Проєкті пропонується передбачити дві окремі норми, присвячені регламентації відповідальності, з одного боку, за *використання* (ст. 6.3.16), яке є злочином 3-го ступеня тяжкості з формальним складом, а, з іншого, – *розголошення* інсайдерської інформації (ст. 6.3.17), яке є злочином 1-го ступеня тяжкості з матеріальним складом (наслідки – істотна майнова шкода). Такий підхід підтримати складно.

По-перше, Регламент Європейського парламенту і ради (ЄС) № 596/2014 від 16 квітня 2014 р. «Про зловживання на ринку» не диференціює розкриття (саме цей термін (а не «розголошення») вживається і в регулятивному національному законодавстві, і у згаданому документі Європарламенту) інсайдерської інформації та інсайдерську торгівлю. Зокрема, у ст. 14 Регламенту вказано на заборону інсайдерських операцій і незаконного розкриття інсайдерської інформації. Так само це питання вирішено і в Законі України від 23 лютого 2006 р. (в редакції Закону від 19 червня 2020 р.) «Про ринки капіталу та організовані товарні ринки» (далі – Закон від 19 червня 2020 р.).

По-друге, "за результатами вивчення релевантного європейський досвіду я маю підстави констатувати, що:

1) в абсолютній більшості європейських країн (як виняток можна назвати лише ст. 255 КК Чехії) відповідальність за аналізовані діяння уніфікована або в межах єдиної норми (ст. 398 КК Естонії, ст. 193-2 КК Латвії, ст. 217 КК Литви, ст. 285 КК Іспанії, ст. 265 КК Словаччини, ст. 238 КК Словенії тощо), або в межах двох норм із однаковим конструюванням (формальний/матеріальний склад) та ідентичними санкціями (статті 260-а, 260-б КК Болгарії);

2) щодо конструювання відповідних складів уніфікованого підходу не спостерігається: у законодавстві одних країн вони (склади) є формальними (ст. 398 КК Естонії, ст. 238 КК Словенії, ст. 259 КК Хорватії), хоч у більшості – матеріальні (статті 260-а, 260-б КК Болгарії, ст. 193-2 КК Латвії, ст. 217 КК Литви, ст. 265 КК Словаччини, ст. 255 КК Чехії). Однак варто звернути увагу на головному: у кримінальних кодексах всіх зазначених країн, в яких передбачається відповідальність і за використання, і за розкриття інсайдерської інформації, обидва склади визнаються або матеріальними, або формальними.

Отже, розробникам Проекту доцільно обрати уніфікований підхід: або визнати злочинними всі згадані зловживання (зокрема, і маніпулювання) на фінансових ринках (формальні склади), або пов'язати настання кримінальної відповідальності за їхнє вчинення з певними наслідками (матеріальні склади).

Вітчизняні дослідники не можуть дійти до єдиного знаменника у питанні з приводу доцільності конструювання відповідних складів як формальних, висловлюючи вагомні аргументи як «за» [1, с. 205; 2, с. 608; 3, с. 202], так і «проти» такої ідеї [4, с. 12]. Не занурюючись у цю дискусію, лише зазначу, що, на мою думку, оптимальним варіантом вирішення розглядуваного питання є визнання всіх таких зловживань: 1) які не спричинили істотної майнової шкоди – проступками; 2) які її спричинили – злочинами 1-го ступеня тяжкості.

Крім вже продемонстрованих недоліків, запропонований наразі у Проекті підхід, у межах якого відповідальність за маніпулювання на фінансових ринках та використання інсайдерської інформації не пов'язана із спричиненням істотної майнової шкоди, призведе і до виникнення іншої проблеми – неможливості належної диференціації відповідальності за ці діяння. Наслідком цього є потенційне виникнення парадоксальних ситуацій, коли:

– за умови неспричинення істотної майнової шкоди відповідне маніпулювання та використання інсайдерської інформації визнаються злочинами 3-го ступеня тяжкості, тоді як розголошення інсайдерської інформації – лише проступком (ст. 6.3.25);

– за умови спричинення істотної майнової шкоди: перші два зловживання визнаються злочинами 3-го, тоді як кримінально-правовий статус розголошення зміниться – воно стає злочином 1-го ступеня тяжкості;

– вже за умови спричинення значної майнової шкоди всі ці діяння (з урахуванням ст. 2.5.11 Проекту) стають злочинами 3-го ступеня тяжкості;

– нарешті за умови спричинення тяжкої майнової шкоди розголошення інсайдерської інформації буде визнаватися більш тяжким злочином (5-го ступеня тяжкості), адже статус маніпулювання та використання інсайдерської інформації,

попри завдання зазначеної шкоди, залишиться незмінним (злочин 3-го ступеня тяжкості).

Далі хотів би привернути увагу до такої «кваліфікуючої» ознаки злочинів, передбачених статтями 6.3.17, 6.3.18 та 6.3.19, як вчинення їх на *фінансовому енергетичному ринку* (п. 2 ст. 6.3.4). Пропонована новела викликає низку зауважень.

По-перше, регулятивному законодавству невідоме поняття «фінансових енергетичних ринків». Натомість і в «РЕМІТ» (Регламент (ЄС) № 1227/2011 від 25 жовтня 2011 р. щодо доброчесності та прозорості оптового енергетичного ринку), і в численних законопроектах, і врешті-решт у ст. 222-2 чинного КК йдеться про «оптові енергетичні ринки». Крім того, у Законі від 23 лютого 2006 р. неодноразово виокремлюється така специфічна сфера, яка стосується «оптових енергетичних продуктів», на які, до речі, вказується в ст. 232-3 КК. Припускаю, що розробники Проекту мали намір посилити відповідальність за відповідні дії, вчинені саме у цих сферах. Якщо це так, то відповідний намір мав би бути виражений за допомогою вказівки: 1) або на відповідні злочини, вчинені на *оптовому енергетичному ринку*; 2) або на відповідні злочини, які стосуються *оптових енергетичних продуктів*.

По-друге, розробники Проекту поширили «кваліфікуюче» значення аналізованої ознаки на три злочини: 1) розголошення інсайдерської інформації; 2) маніпулювання на фінансовому ринку; 3) приховування інформації про діяльність емітента (статті 6.3.17, 6.3.18 та 6.3.19, відповідно). Тим самим у Проекті була відтворена кричуща помилка, притаманна чинному КК, у примітці ст. 222-2 якого (попри очевидний зв'язок цього злочину із діями, передбаченими ст. 232-3 «Незаконне використання інсайдерської інформації щодо оптових енергетичних продуктів») розкривається зміст наслідків та ознаки суб'єкта злочинів, передбачених ст. 222-2 і не однорідною ст. 232-3, а ст. 232-2, яка присвячена абсолютно не пов'язаному з ним (маніпулюванням на енергетичному ринку) «*приховуванню інформації про діяльність емітента*» [5] (про яке згадується і в ст. 6.3.19 Проекту). Зважаючи на це, очевидно, що замість приховування інформації про діяльність емітента у списку відповідних злочинів мало б фігурувати передбачене ст. 6.3.16 «використання інсайдерської інформації».

По-третє, головне ж питання, яке виникає з приводу пропонованого робочою групою виокремлення аналізованої ознаки, – це доцільність такого кроку як такого. Насамперед варто зазначити, що в юридичній літературі доведено: 1) необхідність віднесення відповідних зловживань на оптових енергетичних ринках до проявів антиконкурентних дій; 2) те, що за інших однакових умов (передусім наслідків) відповідні зловживання на оптових енергетичних ринках немає підстав визнавати такими, що є небезпечнішими за інші прояви порушень конкурентно-антимонопольного законодавства, головним критерієм суспільної небезпеки яких є не конкретна сфера, де вони відбуваються, а завдана майнова шкода [6, с. 63–64; 7].

Однак сумнівність виділення відповідної «кваліфікуючої» ознаки пояснюється не лише вищевказаним. Поясню свою позицію.

Наразі норми про маніпулювання на ринках та незаконні дії з інсайдерською інформацією розміщено у розд. 6.3 Проекту «Кримінальні правопорушення *проти фінансів*». На перший погляд, такий крок виглядає логічним, адже у ст. 6.3.16

вказується на «*фінансові інструменти*», а у ст. 6.3.18 – на маніпулювання на «*фінансових ринках*». Щодо ст. 6.3.17, то «прив'язка» відповідних дій до фінансових інструментів, вочевидь, має констатуватися завдяки тлумаченню. Однак тут ми знову маємо повернутися до передбаченої у п. 2 ст. 6.3.4 ознаки, що підвищує тяжкість аналізованих злочинів на один ступінь (їх вчинення на *фінансових енергетичних ринках*), з урахуванням наявності якої вся продемонстрована логічність «руйнується».

Справа в тому, що, попри традиційне позначення відповідних правопорушень як на фінансових (ринках капіталів), так і на оптових енергетичних ринках за допомогою використання ідентичних формулювань «маніпулювання» та «незаконне використання інсайдерської інформації», зміст цих деліктів є зовсім різним. Адже відповідні зловживання на оптових енергетичних ринках жодним чином не пов'язані з фінансовим ринком, через що вище і вказувалося на недоречність використання формулювання «на фінансовому енергетичному ринку».

У цьому контексті доречно пригадати положення Закону України від 23 лютого 2006 р., в якому міститься спеціальне застереження стосовно того, що його дія не поширюється саме на оптові енергетичні ринки. Натомість в юридичній літературі доведено (про це вже йшлося вище), що відповідні зловживання на оптових енергетичних ринках є підстави визнавати проявами антиконкурентних дій.

Тому вважаю неправильною регламентацію відповідальності за зловживання на оптових енергетичних ринках нормами, розміщеними у розд. 6.3, який присвячений кримінальним правопорушенням проти *фінансів*, до яких відповідні порушення жодного відношення не мають. Натомість можу запропонувати робочій групі три шляхи удосконалення відповідних положень:

1) перенесення норм про «маніпулювання» та «незаконні дії з інсайдерською інформацією» до розд. 6.4 з одночасною вказівкою у них не на «фінансові ринки», а на більш широке поняття – «ринки капіталу та організовані товарні ринки» і виключенням згадування у них виключно про «фінансові інструменти». Тоді б назва норми-наступника ст. 6.3.16 (як і ст. 6.3.17) залишилася б без змін, а назва норми-наступника ст. 6.3.19 могла б мати такий вигляд: «*Маніпулювання на ринках капіталу та організованих товарних ринках*». При цьому на початку розділу (вже 6.4) могла б міститися вказівка на те, що тяжкість злочину посилюється на один ступінь тоді, коли відповідні дії вчинені на такому різновиді організованого ринку, як оптовий енергетичний ринок;

2) визнання вчинення зловживань на оптових енергетичних ринках обставиною, яка підвищує тяжкість не відповідних злочинів на фінансових ринках, а передбачених ст. 6.4.10 Проекту антиконкурентних узгоджених дій. Такий крок, по-перше, чітко передав би доведений в юридичній літературі «антиконкурентний» характер відповідних зловживань на оптових енергетичних ринках, по-друге, зняв би питання щодо «фінансової» спрямованості відповідних зловживань на фінансових ринках. Подібний підхід запроваджений, наприклад, у кримінальних кодексах Болгарії та Литви;

3) виключення вчинення відповідних зловживань на оптових енергетичних ринках зі списку ознак, які підвищують тяжкість будь-яких злочинів. З огляду

на наведені аргументи, зокрема і передусім те, що за однакової шкоди ці діяння немає підстав визнавати більш небезпечними за інші порушення конкурентно-антимонопольного законодавства, саме цей спосіб (третій шлях) вважаю оптимальним. З-поміж іншого на його користь вказує і відповідний іноземний досвід – те, що у кримінальних кодексах абсолютної більшості європейських країн взагалі не згадується про «оптові енергетичні ринки» (тим паче, про «фінансові енергетичні ринки»). Тобто йдеться як про те, що в цих кодексах відсутні окремі «самостійні» статті про зловживання на цих ринках, так і про те, що вчинення відповідних зловживань на цих ринках не визнається кваліфікуючою ознакою жодного з інших діянь.

За умови реалізації третього шляху зловживання, вчинені на оптових енергетичних ринках, мають визнаватись звичайними проявами антиконкурентних дій і кваліфікуватися за ст. 6.4.10 Проекту або її наступником.

Проведене дослідження дозволяє зробити **висновок** про те, що положення Проекту, присвячені кримінально-правовій протидії зловживанням на організованих ринках, потребують істотного доопрацювання, зокрема і в тих напрямках та тими способами, які були запропоновані у цій статті. За умови ж неусунення вказаних недоліків сподіватися на ефективність відповідних проєктованих приписів вочевидь не варто.

### Література

1. Волинець Р. А. Кримінально-правова охорона фондового ринку : дис. ... докт. юрид. наук. Київ, 2018. 461 с.
2. Каменський Д. В. Відповідальність за економічні злочини у Сполучених Штатах Америки та Україні: порівняльно-правове дослідження : монографія / передне слово д-ра юрид. наук, проф. О. О. Дудорова. Київ : ВД «Дакор», 2020. 1128 с.
3. Свиридюк Н. Щодо питань криміналізації діянь у сфері професійної діяльності на фондовому ринку України. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 1. С. 198–202.
4. Бартош І. І. Кримінально-правова охорона господарських відносин у сфері функціонування енергетичного ринку : дис. ... докт. філософії за спеціальністю 081 «Право». Вінниця, 2022. 256 с.
5. Мовчан Р. О., Парфенюк І. І. Доповнення Кримінального кодексу України статтями 222-2 та 232-3: критичний аналіз законодавчого рішення. *Науковий вісник міжнародного гуманітарного університету. Серія Юриспруденція*. 2021. № 53. С. 86–90.
6. Бартош І. І. Кримінально-правова охорона господарських відносин у сфері функціонування енергетичного ринку : дис. ... докт. філософії за спеціальністю 081 «Право». Вінниця, 2022. 256 с.
7. Мовчан Р. О., Бартош І. І. Про кримінально-правову адекватність криміналізації зловживань на оптових енергетичних ринках. *Правова держава*. 2022. № 45. С. 49–57. <https://doi.org/10.18524/2411-2054.2022.45.254366>

### Анотація

**Мовчан Р. О. Кримінально-правова протидія зловживанням на організованих ринках за проєктом Кримінального кодексу України.** – Стаття.

Статтю присвячено критичному осмисленню положень проєкту нового Кримінального кодексу України, присвячених регламентації відповідальності за кримінальні правопорушення проти організованих ринків. За результатом проведеного дослідження були виявлені недоліки відповідних проєктованих приписів, а також розроблені пропозиції щодо їхнього удосконалення.

Зокрема, було доведено помилковість втіленого у Проєкті підходу, коли використання інсайдерської інформації визнається злочином 3-го ступеня тяжкості з формальним складом, а розголошення інсайдерської інформації – злочином 1-го ступеня тяжкості з матеріальним складом. Натомість пропо-

нується визнати всі зловживання на організованих ринках (як маніпулювання, так і діяння, пов'язані з інсайдерською інформацією): 1) які не спричинили істотної майнової шкоди – проступками; 2) які її спричинили – злочинами 1-го ступеня тяжкості.

За результатами аналізу такої ознаки, що підвищує тяжкість розглядуваних злочинів на один ступінь, як «вчинення їх на фінансовому енергетичному ринку» (п. 2 ст. 6.3.4 Проекту), робиться висновок про: по-перше, невдалість її формулювання, позаяк регулятивному законодавству невідоме поняття «фінансових енергетичних ринків», замість якого в ньому йдеться про «оптові енергетичні ринки» або «оптові енергетичні продукти»; по-друге, помилковість визначеного розробниками Проекту кола злочинів, на яке поширюється кваліфікуюче значення цієї ознаки, адже замість «приховування інформації про діяльність емітента» у списку відповідних злочинів мало б фігурувати передбачене ст. 6.3.16 «використання інсайдерської інформації»; по-третє, доцільність виключення вчинення відповідних зловживань на оптових енергетичних ринках зі списку ознак, які підвищують тяжкість будь-яких аналізованих злочинів, адже зловживання, вчинені на оптових енергетичних ринках, немає підстав визнавати такими, що є небезпечнішими за інші прояви порушень конкурентно-анти-монопольного законодавства, головним критерієм суспільної небезпеки яких є не конкретна сфера, де вони відбуваються, а шкода.

*Ключові слова:* організований ринок, оптовий енергетичний ринок, маніпулювання, інсайдерська інформація, енергетичний ринок, розголошення, використання, фінанси, ринок капіталу, майнова шкода.

## Summary

**Movchan R. A. Criminal law counteraction to abuses in organized markets according to the draft of the Criminal Code of Ukraine.** – Article.

The article is devoted to a critical understanding of the provisions of the draft of the new Criminal Code of Ukraine, devoted to the regulation of liability for criminal offenses against organized markets. Based on the results of the conducted research, the shortcomings of the relevant projected prescriptions should be identified, as well as suggestions for their improvement should be developed.

In particular, the fallacy of the approach embodied in the Project was proven, when the use of insider information is recognized as a crime of the 3rd degree of severity with a formal component, and the disclosure of insider information is a crime of the 1st degree of severity with a material component. Instead, it is proposed to recognize all abuses in organized markets (both manipulation and actions related to insider information): 1) which did not cause significant property damage – misdemeanors; 2) who caused it – crimes of the 1st degree of gravity.

Based on the results of the analysis of such a sign, which increases the severity of the considered crimes by one degree, as “committing them on the financial energy market” (clause 2 of article 6.3.4 of the Project), a conclusion is drawn about: first, the failure of its wording, since the regulatory the concept of “financial energy markets” is unknown to the legislation, instead it refers to “wholesale energy markets” or “wholesale energy products”; secondly, the fallacy of the range of crimes defined by the drafters of the Project, to which the qualifying meaning of this feature applies, because instead of “concealing information about the activity of the issuer” the list of relevant crimes should have included the provision of Art. 6.3.16 “use of inside information”; thirdly, the expediency of excluding the commission of relevant abuses on wholesale energy markets from the list of features that increase the severity of any analyzed crimes, because there is no reason to recognize abuses committed on wholesale energy markets as more dangerous than other manifestations of competition and antimonopoly violations legislation, the main criterion of public danger is not the specific sphere where they occur, but the property damage caused.

*Key words:* organized market, wholesale energy market, manipulation, inside information, energy market, disclosure, use, finance, capital market, property damage.